

AUTO No. 005-2023
(27 de enero de 2023)

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE EL GRADO DE CONSULTA"

EXPEDIENTE No. PRF 015-17

I. COMPETENCIA

El Contralor Municipal en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por los artículos 1 y 4 del Acto Legislativo 4 de 2019, el artículo 18 de la ley 610 de 2000 y el Acuerdo Municipal 021 de 2012, dispone:

II. ANTECEDENTES

La Contralora Municipal de la época Dra. Ángela María Cubides González, mediante oficio interno No. 100-291 del 22 de agosto de 2017, dispuso trasladar a la Oficina Asesora Jurídica y de Procesos el Hallazgo Fiscal No. 12, elaborado por la Unidad de Control Fiscal de la Contraloría Municipal de Tuluá con ocasión de la Auditoria Regular con enfoque integral practicada al Centro de Diagnóstico Automotor de Tuluá – CDAT, vigencias 2015 y 2016, en el cual se describe el hecho presuntamente irregular en éstos términos:

Espacio en

Blanco Q

d. Redacción del Hallazgo:

El Centro de Diagnóstico Automotor de Tuluá, mediante nota de contabilidad No. 20140138 del 30 de junio de 2016, dio de baja cartera por valor de \$7.264.620, de conformidad con acta de comité de saneamiento contable No. 03 del 16 de junio de 2016, a través de la cual el Asesor Jurídico indica que la cartera en mención puede ser considerada incobrable dada su antigüedad y dificultad en el proceso de cobranza, no obstante al efectuar la revisión detallada de cada uno de los deudores dados de baja, se evidenció que en algunos casos la cartera correspondió al año 2015 o bien se encontraba aún dentro de los tres años que otorga la Ley para ejercer las respectivas acciones de cobro, para algunos deudores no se evidenció gestión de cobro y para otros, la gestión se limitó al envío de una cuenta de cobro. A continuación se relacionan las facturas a las que se hace referencia:

FECHA	FACTURA No.	VALOR
Feb 4/2015	102829	49,999
Mar 25/2015	105270	120,000
Agos 6/2015	112644	50,000
Jun 26/2015	10462	120,000
Jun 25/2014	92174	120,000
Oct 27/2014	98209	125,450
Sep 29/2015	115855	68,000
Jun 23/2015	110462	120,000
Jun 25/2014	92174	120,000
Oct 27/2014	98209	125,450
Dic 18/2013	83095	120,000
Mar 2/2015	103977	55,001
Mar 12/2015	104533	125,000
Agos 14/2014	94888	89,999
Jul 30/2013	75548	99,999
Feb 6/2014	85648	120,000
Mar 5/2016	123461	13,100
Sep 4/2014	95809	58,000
Feb 19/2015	103526	120,000
TOTAL		1,809,998

Las facturas relacionadas anteriormente aún no se encontraban prescritas en la fecha en que se dieron de baja.

Con base en lo anterior, se considera que la situación descrita presuntamente se traduce en una gestión fiscal antieconómica por parte de la Entidad, pudiéndose generar un posible detrimento patrimonial por valor de un millón ochocientos nueve mil novecientos noventa y ocho pesos (\$1.809.998), de conformidad con lo establecido por el Artículo 6 de la Ley 610 del 2000, presentándose a su vez un posible incumplimiento del numeral 1, del artículo 34 Deberes, del capítulo 2° Deberes, del título IV Derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, Impedimentos, inhabilidades, y conflicto de intereses del servidor público de la Ley 734 de 2002 y contraviniendo además el artículo 3° del Capítulo II de la Ley 489 de 1998, Principios de la función administrativa, dada la presunta ineficiencia por parte de la entidad para ejercer las respectivas acciones de cobro facultadas por la Ley, tendientes a garantizar la recuperación de los recursos adeudados, así como la baja de una cartera sin los correspondientes argumentos y soportes que validen el proceso.

En el trámite procesal, y optando por fallar sin responsabilidad fiscal, bajo un análisis suficiente, detallado, claro, concreto, con plena observancia de la normatividad aplicable, la Oficina Asesora Jurídica y de Procesos, mediante el Auto No. 103-2022 del 30 de diciembre de 2022, "POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL", ordenó Archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal toda vez que no existe mérito para continuar con la investigación. Contenido en el expediente PRF 015-17.

En efecto, la Oficina Asesora Jurídica y de Procesos, quien por funciones funge como primera instancia en los procesos de responsabilidad fiscal, y en razón del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, corrió traslado del presente expediente mediante Oficio No. 131-29.07-7 del 05 de enero de 2023, a este Despacho como superior jerárquico para que en razón de mis funciones conozca y resuelva el Grado de Consulta.

