

23-05-08

AGR. CONCEPTO 110.035.2008

FROM: CONTRALORIA MUNICIPAL DOSQUEBRADAS. PHONE NO. : 963 227463

May. 23 2008 11:05AM P1



CONTRALORIA MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS
NIT 800150130-4

Por un Controlador
honesto y para Todos



Dosquebradas, mayo 23 de 2008

Rad No 2008-219-002278-2
Us Rad. ROROZCO
Fecha 23/05/2008 14:38:51
Asunto : SOLICITUD CONCEPTO EN PROCESO DE R.F.
Destino : / Rem (OEM) CONTRALORIA MUNICIPAL DE
www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la Republica

Doctora
MARIA LUCIA SERNA SANCHEZ
GERENTA SECCIONAL VII
AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
ARMENIA

Asunto: CONCEPTO

Comendidamente me dirijo a Usted con el fin de solicitarle se nos oriente o conceptúe sobre la metodología a seguir en el caso que le comentaré con respecto a la vigencia que debemos tomar para iniciar un proceso de responsabilidad fiscal.

En este Despacho se realizó una auditoría especial al contrato de concesión N° 215-06 de Educación el cual fue programado por más de sesenta y dos mil millones de pesos por un tiempo de 19.5 años.

El sonado contrato fue terminado bilateralmente por la Secretaría de Educación y la Unión Temporal PROYECTAMOS COLOMBIA en el mes de febrero de 2007, habiéndose ejecutado desde septiembre 21 al 31 de diciembre de 2006 y de febrero 5 a marzo 30 de 2007.

En la ejecución de septiembre a diciembre de 2006 se pagó por los servicios prestados por la Unión Temporal la suma de \$585 millones.

Una vez realizada la auditoría especial se determinó que se ejecutaron de acuerdo a nuestra liquidación, solo 236 millones para la vigencia del 2006.

Con relación a la vigencia del año 2007 y de acuerdo a dos liquidadores nombrados por el municipio la cuantía a cancelar a la Unión Temporal ascendió a \$438 millones.

Los liquidadores sumaron 308 millones del 2006 y 438 millones del 2007, los cuales fueron restados de 585 millones pagados en el 2006, lo que da un resultado de una cuenta por pagar de 162 millones, que no ha sido aún

29

10

30



CONTRALORIA MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS
NIT 800150130-4

cancelada.

Como se puede observar de lo pagado de más para la vigencia del 2006 se hizo una especie de compensación para pagar el 2007, quedando todavía por pagar el saldo ya enunciado.

Terminada la auditoria se considera que se debe abrir la investigación e iniciar el proceso de responsabilidad fiscal , pero dudamos si debemos hacerlo por la vigencia del año 2006 que ya quedó totalmente ejecutada o si por el contrario se toma también la vigencia del año 2007 que aún falta por pagar, teniendo en cuenta que la ley 80 del 93 le da un tratamiento diferente al manejo del presupuesto a los contratos de concesión.

Atentamente,

DIEGO FRANCO BARCO
Contralor

PRO, c.c.k: MARTHA LUCIA SALAZAR LOPEZ
Directora Responsabilidad Fiscal

11

28

SIQ - QUEJA NO. 219-2008-16

Modificar queja 



Estado:
QUEJA EN TRÁMITE

Presentada por: DIEGO FRANCO BARCO
 No. identificación: 8001501304
 Cargo: Contralor Municipal Dosquebradas
 Dirección: Centro Administrativo Municipal Piso 2
 Teléfono: 3227463
 E-mail: No aporta
 Departamento: Risaralda
 Ciudad: Dosquebradas
 Contraloría denunciada: Dosquebradas
 Entidad denunciada: Solo si no es una Contraloría
 Tipo de denuncia: Concepto
 Medio de llegada: Fax
 NUR Relacionados: 2008-219-002278-2 Añadir N.U.R.
 Fecha Ingreso: 23/5/2008 [Modificar fecha]
 Fecha vencimiento: 23/6/2008 [Modificar fecha]
 SIQ relacionado:
 Funcionario asignado: zulma lucia uribe ospina

Descripción denuncia:	Consulta sobre fecha de apertura de investigación en proceso de responsabilidad fiscal que abarco vigencia 2006 y 2007
------------------------------	--

1 ACCIONES REALIZADAS SOBRE ESTA DENUNCIA:

No.	Fecha	Acción	Dependencia
 8493	27/5/2008 [Modificar]	Se asigna a: [Modificar actuación]	Gerencia Seccional VII con sede en Armenia

Reporte generado: 27/05/2008 a las: 11:39:23

9



Armenia Q.



