

110.044.2010



Origen: 100 - DESPACHO DEL CONTRALOR

Destino: AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - BOGOTA

Asunto: CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL



CONTRALORÍA
General de Caldas

DIVISION DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Manizales, Agosto 25 de 2010.



Rad No 2010-233-005163-2
Us Rad. ACLOPATOFSKY

Fecha 27/08/2010 14:09:20

Asunto : CONSULTA.

Destino : / Rem CIU CONTRALORIA GENERAL DE CAL

www.auditoria.gov.co - Auditoria General de la Republica

Señores
AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Cra. 10 No. 17-18 Piso 9
Edificio Colseguros
Bogotá; D.C.

Asunto: Consulta

En la actualidad se presentan varios Procesos de Responsabilidad Fiscal, cuyos hechos a investigar han generado dudas. Por tal razón y en aras de poder resolverlos adecuadamente, de la manera más respetuosa, elevo la siguiente consulta:

- 1- Una Empresa de Servicios Públicos domiciliarios del orden Departamental, (Empresa Industrial y Comercial del Estado), incurrió en intereses por sobregiros bancarios. Igual situación se presenta en algunas Empresas Sociales del Estado "ESES" de diferentes municipios. Por lo anterior se pregunta: ¿Pueden considerarse el pago de estos intereses como detrimento patrimonial? ¿Podría esta situación, producir un fallo con Responsabilidad Fiscal?

Agradeciendo su valioso apoyo,

MARTHA LUCIA CARDONA CORTEZ
Funcionaria Instructora

27 AGO 2010

"POR LA VISIBILIDAD DE LO PÚBLICO"

Revisado
27/10



¡Fortaleza del control fiscal!



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20101100057031
Fecha: 08-10-2010

Bogotá, D. C.

Devolver Copia Firmada

OJ.110-044-2010

Doctora:
MARTHA LUCÍA CARDONA CORTEZ
Funcionaria Instructora
Contraloría General de Caldas
Edificio Licorera, piso 2, oficina 216
Manizales, Caldas

YY21909591 CO

14 OCT. 2010

Referencia: Rad. No. 2010-233-005163-2
Consulta sobre responsabilidad fiscal por detrimento al patrimonio público.

Apreciada doctora:

En atención a la petición de la referencia, procedemos a dar respuesta en los siguientes términos:

1) Síntesis de la consulta.-

Mediante escrito dirigido a esta Oficina, usted pregunta si el pago de intereses causados por sobregiros bancarios en que incurra una Empresa Industrial y Comercial del Estado o una Empresa Social del Estado puede considerarse como detrimento patrimonial y si esta situación puede producir un fallo con responsabilidad fiscal.

2) Consideraciones preliminares.-

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, este ente de control no puede tener injerencia en la toma de

14 OCT 2010

decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos compete adelantar 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 objeto de vigilancia, razón por la cual emitimos pronunciamientos de carácter general y abstracto.

3) Consideraciones de la Oficina Jurídica.-

Con fundamento en el mandato constitucional contenido en el numeral 5° del artículo 268 de la Constitución Política de Colombia, la Ley 610 de 2000 regula el proceso de responsabilidad fiscal, cuya finalidad es obtener de los agentes estatales que lleven a cabo gestión fiscal, el resarcimiento de los daños que— como consecuencia de dolo o culpa— éstos ocasionen al patrimonio público en ejercicio de su gestión¹

El presupuesto fundamental de este proceso es la existencia de un daño patrimonial al Estado, el cual es definido por el artículo 6° de la norma citada como “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”

Los verbos resaltados representan, todos, expresiones de daño o, lo que es lo mismo, lesión al patrimonio público. Ahora bien, ¿Enquadra en alguno de estos verbos el hipotético hecho, planteado en su consulta, de que una Empresa Industrial y Comercial del Estado o una Empresa Social del Estado —entidades que por manejar y administrar ingresos públicos directamente son sujetos de control fiscal²— deban pagar intereses por haber incurrido en sobregiros

¹ El fundamento jurídico del establecimiento de este tipo de responsabilidad patrimonial es garantizar el patrimonio económico estatal, conforme lo previsto por el artículo 90 de la Constitución Política, que establece:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

² Según la Constitución Política de 1991, la regla general para determinar si se es o no sujeto de control fiscal en Colombia se relaciona con que directa o indirectamente se manejen o administren ingresos públicos. Así se infiere de

bancarios? La respuesta a esta pregunta obliga a un análisis acerca de la naturaleza del sobregiro.

