



Radicado No: 20121100040461

Fecha: 26/07/2012

Bogotá D.C  
OJ.110-044-2012

Doctora  
**MARIA MARGARITA BUENO GONZALEZ**  
Contralora Municipal de Floridablanca  
Carrera 33 No. 195-71 Antigua Casa Piraguitas  
Floridablanca (Santander)

44.111.6666 Z90007DK

30 JUL. 2012

5

**Referencia:** Rad. No. 2012-233-004338-2  
Concepto sobre daño patrimonial por transferencia de recursos entre entidades públicas.

Respetada Doctora Margarita:

En atención a la petición de la referencia, de manera atenta resolvemos su inquietud en los siguientes términos:

**1) Síntesis de la consulta.-**

Por escrito usted solicita a esta Oficina conceptuar sobre lo siguiente:

*"En algunos pagos hemos observado la cancelación de intereses y multas por algunos conceptos como:*

- Pago extemporáneos de retención (.....)
- Pago de Intereses al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (.....)
- Al fondo nacional del ahorro (.....)

*Se requiere concepto sobre los anteriores aspectos con el fin de establecer si existe responsabilidad fiscal y quienes serían las personas que deben hacer el reintegro correspondiente."*

*Margarita  
31 JUL. 2012*

## 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, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos 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 posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los órganos de control resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

## 3) Consideraciones de la Oficina Jurídica.-

De conformidad con el Decreto Ley 272 de 2000, en su artículo 18 son funciones de la Oficina Jurídica:

*"3. Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo."*

Respecto a lo consultado por Usted en escrito de fecha 9 de julio de 2012, me permito manifestarle que la Auditoría General de la República tiene competencia para pronunciarse sobre conceptos o consultas generales y abstractas, y, teniendo en cuenta que nos expone un caso concreto del cual deriva la consulta, es claro que la misma, no reúne las características señaladas; ya que tácitamente nos solicita proferir una respuesta frente a la existencia de daño patrimonial en un asunto determinado, por lo cual nos abstenemos de pronunciarnos pues la competencia es exclusiva de la Contraloría Municipal para tomar las decisiones pertinentes de acuerdo a su sana crítica.

No obstante lo anterior y frente a temática planteada por el consultante, de manera general manifestamos:

Existen diversidad de criterios sobre la existencia de daño patrimonial entre Entidades Públicas, circunstancia que se deriva de las diferentes interpretaciones normativas de los principios del Sistema Presupuestal (contenido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto -Decreto 111 de 1996), del debate entre el carácter

abstracto y concreto de los recursos públicos, de la interpretación del artículo 352 de la Constitución Política, entre otros que bajo razonamientos como la justificación del gasto dificultan la unanimidad de criterio.

Dicha multiplicidad de criterios acerca de la transferencia de recursos entre Entidades Públicas, también se debió a la amplitud en el concepto de daño patrimonial, situación evidenciada por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, que en uno de sus conceptos estableció:

*"El daño patrimonial al Estado es una lesión al patrimonio público o a los intereses patrimoniales del Estado. **Así tenemos, que siempre que se lesione el patrimonio o los intereses patrimoniales del Estado, estaremos ante un daño patrimonial a este.** "Es necesario resaltar que la ley consagra una definición amplia del daño patrimonial al Estado. **La definición abunda en sinónimos que tratan de ejemplificar en que consiste el daño, sin que en ningún momento se dé una descripción taxativa o cerrada del mismo.** De esta forma se deja el camino abierto para que dentro de la definición puedan encajar todos aquellos eventos en que el patrimonio público se ve lesionado, sin que exista la posibilidad de que algunos queden excluidos por una interpretación formalista o exegética de la norma. Esta amplitud en la definición también es predicable de los otros dos elementos: las acciones y las personas que pueden causar el daño. Así, en el artículo es patente la preocupación del legislador por cobijar todas las situaciones de detrimento al erario".<sup>1</sup>*

La falta de delimitación del concepto de daño al patrimonio público, derivada de la inexistencia de descripción taxativa del mismo, deja un amplio campo de interpretación que permite que muchas conductas puedan encauzarse dentro del supuesto normativo.

Ésta amplia concepción de daño patrimonial al Estado necesariamente repercute en la teoría de daño entre entidades públicas derivado del pago de intereses, multas y sanciones, teniendo en cuenta la transferencia de recursos. En torno a ésta temática han sido contrarias las posiciones que se han adoptado cuando se trata el tema, eventualidad que dificulta la certeza jurídica al momento de la toma de decisiones por parte de la Administración, respetando el principio de legalidad, la seguridad jurídica, razón por la cual se procederá a hacer un recuento de los pronunciamientos más relevantes sobre esta temática:

<sup>1</sup> Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Concepto 0070A de 2001.

La circunstancia anotada conlleva necesariamente la dificultad en el planteamiento de un precedente jurisprudencial basado en un mismo lineamiento, teniendo en cuenta la existencia de decisiones y conceptos que reflejan posiciones contrarias.