Fecha 27/05/2008 14:58:43
Asunto : Remitiendo SIQ 219-2008-16
Destino : / Rem. CIJ Carmen Elena Lenis Garcia

Memorando No 2008-219-002372-3

Us Rad. ROROZCO

www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

219

PARA: Dra. **CARMEN ELENA LENIS GARCIA**
Directora Oficina Jurídica

Diana

DE: **MARIA LUCIA SERNA SANCHEZ**
Gerente Seccional VII

REFERENCIA: CONSULTA SIQ 219-2008-16, NUR 2008-219-002278-2

Estoy remitiendo para su concepto la consulta de la referencia, presentada por el señor Contralor Municipal de Dosquebradas, referente a la vigencia que se debe tomar para iniciar un proceso de responsabilidad fiscal en un caso concreto expuesto en la solicitud.

Cordialmente,

MARIA LUCIA SERNA SANCHEZ
Gerente Seccional VII

Anexo 3 folios

Proyecto: Zulma Lucia Uribe Ospina,

Centro Administrativo Departamental del Quindío Edificio de la Gobernación Piso 13º Plaza de Bolívar
Teléfonos: Fax 741 10 07 – 741 11 47 Celular 311 561 12 17
E-Mail: agrarmen-a@auditoria.gov.co
Horario de Atención: 7:30 a.m. – 4:30 p.m.
Armenia Q.

Carrera 10ª No. 17-18 Piso 9º PBX (1) 318 68 00
Bogotá D.C.

CONTROL FISCAL CON ENFOQUE SOCIAL

*29/05/08
Hoy 9:00 am*



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20081100031981

Fecha: 01-07-2008

Devolver Copia Firmada

Bogotá D.C.,
O.J. 110-107-2008
035

Doctor
DIEGO FRANCO BARCO
 Contralor Municipal de Dosquebradas
 Centro Administrativo Municipal Piso 2° Oficina 210
 Dosquebradas - Risaralda

Ref.: Rad. No. 2008-219-002278-2 de fecha 23 de mayo de 2008. Solicitud de concepto. Cuál es la Vigencia a tener en cuenta para iniciar la investigación e iniciar el proceso de responsabilidad fiscal como consecuencia de un contrato de concesión celebrado entre la secretaria de Educación y la Unión Temporal PROYECTAMOS COLOMBIA.

Respetado Doctor Franco Barco:

En comunicación radicada en la Auditoría General de la República, el 23 de mayo de 2008, solicitó concepto en los siguientes términos:

"Comedidamente me dirijo a usted con el fin de solicitarle se nos oriente o conceptúe sobre la metodología a seguir en el caso que le comentaré con respecto a la vigencia que debemos tomar para iniciar un proceso de responsabilidad fiscal.

En este Despacho se realizó una auditoría especial al contrato de concesión No. 215-06 de Educación el cual fue programado por más de sesenta y dos mil millones de pesos por un tiempo de 19.5 años.

El sonado contrato fue terminado bilateralmente por la Secretaría de Educación y la Unión Temporal PROYECTAMOS COLOMBIA en el mes de febrero de 2007, habiéndose ejecutado desde septiembre 21 al 31 de diciembre de 2006 y de febrero 5 a marzo 30 de 2007.

En la ejecución de septiembre a diciembre de 2006 se pagó por los servicios prestados por la Unión Temporal la suma de \$585 millones.



Una vez realizada la auditoría especial se determinó que se ejecutaron de acuerdo a nuestra liquidación, solo 236 millones para la vigencia del 2006.

Con relación a la vigencia del año 2007 y de acuerdo a dos liquidadores nombrados por el municipio la cuantía a cancelar a la Unión Temporal ascendió a \$438 millones.

Los liquidadores sumaron 308 millones del 2006 y 438 millones del 2007, los cuales fueron restados de 585 millones pagados en el 2006, lo que da un resultado de una cuenta por pagar de 162 millones, que no ha sido aún cancelada.