El sobregiro, según lo señalado en el numeral 2.6 del capítulo primero del título tercero de la circular básica jurídica (Circular Externa No. 007 de 1996) expedida por la entonces llamada Superintendencia Bancaria, es definido como "el pago de cheques en descubierto, esto es, el pago de cheques por valor superior al saldo de la cuenta corriente, evento en el cual el excedente se hace exigible a partir del día siguiente al otorgamiento del descubierto, salvo pacto en contrario".

Otro concepto de la Superintendencia Bancaria, el 2001061112-2 de octubre 9 de 2001, al referirse a las características y naturaleza del sobregiro precisa que, según las normas cambiarias vigentes, un banco solamente está en la obligación de pagar cheques hasta el valor depositado en la cuenta. Cuando el librador imparte orden de pago por una cantidad superior a aquella de la cual puede disponer, el banco puede optar por una de estas dos respuestas: negarse a pagar el cheque, rechazando el título por fondos insuficientes, o aceptar la orden pagando el cheque, lo que se traduce en un préstamo al cliente en el que la cuantía corresponderá a la diferencia entre lo depositado y el total de la suma librada.

Dicho en otras palabras, el sobregiro deviene en un crédito a cargo del titular de la cuenta y a favor del banco que lo concede.

En este sentido, siendo un crédito, el sobregiro genera intereses. Una definición elemental del concepto de interés sería la de "lucro producido por el capital", el cual, cuando proviene de tardanza en el pago de una obligación exigible, se convierte en interés de mora. Sobre la definición, finalidades y clasificación de los intereses, la Superintendencia Financiera ha manifestado:

"Sea lo primero precisar que nuestro ordenamiento positivo no consagra en forma expresa una definición del término "interés"; sin embargo, de la lectura de diversas normas como los artículos 717 y 1617 del Código Civil y 884 y 1163 del Código de Comercio, así como de los criterios sentados por la jurisprudencia y la doctrina se tiene que 'La utilidad o ganancia periódica que produce un capital se conoce con el nombre de intereses o frutos civiles.'

la interpretación conjunta de los artículos 119 y 267 de la Carta. Este último manifiesta: "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación".

Así mismo, se clasifican según su origen en interés bancario corriente, legal y convencional; de acuerdo con su oportunidad en remuneratorio y moratorio, y según la forma de liquidarse en interés simple y en compuesto.

(...) Sobre el interés bancario corriente, importa destacar que para efectos de lo señalado en el artículo 884 del Estatuto Mercantil, modificado por el artículo 111 de Ley 510 de 1999, "(...) es el aplicado por las entidades crediticias en sus operaciones de crédito en una plaza, durante un lapso de tiempo determinado. Corresponde entonces, al interés promedio cobrado como práctica general, uniforme y pública en cuanto al pacto de intereses en el crédito ordinario otorgado por los establecimientos bancarios.

"De otro lado, el artículo 884 de nuestro ordenamiento comercial, realiza la determinación legal del interés comercial, en aquellos eventos en los cuales no hubiere sido pactado con anterioridad por las partes, fijando tales montos con base en el interés bancario corriente.

"Así las cosas, el interés legal comercial, es el bancario corriente, certificado por la Superintendencia Bancaria, para un período determinado, y se aplica '(...) cuando en los negocios comerciales hayan de pagarse intereses sin que esté especificada la cuota o tasa; también cuando se presuman intereses, como en el caso del mutuo comercial (C. Co., artículo 1163) o en el de suministros o ventas al fiado (C. Co., artículo 885) (...)'"

Ahora bien, los intereses atendiendo a su oportunidad o momento del crédito se clasifican en remuneratorios y moratorios. En torno al interés remuneratorio, y conforme a la definición de la Corte Suprema de Justicia es aquel "(...) causado por un crédito de capital durante el plazo que se le ha otorgado al deudor para pagarlo".

Ahora bien, los intereses de mora "(...) son los que debe pagar el deudor como indemnización por el atraso en que ha incurrido (...) Es una forma de reparar el daño sufrido por el acreedor ante el incumplimiento tardío del deudor o su incumplimiento (...)". Es así como el interés moratorio corresponde a aquellas sumas que se deben pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituye en mora el deudor, es decir, desde el incumplimiento de la obligación principal." ³

Dado que, según la Ley 610 de 2000 el presupuesto básico para dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal es la configuración de un daño al patrimonio del Estado, es razonable analizar cómo el pago de intereses, que en principio serían

³ Superintendencia Financiera, Concepto 2006000164-001 del 15 de febrero de 2006.

los bancarios corrientes, puede — directa o indirectamente— dar lugar a tal daño patrimonial al Estado.

