

80112 EE9273

Bogotá D. C., 14 de febrero de 2006

Doctor
RODRIGO A. CARDONA HERRERA
Gerente
Planta de Tratamiento Villasantana S. A. ESP
Carrera 18 19 B 79 Casa de Verona III
Pereira - Risaralda

*ASUNTO: RESPONSABILIDAD FISCAL. DETRIMENTO ECONOMICO.
Configuración.*

ANTECEDENTE.

Conocemos su consulta calendada el 18 de octubre de 2005 remitida al Despacho del Contralor General de la República por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante oficio radicado con el N° 20051301561921 de 15 de diciembre de 2005 y recibida en esta Oficina Asesora el 23 de diciembre de 2005, en la cual expone que en la Sociedad Anónima de Servicios Públicos-Empresa Planta de Tratamiento Villasantana S. A. E S P- la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S. A. ESP., es uno de los socios mayoritarios, encontrándose dentro de sus aportes como consta en la Escritura Pública N° 6 de enero 4 de 2005 un predio avaluado en 300 millones de pesos, para cuya formalización se otorgo un plazo de seis (6) meses a partir de la constitución de la sociedad, de conformidad con el parágrafo 2° del artículo nonagésimo cuarto de las mencionadas escrituras.

Vencido el anterior término para legalizar la titularidad del predio se enteraron que actualmente dicho predio se encuentra avaluado entre \$200.000.000.00 y \$216.790.295.00, circunstancia de acuerdo con la cual plantea la siguiente inquietud:

¿Puede esta entidad, La Planta de Tratamiento Villasanta, recibir el aporte de la socia materializado en el predio por el valor que la socia declaró en la constitución de la sociedad, a pesar de que los avalúos

recientes, el valor oscila entre \$200.000.000.00 y \$216.790.295.00, y qué efectos legales para el patrimonio público de la Empresa de Tratamiento Villasantana tiene recibir como aporte un predio sobrevalorado?

Los cuestionamientos se hacen por cuanto recibir el predio por el valor de cualquiera de los últimos avalúos implicaría para la aportante pagar en efectivo el resto de sus aportes, y si se recibe por el valor de lo declarado por la aportante para la Empresa Planta de Tratamiento Villasantana podría surgir una responsabilidad de tipo fiscal, por detrimento económico”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

En primer lugar, es necesario precisar, en el caso objeto de su consulta, por tratarse de casos particulares y concretos a esta Oficina no le es dable intervenir, según lo establecido en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000.

Además, a través de un concepto jurídico, no se puede establecer en el caso expuesto en su consulta, si puede configurar Responsabilidad Fiscal, como quiera que son los funcionarios competentes a través del análisis y evaluación del acervo probatorio, el cual se efectúa en la indagación preliminar, ya que es allí donde se tiene la inmediación de las pruebas, para determinar el menoscabo al erario y determinar los presuntos responsables, de acuerdo con los presupuestos de hecho y de derecho que generan responsabilidad fiscal, de conformidad con la Ley 610 de 2000, como son: Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; un daño patrimonial al Estado; y un nexo causal entre los elementos anteriores.

Por lo anterior, haremos referencia a algunos aspectos generales relacionados con lo que se entiende por daño patrimonial y algunas disposiciones consagradas en la Ley 610 de 2000 *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.*

“Artículo 4°. Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. 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. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal.
(...)”.

Artículo 5°. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Artículo 6°. 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 produzca directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

Artículo 40:

“Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. 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. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal”
(...)

Con base en la normatividad antes descrita la Oficina Jurídica realizó un estudio sobre el daño patrimonial al Estado, proferido mediante el oficio 0070A de 15 de enero de 2001, en el cual citaremos algunos aspectos relativos al objeto de su consulta, a saber:

“IV. EL DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO.

(...)

2. Certeza del daño

Desde los principios generales de responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto. Se entiende que «el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o

producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. De esta definición inmediatamente se destaca que el daño cierto puede ser pasado — ocurrió— o futuro — a suceder— En principio el daño pasado no es tan problemático puesto que ya existe, el problema que se presenta generalmente es el de cuantificarlo. En cambio el daño futuro presenta muchas más aristas que son problemáticas. Estudiemos primero la cuestión relativa a los daños futuros para luego entrar en los pasados.