Como se puede observar de lo pagado de más para la vigencia del 2006 se hizo una especie de compensación para pagar el 2007, quedando todavía por pagar el saldo ya enunciado.

Terminada la auditoría se considera que se debe abrir la investigación e hincar el proceso de responsabilidad fiscal, pero dudamos si debemos hacerlo por la vigencia del año 2006 que ya quedó totalmente ejecutada o si por el contrario se toma también la vigencia del año 2007 que aún falta por pagar, teniendo en cuenta que la ley 80 del 93 le da un tratamiento deferente al manejo del presupuesto a los contratos de concesión."

En desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes consideraciones:

La inquietud planteada en la consulta se refiere a si la investigación o el proceso de responsabilidad fiscal que iniciará la Contraloría Municipal de Dosquebradas como consecuencia del contrato de concesión celebrado entre la Secretaría de Educación y la Unión Temporal PROYECTAMOS COLOMBIA debe abrirse por la vigencia 2006 que ya quedó totalmente ejecutada o si por el contrario se toma también la vigencia del año 2007 que aún falta por pagar.

Ante todo es conveniente advertir que, dadas 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 lo tanto nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, como es el caso planteado por usted.

Así, las cosas se abordara el tema de manera general y abstracta, ofreciendo ilustración de orden legal, jurisprudencial y doctrinario, que pueda servirle para adoptar su decisión de manera autónoma y sin injerencia de esta Oficina.

Para adelantar la investigación o proceso de Responsabilidad Fiscal se debe seguir el procedimiento de la ley 610 de 2000 toda vez que establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

Ateniéndonos a lo dispuesto en dicha norma, el proceso de responsabilidad fiscal no se inicia teniendo en cuenta vigencias generales sino hechos concretos que hayan o puedan haber generado daño al patrimonio público, y la fecha en que estos ocurrieron.

Uno de los presupuestos de ley para el inicio del proceso de responsabilidad fiscal es la caducidad, para cuyos efectos debe tenerse en cuenta la fecha en que ocurrió el presunto hecho dañoso, cuando se trata de hechos instantáneos, o aquella en que ocurrió el último daño al patrimonio público, cuando se trate de hechos continuados, tal y como lo indica el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, que a la letra dice:

*“ARTICULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCION. 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. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.
[...]*”

1. La apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal:

Una vez establecido que no ha sobrevenido la caducidad, el proceso de responsabilidad fiscal se abrirá siempre y cuando exista daño patrimonial al Estado e indicios serios de los autores del mismo.

El artículo 40 de la citada ley, establece, que: *“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...”*

2. Daño Patrimonial al Estado:

El artículo 6° de la ley 610 de 2000, establece que se entiende por daño patrimonial, cuando dispone:

“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, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, 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”.

La H. Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de esta norma explicó:

“En el artículo 6°, que contiene las expresiones demandadas, la ley incluyó una definición de daño patrimonial al Estado, que puede descomponerse así:

a. *En primer lugar la norma contiene una descripción del daño como fenómeno objetivo.*

De acuerdo con la norma que se estudia, para que exista responsabilidad fiscal debe haber una “lesión del patrimonio público”, sin la cual no existe daño patrimonial al Estado. El legislador utiliza el concepto jurídico de “lesión” para precisar el concepto general de “daño” lo cual implica que debe tratarse de un daño antijurídico.

A renglón seguido, la norma señala cual es el objeto sobre el que recae la lesión y expresa que éste pueden ser los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado.

Luego describe el contenido de la lesión, al indicar que ésta puede consistir en menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro.

b. *En segundo lugar, la norma contiene el criterio de imputación del daño antijurídico, y precisa que el mismo debe ser el resultado de una gestión fiscal por servidor público o particular que obra con dolo o culpa.*

Como modalidades de la gestión que pueden conducir a la responsabilidad fiscal la norma enuncia la 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.¹

Es preciso tener presente si durante la ejecución del contrato de concesión suscrito entre la Secretaría de Educación y la Unión Temporal PROYECTAMOS COLOMBIA se han presentado algunas de las situaciones que constituyan lesión al patrimonio del Estado, al tenor de lo previsto en el artículo aquí transcrito, debe iniciarse el proceso de responsabilidad correspondiente.

No sobra recordar que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-340 de 2007, MP Rodrigo Escobar Gil.