Para este propósito ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional⁴, “para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad”, de manera que habrá de valorarse, entre otros factores, que el daño sea cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. Además, tendrá que examinarse si, más allá de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.

Así las cosas, para determinar si la generación de intereses a causa del sobregiro en que incurrió el gestor fiscal en el caso sometido a consulta menoscaba, disminuye o perjudica el patrimonio público, no basta con probar que con el pago de intereses se erogó suma superior a la que había que erogar —lo cual es lógico— es necesario además que dicha erogación provenga, al decir del artículo 6, “de 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...”, significando la expresión resaltada que uno solo de estos elementos determina y basta para causar la merma al patrimonio público, en virtud del segundo inciso del artículo 4° de la Ley 610 de 2000 que dispone:

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

En este sentido se manifestó este despacho, en concepto 110-043-2002, en el cual expresó:

Lo cierto es que en materia de responsabilidad fiscal lo que exige la ley es que exista una pérdida, merma o deterioro que afecte el patrimonio público y que ella sea consecuencia de una indebida gestión fiscal, para lo cual se parte de la comprensión de que la gestión fiscal cubre todas las actuaciones y operaciones que se realizan con cargo a los recursos del erario por parte de los responsables de su manejo, *por lo que el concepto del daño al*

4

Corte Constitucional, Sentencia SU-620 de 1996.

patrimonio del Estado no se puede considerar limitado a los elementos que aparecen enunciados en el artículo 6° de la ley 610 de 2000. (Negrilla y resaltado fuera del original).

Bajo este criterio, lo fundamental para definir el daño patrimonial base del proceso de responsabilidad fiscal será el hecho evidente e innegable de que, al hacerse el sobregiro bancario con cargo futuro a dineros cuya naturaleza es pública, los intereses que la entidad oficial tenga que desembolsar por no prever la situación de improvisación de fondos, configura la evidencia de una gestión fiscal a lo menos **antieconómica e inoportuna**, la cual encuadra en la descripción genérica hecha por el artículo 6° de la norma en cita, razón que nos permite afirmar que en el caso planteado por el consultante se puede presumir un detrimento patrimonial contra el Estado.

Sobre el particular, consideramos que los siguientes argumentos, esgrimidos por la doctrina para justificar la responsabilidad fiscal en los eventos de intereses moratorios, son válidos y se ajustan análogamente a la hipótesis implícita en su consulta:

"Se aprecia sin dificultad, que la autonomía presupuestal deslinda el ámbito operativo de la administración de los recursos públicos de los diversos entes del Estado, y como consecuencia, radica en las respectivas autoridades no sólo la competencia para administrarlo, sino la responsabilidad en los eventos en que surjan conductas lesivas del ordenamiento o del propio patrimonio.

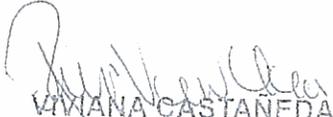
Por lo tanto, en los eventos en que una entidad pública por negligencia de sus funcionarios, se vea obligada a cancelar intereses moratorios a otra, existe responsabilidad fiscal por ese sobrecosto producido en el cumplimiento de la obligación."⁵

Finalmente, consideramos que la situación planteada tiene vocación para producir un fallo de responsabilidad fiscal, siempre y cuando confluyan los demás presupuestos de ley. Recordemos que las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 conforman el estatuto de la responsabilidad fiscal, lo que quiere decir que ellas establecen las reglas para que mediante un proceso se defina la responsabilidad fiscal de la persona que maneja o administra recursos públicos y que en ejercicio de esta labor inflige daño al patrimonio estatal.

⁵ Uriel Alberto Amaya. Teoría de la responsabilidad fiscal. Universidad Externado de Colombia, 2002.p.164

vocación para dar inicio a un proceso de responsabilidad fiscal en el cual, con la aplicación plena de todas las garantías del debido proceso, se declare jurídicamente la responsabilidad del gestor fiscal que mediante conducta omisiva o gravemente culposa haya causado daño al patrimonio del Estado, o se absuelva a dicho agente de tal responsabilidad.

Cordialmente,



VIVIANA CASTAÑEDA AYA
Directora Oficina Jurídica.

Proyectó: Rafael Villalobos Posso. 