Frente a los daños futuros la jurisprudencia y la doctrina — colombiana como extranjera— son claras en establecer que este puede considerarse como cierto siempre y cuando las reglas de la experiencia y de la probabilidad indiquen que este habrá de producirse. Esta certeza por supuesto no es absoluta pues sobre el futuro no puede predicarse una certeza absoluta. Lo importante es que existan los suficientes elementos de juicio que permitan establecer que el daño muy seguramente se producirá. El daño futuro cierto — denominado como virtual— se opone al daño futuro hipotético que es aquel sobre el cual simplemente existe alguna posibilidad de que se produzca pero las reglas de la experiencia y de la probabilidad indican que puede o no producirse.

Establecer los alcances del daño futuro en materia de responsabilidad fiscal sería un ejercicio académico interesante, sin embargo por ahora nos basta decir que de acuerdo con la normatividad actual a la responsabilidad fiscal sólo importan los daños pasados. No puede derivarse responsabilidad fiscal sobre daños futuros. A esta conclusión tajante se puede llegar sin necesidad de mucho análisis puesto que la ley dispone que para aperturar el proceso de responsabilidad fiscal se requiere que «se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado». Igualmente para proferir el fallo con responsabilidad fiscal es necesario que «obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público. De esta forma la ley exige que cuando vaya a iniciarse un proceso un proceso de responsabilidad el daño exista, es decir, ya se haya consumado o producido.

Creemos que esta disposición es sana puesto que la certeza en el daño futuro es una certeza relativa. Sobre el futuro es imposible tener certeza absoluta puesto que siempre existe un margen de error en las predicciones. Esto podría entonces acarrear injusticias al atribuir responsabilidad fiscal a alguien — tendría que acarrear con las graves consecuencias que ello implica— sobre un daño que finalmente no se produjera. En este caso se presentaría un enriquecimiento sin causa por parte del Estado y el ciudadano podría demandar para que le reembolsaran lo pagado.

Adicionalmente, aunque la responsabilidad fiscal tiene naturaleza resarcitoria y no sancionatoria es innegable que de todos modos, en la práctica, conlleva por lo menos una sanción social o moral para el implicado. Por ello en materias como la presente lo mejor es proceder con cautela.

(...)

De todas formas es conveniente mencionar que en las situaciones en que la Contraloría detecte la posibilidad real de que se presente un daño futuro deberá hacer uso de la facultad de advertencia consagrada en el artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000: «advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio

público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados». Es decir, la Contraloría deberá avisar a los funcionarios o entidad correspondiente que las operaciones que están realizando o van a realizar tienen un alto riesgo de generar un daño patrimonial al Estado. Así, los funcionarios pueden actuar con pleno conocimiento de las consecuencias que tendrán sus acciones y pueden tomar las medidas necesarias para evitar la lesión al patrimonio público. (se resalta)

Por otra parte, decíamos que en principio el daño pasado no es tan complicado puesto que existen situaciones o casos problemáticos. En este escrito consideraremos tres de ellas: a) interpretaciones jurídicas divergentes; b) transferencia de recursos ;y c) los daños no evidentes.

Empecemos con las interpretaciones jurídicas divergentes que ocurren cuando se presentan conflictos de interpretación jurídica sobre normas oscuras, contradictorias o que presentan vacíos.

En estos supuestos puede presentarse divergencia de interpretaciones sobre una norma y cada una de esas interpretaciones puede implicar una consecuencia distinta. Por lo tanto es posible que si se juzga la actuación de la administración desde una interpretación distinta a la que ésta acogió, parecerá que se habrá causado un daño patrimonial al Estado. Estos casos que podríamos denominar como «casos difíciles» deben ser cuidadosamente estudiados y ampliamente sustentados por los funcionarios encargados de establecer la responsabilidad fiscal. Creemos que el criterio para decidirlos es el siguiente: ¿es plausible la interpretación jurídica que realizó la administración? Sí la interpretación que realizó la administración es plausible, la actuación debe entenderse como lícita y por lo tanto no puede decirse que exista un daño. Contrario sensu, si la interpretación no es plausible se habrá causado un daño. Para examinar el caso de las transferencias de recursos es importante enfatizar en el término «Estado» dentro del concepto de daño patrimonial al Estado, ya que el daño patrimonial debe mirarse con una concepción de Estado y no de entidades u organismos particulares. 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.

