

110.012.2009

Recibí 18 de diciembre/08
194



Popayán, Diciembre 10 de 2008

Vence 3 febrero.

DTRF-PF- 765-08

AUDITORÍA GENERAL

Rad No 2008-233-008314-2
 Us Rad. ACLOPATOFSKY
 Fecha 18/12/2008 14:28:40
 Asunto : SOLICITUD DE CONCEPTO
 Destino : / Rem CIU contraloría departamental
 www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

Señores
Oficina Jurídica
Auditoría General de la República
Carrera 10 No. 17-18 Piso 19
Bogotá D.C.

Cordial saludo.

De manera comedida le solicito su apoyo institucional en el sentido de conceptuar si es objeto de responsabilidad fiscal, un acto administrativo proferido por una administración municipal, en el aludido acto administrativo el representante legal reconoce el pago de una obra ejecutada por mayor valor, de lo cual existe concepto técnico de su veracidad, el organismo de control glosa el acto por considerar que el pago se le efectuó después de expirado el término de la acción contractual y no haber sido reconocido mediante conciliación.

Agradezco su valiosa colaboración.

NUBIA MARIA ORDOÑEZ DE RIVERA
Profesional Especializada.

Dic. 18/08

DESPACHO DEL AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20091100002211
Fecha: 28-01-2009

Bogotá D.C.
110- 012 -2009

Devolver Copia Firmada

44.18076265-co

29 ENE. 2009

Doctora:
NUBIA MARÍA ORDOÑEZ
Profesional Especializada
Contraloría Departamental del Cauca
Calle 5ª No. 9 -10
Popayán -Cauca

Referencia: Solicitud concepto

Cordial saludo

En atención a la consulta realizada por usted mediante radicado N° 2008-233-006314-2 se emite concepto jurídico para efectos de dar respuesta a su interrogante.

Del objeto de consulta

"Es objeto de responsabilidad fiscal, un acto administrativo proferido por una administración municipal, en el aludido acto administrativo el representante legal reconoce el pago de una obra ejecutada por mayor valor, de lo cual existe concepto técnico de su veracidad, el organismo de control glosa el acto por considerar que el pago se le efectuó después de expirado el término de la acción contractual y no haber sido reconocido mediante conciliación."

Se considera

De los casos particulares y concretos

Dentro de las funciones de la oficina jurídica se encuentra la emisión de conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativo; en cuanto a estos, tanto la ley como la jurisprudencia han sido reiterativas al señalar que tales pronunciamientos son simples orientaciones generales o consejos de la administración, los cuales no producen efectos jurídicos por no comprometer la responsabilidad de las entidades y tampoco ser de obligatorio cumplimiento o ejecución.



DESPACHO DEL AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
Sobre la solicitud de consulta la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad señaló¹:

2.2- El derecho de petición de consultas (artículo 25 del Código Contencioso Administrativo)

(...)

2.2.2.- El derecho de petición de consultas está consagrado en los artículos 25 a 26 del Código Contencioso Administrativo y con fundamento en él es factible acudir ante la autoridad pública para que por medio de un concepto oriente a los administrados sobre algún asunto que pueda afectarlos. Los conceptos desempeñan una función orientadora y didáctica que debe realizar la autoridad pública bajo el cumplimiento de los supuestos exigidos por la Constitución y las leyes. El contenido mismo del concepto, sin embargo, no comprometerá la responsabilidad de las entidades que lo emiten ni será tampoco de obligatorio cumplimiento. Se entiende, más bien, como una manera de mantener fluida la comunicación entre el pueblo y los administrados para absolver de manera eficiente y de acuerdo con los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, las dudas que puedan tener las ciudadanas y los ciudadanos y el pueblo en general sobre asuntos relacionados con la administración que puedan afectarlos. Tal como quedó plasmado en el Código Contencioso Administrativo, el derecho de petición de consulta tiene, entonces, una connotación de simple consejo, opinión o dictamen no formal de la administración cuyo propósito no es ser fuente de obligaciones ni resolver un punto objeto de litigio.

(...)