A continuación se hará un recuento de los conceptos que sobre el tema se han producido:

- Fallo dentro del expediente No. 04-002417, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidió la acción popular interpuesta por la Auditoría General de la República y la Contraloría Distrital de Bogotá, negando la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, la base para la decisión se fundó en la inexistencia del daño patrimonial al Estado.
- Concepto 070 A de 15 de enero de 2000, en este pronunciamiento la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República sostuvo que no había daño entre Entidades del Estado cuando las mismas cancelan sanciones impuestas por otros Organismos estatales como la DIAN, toda vez, que el dinero ingresaba al mismo Erario y no salía de éste, luego se consideró en su momento la improcedibilidad de abrir un proceso de responsabilidad fiscal por tales hechos. Para fundamentar el tema en el citado concepto se señaló:

*“Para examinar el caso de las transferencias de recursos es importante enfatizar en el termino (sic) “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.**”*

- El Consejo de Estado mediante sentencia de 4 de noviembre de 2004, Sección tercera, Rad. AP-2305<sup>2</sup>, estableció que no se presenta detrimento, cuando una Entidad estatal deja de hacer a otra de la misma naturaleza, una transferencia de

<sup>2</sup> Pronunciamiento reiterado en la sentencia de 22 de abril de 2010, emanada de la misma Corporación, Sección Primera. Rad. 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP).

recursos en los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico, porque en este caso no habrá habido mengua en el patrimonio estatal.

- Así mismo el ya referido ente de Control Superior, señaló en uno de sus conceptos del año 2006, lo siguiente:

*“Como nos referimos al daño patrimonial al Estado, es valioso considerar que en reiteradas oportunidades esta Oficina ha señalado que en los casos en que se presentan afectaciones presupuestales entre entidades del Estado, sin importar si son o no del mismo nivel territorial<sup>3</sup>, estas no pueden considerarse como daño. Se señala como punto de partida para esta interpretación el Concepto 0070A del 20014, donde se resalta, que en estos casos, se presentan “transferencias de recursos” entre entidades del Estado, posteriormente, otros conceptos de esta Oficina han venido complementando la tesis anterior señalando que, con base en los conceptos de patrimonio público y hacienda pública no podría predicarse que exista daño de una entidad estatal a otra dada la unidad estatal en materia patrimonial; en materia de conciliación entre entidades del Estado no se presenta daño ya que ambas entidades son parte del Estado, y el Estado es uno solo; y, tras la conceptualización de lo que es el Estado y la Hacienda Nacional, se concluye que : “Es claro entonces, que al ser el Estado uno sólo, no podría predicarse que exista daño de una entidad estatal a otra. En tal sentido lo plantea el artículo 1° de la Ley 610 de 2000”<sup>3</sup>*

Recientes pronunciamientos: Inexistencia de detrimento al patrimonio por transferencia de recursos entre Entidades públicas:

El H. Consejo de Estado, en fallo de abril del año 2011, al resolver una acción popular impetrada para protección del derecho colectivo al patrimonio público, retomó el concepto planteado por la misma Corporación a través de su Sección Tercera en sentencia del 4 de noviembre de 2004, Radicada bajo el No. AP-2305, mediante la cual hizo referencia a la inexistencia de detrimento cuando una Entidad estatal deja de hacer a otra de la misma naturaleza una transferencia de sus recursos en los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico, bajo el entendido de que en ese caso, no se produce mengua en el patrimonio estatal.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 4269 de 2001.

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera. Providencia de 22 de abril de 2010. Rad. 52001-23-31-000-2004-01625-01.

De los conceptos anotados se puede extractar que tras el concepto de unidad del Estado y de sus recursos<sup>5</sup>, no es procedente predicar el daño entre las mismas instituciones que lo conforman, sin embargo se debe hacer un examen juicioso de la conducta dolosa o culposa en que haya podido incurrir el gestor fiscal vinculado al proceso de responsabilidad fiscal, teniendo en cuenta que dicha teoría no se puede aplicar de forma objetiva.

La naturaleza patrimonial del proceso de responsabilidad fiscal, y por ende tendiente al resarcimiento del daño causado al erario público, por una Gestión Fiscal irregular, por lo que tal resarcimiento se traduce en la cancelación de una suma de dinero que debe pagar el responsable fiscal. En consecuencia no hay responsabilidad sin daño, y este debe ser atribuido a título de dolo o culpa, debiendo existir una relación de causalidad entre la conducta y el hecho generador del daño.

Este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Atentamente,



**LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA**  
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Santiago Narváez de los Ríos - Profesional Oficina Jurídica

<sup>5</sup> *"El principio de la Unidad de Caja consiste en la obligación de constituir una caja común para que el Estado pueda cumplir con sus obligaciones. Tal como se señaló en el acápite anterior, los dineros del Estado que se recuperan a través de la acción fiscal en aplicación del principio de la Unidad de Caja se devuelven a la Dirección General del Tesoro. Valga aclarar que el principio de la Unidad de Caja aplica para la Dirección General del Tesoro, y no en la entidad pública ejecutora del presupuesto, pues los dineros que entran al Tesoro se deben juntar todos y ser entregados a las entidades públicas para cumplir con sus fines constitucionales o legales. Así las cosas, no es que el principio de la Unidad de Caja se tenga como eximente de la responsabilidad fiscal como lo señala la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sino que tal como están concebidos los procedimientos finalmente éste opera al devolverse los recursos objeto de recuperación a través de la acción fiscal al Tesoro Nacional."*<sup>45</sup> (Ibidem)