(...)

En síntesis, el daño patrimonial al Estado debe ser cierto. Aunque en la teoría general de las obligaciones se consideran como ciertos los daños pasados y los daños futuros, en materia de responsabilidad fiscal sólo son tenidos en cuenta los daños pasados. Adicionalmente, el daño patrimonial al Estado presenta algunas aristas interesantes como son los casos de: a) daño por interpretaciones jurídicas divergentes; b) transferencia de recursos ; y c) los daños no evidentes.

De otra parte, vale la pena citar la Sentencia SU-620, 13 de noviembre de 1996, Expediente T-84714, Magistrado Ponente Antonio Barrera

Carbonell, en la cual la Honorable Corte Constitucional, precisó: *“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”.*

Así mismo vemos que, la existencia del daño es condición de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, tal como consta en los artículos 40 y 41 de la Ley 610 de 2000 transcritos, de lo contrario, procederá el adelantamiento de una indagación preliminar por el término de seis (6) meses.

Igualmente, es importante señalar lo expresado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-167/95, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, respecto al Control fiscal como administración pasiva, en la que manifiesta:

*“Esta autonomía funcional y orgánica de las contralorías no sólo tiene como finalidad fortalecer el control fiscal sino también hacer frente a las disfuncionalidades que dicho control puede generar, por lo cual la Carta pretende evitar que la actividad de control se traduzca en una coadministración. Por ello la Constitución no sólo “termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo” sino que dispone que la Contraloría no “tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización” (C.N., art. 267, inc. 4°), precepto que, como bien lo señaló durante la vigencia de la anterior Constitución la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, y también lo ha establecido esta Corte Constitucional, es una limitación más que otra cosa. **El significado de esa norma es entonces que la única función propiamente de actuación administrativa que ejercen los contralores es la relativa a la organización interna de la entidad, como puede ser la ejecución del presupuesto y el nombramiento de funcionarios, por lo cual, al desarrollar la actividad de fiscalización, estos órganos de control deben evitar convertirse en coadministradores.** (se resalta)*

Quiere esto decir, que la decisión a tomar sobre el caso expuesto en su consulta es totalmente administrativa, por cuanto como lo afirma la mencionada Corporación en la sentencia antes transcrita el Ordenamiento Constitucional pretende evitar que la actividad de control se traduzca en una coadministración, es así como, en el inciso 4° del artículo 267, prescribe que la Contraloría General de la República no tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización.

CONCLUSIONES.

La responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culpable atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Siendo el elemento daño el más importante, por cuanto a partir de éste se inicia la responsabilidad fiscal, de lo contrario, no puede existir Responsabilidad.

La ley dispone que para aperturar el proceso de responsabilidad fiscal se requiere que se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado. Igualmente para proferir el fallo con responsabilidad fiscal es necesario que obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público. De esta forma la ley exige que cuando vaya a iniciarse un proceso de responsabilidad el daño exista, es decir, ya se haya consumado o producido.

Sin embargo, le recomendamos consultar la página WEB de esta Entidad a la dirección –www.contraloriagen.gov.co-, dando click en el link “Normatividad”, donde encontrará varios conceptos jurídicos respecto al tema objeto de su consulta.

Estimamos procedente señalar que, en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, es decir, carecen de fuerza vinculante.

Cordialmente.

(Original Firmado)

IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE
Director Oficina Jurídica

Copia: Jefe Oficina Asesora Jurídica. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Radicado: 2006ER82334
Proyectó: Carmenza Díaz Rodríguez

*Doctor RODRIGO CARDONA HERRERA. Gerente Planta de Tratamiento Villasantana S.
A. ESP. Página 8 de 8*

Revisó: *Álvaro Barrágan Ramírez*