En este orden de cosas, la Corte Constitucional realiza una distinción y sienta algunas pautas. Confirma, de acuerdo con la interpretación que de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo ofrece también el Consejo de Estado, el carácter no obligatorio de las peticiones de consulta. Los conceptos no contienen, en principio, decisiones de la administración y no pueden considerarse, por consiguiente, actos administrativos. La Corte acepta la posibilidad de que en ciertos casos excepcionales los conceptos emitidos hacia el interior de la administración puedan ser vinculantes. (Sentencia de la Corte Constitucional C-487 de 1996 M. P. Antonio Barrera Carbonell).

Para el caso concreto, se observa que la solicitud realizada por la Contraloría Departamental del Cauca está enmarcada en unos hechos de carácter particular y concreto, sobre los cuales no es viable que este ente de control tenga injerencia en la toma de decisiones de competencia exclusiva de sus vigiladas, por ende, el presente concepto se desarrollará en términos generales. Lo anterior, tiene su fundamento en el ejercicio del control posterior y selectivo que debe realizar esta entidad a la gestión fiscal de la mencionada Contraloría Departamental.

¹ Corte Constitucional, C-542 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto.

Del Control Fiscal

El control fiscal es una función pública cuyo objetivo es la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes del Estado.

Este tipo de control está dividido en dos procesos complementarios a saber, el proceso auditor y el proceso de responsabilidad fiscal, éste último tiene la finalidad determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Ahora, la gestión fiscal, constituida como el elemento central del control fiscal en tanto es el objeto de la vigilancia se entiende como 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 ambientales².

Por vía de jurisprudencia, el máximo tribunal constitucional desde sus albores manifestó:

"El concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer las diferentes operaciones o transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el contador general, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas, y proyectos que constituyen, en un periodo determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración."

De lo anterior debemos concluir, la gestión fiscal la constituye una pluralidad de actividades de diferente naturaleza; jurídica, fáctica, económica y contable, por nombrar algunas. Como quiera que las actividades constitutivas de gestión fiscal no se encuentran en un catálogo, o mejor, no están expresadas taxativamente en la ley, su manifestación o representación se materializa de diferentes formas, entre otras, con un acto administrativo. Y es precisamente del contenido del acto administrativo que sin duda se puede establecer la existencia de un hallazgo fiscal y posteriormente la determinación del daño al patrimonio del Estado en el proceso de responsabilidad fiscal.

² Ley 610 de 2000.

DESPACHO DEL AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

No obstante, respecto del interrogante planteado, cuando se habla de "objeto de responsabilidad fiscal", debe recordarse que por técnica jurídica, se habla de responsabilidad cuando efectivamente se ha demostrado, en responsabilidad fiscal, la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa atribuida al gestor fiscal, un daño y el nexo causal entre el daño y la conducta, los cuales estarán comprobados en el fallo con responsabilidad fiscal, antes de éste último, se debe hablar de que cierto hecho, acto o situaciones son objeto de un hallazgo fiscal.

Por otra parte, centrados ya en el proceso de responsabilidad fiscal, y partiendo del supuesto que el acto administrativo fue la causa del detrimento al patrimonio del Estado, más no el daño en sí mismo, la ley 610 de 2000 define el daño patrimonial como:

ARTICULO 6o. 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, 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.

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.

De lo anterior demos concluir que, haciendo una armonización entre el pago de obra por mayor valor ejecutado, señalado por usted en el escrito de consulta, y su correlación con el daño patrimonial, es importante se realice un análisis juicioso de la relación costo beneficio, en donde se analice la necesidad y beneficio de la obra para la comunidad, y las características de cada caso en concreto. Por tanto, la existencia de un pago superior al inicialmente establecido no es razón suficiente para concluir que se está en presencia de un hallazgo fiscal, un daño y mucho menos de una responsabilidad fiscal, para ello debe evidenciarse si la gestión fiscal fue antieconómica, ineficiente, inoportuna o carente de planeación, entre otros elementos.