III. ACTUACIONES PROCESALES

1. Auto No. 087-17 de noviembre 15 de 2017, POR MEDIO DEL CUAL SE APERTURA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL. Folio 93 a 98.
2. Constancia de notificación personal del 05 de diciembre de 2017
3. Auto para reconocer personería del 15 de septiembre de 2020
4. Constancia secretarial de enero 04 de 2022
5. Constancia secretarial de septiembre de 2022
6. Acta No. 026 de diciembre 06 de 2022
7. Auto No. 103-2022 del 30 de diciembre de 2022, Por medio del cual se archiva un proceso de responsabilidad fiscal.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 267 y 268, numeral 5° de la Constitución Política¹, corresponde a la Contraloría General de la República y a las Contralorías

¹ "modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo Nro. 04 del 18 de septiembre de 2019, por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal" Aunque para la fecha de los hechos no estaba vigente la modificación introducida en el Acto

Departamentales, Municipales y Distritales "establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma". Ha dicho la Corte Constitucional que el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado no es otro que el de garantizar el patrimonio económico estatal, el cual debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar "la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho". (Sentencia C-832 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil), en los términos de lo estatuido por los artículos 2° y 209 de la Constitución Política.

Por lo tanto, a través de la Ley 610 de 2000, se regula la figura de la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño al patrimonio del Estado; es así entonces que resulta necesario antes de proceder al análisis, dejar claro que la responsabilidad fiscal se estructura sobre los tres elementos señalados en el Artículo 5°:

"Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores".

Señala además, dicha norma en su artículo 4°:

"Objeto de la responsabilidad fiscal. 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. 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.

Parágrafo 1°. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Parágrafo 2°. INEXEQUIBLE El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve. Corte Constitucional mediante Sentencia C-619 de 2002."

Es así, que tales presupuestos deben ser valorados por ésta instancia para establecer su existencia y de este modo tomar la decisión que corresponda al respecto, como una medida legal y no así como una actuación subjetiva.

V. CONSIDERACIONES

Este Despacho entra a decidir lo que en derecho corresponde, teniendo en cuenta el siguiente marco normativo:

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia consagra:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio".

La Ley 610 de 2000, en esta materia preceptúa:

"Artículo 2. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo."

"Artículo 18: Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del Interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio."

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso."

Corresponde entonces ahora, previo examen de las pruebas aportadas al plenario y las normas de carácter legal pertinentes, determinar si efectivamente la decisión de primera debe mantenerse o por el contrario desvirtuarse.

De las pruebas documentales y las instancias agotadas durante el trámite del proceso ordinario de Responsabilidad Fiscal se establece lo siguiente:

En efecto es claro que corresponde exclusivamente a este ente de Control identificar fehacientemente la existencia de los tres elementos que la integran, vale decir, el daño patrimonial, causado por "la conducta dolosa o gravemente culposa" de los servidores y el nexo causal entre los dos anteriores (artículo 5° de la ley 610 de 2000), o el posible resarcimiento del detrimento patrimonial o daño causado a la entidad pública, como en efecto sucedió.

En este orden de ideas tenemos que el fin principal buscado por los entes de control, es lograr un resarcimiento al patrimonio público de la entidad, representado en la

devolución de los bienes o el pago líquido de una sanción pecuniaria, a fin de devolver al tesoro público los bienes sustraídos o reducidos así como lo ordena los siguientes artículos de la primogénita Ley 610 de 2000.

"Artículo 4°. Objeto de la responsabilidad fiscal. 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. 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.

Artículo 16. Cesación de la acción fiscal. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente."

Una vez verificados los argumentos expuestos en la providencia de primera instancia, procede este despacho a analizar las pruebas relacionadas dentro del proceso que hoy nos compete.

Si bien, la irregularidad desplegada dentro del formato del hallazgo consiste en un posible detrimento por valor de un millón ochocientos nueve mil novecientos noventa y ocho pesos (\$1.809.998) M/Cte., por dar de baja una cartera que fue considerada como incobrable y que se encontraba aun dentro del término para ejercer las respectivas acciones de cobro.

En vista a la evidente irregularidad, la Oficina Asesora Jurídica y de Procesos, a través de su líder de la época, aperturó mediante Auto No. 087-17 proceso de responsabilidad fiscal, en fecha noviembre 15 de 2017.

A folio 104 del Cuaderno principal, el Centro De Diagnóstico Automotor – CDAT, a través de la Gerente de esa época, allegó a la Oficina Asesora Jurídica y de Procesos de este ente de control, Manual de funciones de los cargos que conforman el área financiera de la entidad, aportando funciones y perfil del cargo de Contador, Control interno, Tesorero, Cajero y Auxillar Administrativo.

En fecha 13 de febrero de 2018 la vinculada, señora ESTHER JULIA ARENAS LÓPEZ, presenta su versión libre por escrito, asegurando respecto de la irregularidad expuesta en el formato del hallazgo, específicamente, que tres de las diecinueve facturas relacionadas en el formato de hallazgo, fueron doblemente incluidas, por lo que el valor del hallazgo no sería de Un millón ochocientos nueve mil novecientos noventa y ocho (\$1.809.998) M/Cte., sino de Un millón cuatrocientos cuarenta y cuatro mil quinientos cuarenta y ocho pesos (\$1.444.548) M/Cte., solicitando la vinculada, el ajuste de dicho valor.

Seguidamente, manifiesta que, respecto a lo estipulado en el Acta No. 03 de fecha 16 de junio de 2016², el CDAT continuó con el proceso de cobro de las facturas relacionadas en el hallazgo, a través de cobro pre jurídico de cartera, logrando la recuperación total de las mismas, relacionando en una tabla los números, fechas y valor de los recibos de caja, a través de los cuales los deudores realizaron cada uno de los pagos.