3. Gestión Fiscal

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

En cuanto a la gestión fiscal el artículo 3o. de la ley 610 de 2000 establece, que:

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”

La gestión fiscal a la luz de la constitución de 1991, contempla de manera amplia la administración y manejo de recursos o bienes públicos, es decir no se limita a la ejecución presupuestal sino a la debida aplicación de los recursos públicos al logor de los fines del Estado. Así lo ha manifestado la Corte constitucional al señalar:

“En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Por esto mismo, a título de corolario se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata entonces de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción

*programática, que no en la mera contemplación de unos haberes "completos" pero inertes."*²

De los Contratos de Concesión:

El numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 dispone acerca de los contratos de Concesión, que: "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden...".

Ahora bien, en el contrato de concesión se le otorga a un concesionario una actividad o bien para que asuma el ejercicio del servicio público por su propia cuenta y riesgo pero con la vigilancia de la entidad concedente y como contraprestación recibirá un incentivo económico. El Estado es el titular de la actividad o del bien dado en concesión.

A continuación procede el despacho citar algunos aspectos señalados por la doctrina como relevantes en los contratos de concesión, así:

"La remuneración puede consistir en derechos, tarifas, tasa, valorización o en la participación que se le otorgue al contratista por la explotación de la actividad que el contratista cobre a los usuarios, con la aprobación de la autoridad competente y por el término pactado y se encuentra controlado por la autoridad competente y se aumentará o modificará de acuerdo al contrato y a la autorización del funcionario."

"El objeto lo ejecutará el contratista concesionario en la mayoría de veces a su costa, con sus propios recursos técnicos y económicos, pero puede ocurrir que la entidad concedente asuma parte de los recursos que se necesiten para desarrollar el objeto del contrato de concesión pero en cualquiera de los dos casos anteriores el concesionario estará sometido a la vigilancia control y supervisión de la entidad concedente, entidad que podrá vigilar el proyecto"³

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-840 de 2001, MP Jaime Araujo Rentería

³ BOHÓRQUEZ ZAPATA Leonardo Andrés, CAMACHO CHANIN Mario Andrés, El Contrato de Concesión, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público, Pág. 41,42,43 y 44, Bogotá D.C., 2002.

“El alea normal impone a las partes la carga de previsión y aseguramiento contra posibles fenómenos que puedan incidir en el contenido económico del contrato durante el tiempo que media entre el perfeccionamiento y la ejecución del mismo.

“Así pues, las partes pueden estipular formas para contrarrestar el riesgo inherente a este tipo de contratos, incluir cláusulas de estabilización monetaria, pago con referencia a moneda extranjera, mecanismo de revisión periódica, etc. Si las partes no prevén los remedios referidos, incumplen las carga de sagacidad incluida dentro del espectro contractual...”

“La participación en los riesgos puede solucionarse por medio de algunos de estos instrumentos mediante revisión de tarifas, tasas, otorgamiento de una subvención o garante o su aumento, cambio del precio concesiones o el otorgamiento de anticipos sin interés”.⁴

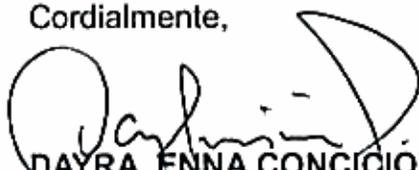
Para finalizar, de acuerdo a los lineamientos planteados, para adelantar la investigación o proceso de Responsabilidad Fiscal se debe seguir el procedimiento de la ley 610 de 2000, toda vez que establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

En consecuencia la fecha a tener en cuenta para abrir el proceso de responsabilidad fiscal, como consecuencia de la ejecución del contrato de concesión, será aquella en la que se evidencie daño o detrimento patrimonial causado a la entidad como consecuencia de una conducta dolosa o culposa de quienes realizaron gestión fiscal.

Este concepto se emite con base en la información suministrada por usted a este Despacho y dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Confiando en que la ilustración ofrecida ayude a absolver su inquietud, le saludo

Cordialmente,


DAYRA ENNA CONCICION PERICO
Directora de la Oficina Jurídica.

Proyectó: Diana María Murcia Vargas
Abogada Oficina Jurídica

⁴ BOHÓRQUEZ ZAPATA Leonardo Andrés, CAMACHO CHANIN Mario Andrés, El Contrato de Concesión, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público, Pág. 125 , 126, Bogotá D.C, 2002.