En este orden de ideas, no puede llegarse al rigorismo de ejercer un control fiscal basado en estándares inflexibles, requisitos taxativos, o listas de chequeo, para así deducir que determinado hecho, acto o situación son objeto de un hallazgo fiscal o un daño al patrimonio, por el contrario, el control fiscal debe ser dinámico y se debe adaptar a las situaciones particulares, obviamente sin desconocer los instrumentos otorgados por la ley para el ejercicio de la función pública de control fiscal. A guisa de ejemplo, piénsese en el pago por mayor valor de una obra ejecutada obedeciera a una mayor cantidad de obra o a la existencia de una actualización por desequilibrio económico del contrato como resultado de una fuerza mayor, en estos casos, de plano, no se podría hablar que el acto donde se reconoce el mayor valor constituya un hallazgo fiscal.

Igualmente, además de la auditoria habitual realizada a todos los contratos estatales, en el contrato de obra puede ser de gran valor la identificación del sistema de pago convenido por las partes, en tanto, dependiendo de este se podría determinar si se presentaron irregularidades en el pago o no.

El sistema o modalidad de pago, se trata de las distintas maneras utilizadas para medir el cumplimiento de la prestación por parte del contratista, de los valores que se le deben reconocer y la forma como se determina el monto de los honorarios que las entidades están dispuestas a reconocer³. A título ilustrativo, los sistemas usualmente utilizados por las entidades son el sistema de precios unitarios, el sistema de precio global, la administración delegada, el sistema de reembolso de gastos, autonomía de la voluntad y la forma de pago⁴.

Finalmente, consideramos pertinente exponer literalmente la conclusión que sobre los sistemas de pago en el contrato de obra plantea Luis Guillermo Dávila Vinueza.

Ha de insistirse que en las modalidades de pago del contrato de obra conocidas como precios unitarios, administración delegada y por reembolso de gastos, el valor convenido de la obra es tan sólo estimado habida consideración que su costo real se conoce una vez se ha completado el objeto del contrato. Al tratarse de un valor estimado para efectos fiscales, presupuestales y para la obtención de la garantía única de cumplimiento, no es parámetro de medición para efectos de dar aplicación al límite del 50% que pregona el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993. Esto por cuanto en este tipo de contratos, el acuerdo de voluntades conlleva la realización final y completa de la obra encomendada y hasta tanto ello no se obtenga, el objeto no ha sido cumplido.⁵ (Subrayado fuera de texto).

³ Pino Ricci Jorge, El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, página 416.

⁴ En cuanto al sistema de precios unitarios, el contratista recibe el pago y la entidad cancela única y exclusivamente sobre las actividades efectivamente ejecutadas, a razón del valor unitario previamente acordado. La ejecución de una mayor o menor cantidad de obra no afecta la economía del contrato porque la entidad estatal tiene la obligación de cancelar las cantidades de obra que se requieran para el adecuado cumplimiento del objeto.

En el sistema de precio global acuerda una sola suma por la realización de la obra, sin considerar para el pago cantidades y valores unitarios. El valor global comprenderá la totalidad de las actividades que deba cumplir el contratista para lograr el resultado. La administración delegada, el contratista se compromete a construir una obra y la entidad estatal asume el valor de los subcontratos que debe elaborar el contratista para cumplir con el objeto, con un valor adicional que corresponde a los honorarios de administración y la utilidad.

El sistema de reembolso de gastos, el contratista se compromete a construir una obra con sus propios recursos y con la periodicidad acordada, la entidad se obliga a restituir los costos directos más los honorarios que se hayan pagado, se diferencia de la administración delegada en que el dinero inicialmente invertido pertenece al contratista y no a la administración. Finalmente, en el de la autonomía de la voluntad, las entidades podrán establecer en los pliegos de condiciones las formas de pago señaladas, otras formas de pago distintas o mezclar elementos o características de las antes explicadas. (Pino Ricci Jorge, El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Primera edición.)

⁵ Dávila Vinueza Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial Legis. Segunda edición, página 741.

El presente concepto se emite al tenor del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, y de manera alguna compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República.

Cordialmente.



DAYRA ENNA CONCICION PERICO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Fabián Jaimes Poveda
Abogado Oficina Jurídica de la A.G.R.