Finalmente, explica que sin daño no existe la responsabilidad fiscal, aduciendo que para el presente caso se recuperó el 100% de los valores pendientes por cobrar en las facturas objeto de esta investigación fiscal, por lo que habría ausencia del daño.

A sus argumentos de defensa, la señora Esther Julia aporta copia del Acta No. 3 de junio 16 de 2016, copia de las facturas objeto de esta investigación, copia de las cuentas de cobro, copias de oficios de cobro prejudicial remitidas a los deudores y copia de los recibos de caja, en los cuales se ven reflejados los pagos de las facturas que fueron relacionadas en el hallazgo³.

Por último, la vinculada en sus argumentos de defensa manifiesta que el equipo auditor de esta Contraloría se refiere a cinco (5) años para ejercer el cobro de obligaciones por jurisdicción coactiva, y no de tres (3) años, como debe ser para el cobro de las facturas en el presente caso, teniendo en cuenta que se debe dar bajo las normas comerciales.

Así las cosas, es preciso aclarar que en la irregularidad descrita en el escrito del hallazgo se habla de tres años, pues sí bien en la redacción del hallazgo se indica que la cartera correspondía al año 2015, indicando que se encontraba dentro de los tres años que otorga la Ley para ejercer las respectivas acciones de cobro.

A folio 268, la encartada aporta copia de Auto inhibitorio, en el cual la Procuraduría se inhibe de iniciar acción disciplinaria contra la señora Esther Julia Arenas López, en razón al mismo hallazgo, objeto de estudio, argumentando que la queja se refiere a hechos disciplinariamente irrelevantes, puesto que el Código de Comercio determina que las sociedades de economía mixta se regirán por el derecho privado.

En fecha 30 de enero de 2020, la Contraloría General de Medellín emitió concepto relacionado con sociedades de economía mixta vs responsabilidad fiscal⁴, indicando lo siguiente: "(..), el control fiscal ejercido por las Contralorías "cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico", basta con que haya de por medio la existencia de recursos públicos.

El control fiscal por lo tanto y tal como lo indica la Constitución Política, se debe realizar de forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados los recursos del estado."

² Folio 47 y ss Cuaderno principal

³ Folio 216 y ss Cuaderno principal

⁴ <https://www.cgm.gov.co/cgm/Paginaweb/N/Conceptos/Concepto%20Sociedades%20de%20econom%C3%ADa%20mixta.pdf>

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente traer a colación lo estipulado en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, el cual hace referencia al objeto de la responsabilidad fiscal, esto es, el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, que a la letra reza:

"Artículo 4°. Objeto de la responsabilidad fiscal. 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. 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."

De otro lado, el artículo 97 de la Ley 498 de 1998, define las sociedades de economía mixta como *"organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley"*.

De esta manera, el concepto emitido por la Contraloría de Medellín explica que los recursos que el estado entrega para integrar el capital social y convertirse en socios de una sociedad de economía mixta, son recursos públicos, y nuestro ordenamiento jurídico ha querido establecer que aquella contribución patrimonial, convertida a esta nueva sociedad o entidad en un agente pasible de vigilancia fiscal, el capital de esta sociedad forma una unidad que si bien puede tener origen entre capital privado y público para efectos de la sociedad de economía mixta se comporta habida cuenta de su expresión estatal, como recursos públicos; siendo la Ley de conformidad con la Corte Constitucional la única que de forma expresa y clara puede entrar a crear factores diferenciadores en aquellas sociedades.

Así las cosas, este despacho procederá a confirmar la providencia que ordena Archivar el proceso de responsabilidad fiscal de la referencia.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el suscrito Contralor Municipal de Tuluá,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la providencia proferida por la Oficina Asesora Jurídica y de Procesos mediante Auto No. 103 de 30 diciembre de 2022, "POR MEDIO DEL CUAL SE ARCHIVA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL", la cual en la parte resolutive ordenó archivar el presente Proceso de Responsabilidad Fiscal radicado No. PRF 015-17.

ARTÍCULO SEGUNDO: Devolver, el expediente a la Oficina Asesora Jurídica y de Procesos, para lo de su competencia y fines pertinentes.

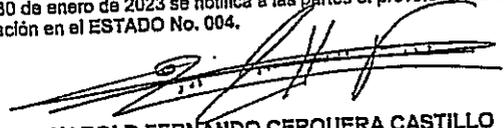
ARTICULO TERCERO: Notificar por estado el contenido de este Auto.

ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Tuluá, el día veintisiete (27) del mes de enero de dos mil veintitrés (2023).


HAROLD FERNANDO CERQUERA CASTILLO
Contralor Municipal

OFICINA ASESORA JURIDICA Y DE PROCESOS
TULUÁ- VALLE DEL CAUCA
Hoy 30 de enero de 2023 se notifica a las partes el proveído anterior por
anotación en el ESTADO No. 004.

HAROLD FERNANDO CERQUERA CASTILLO
Contralor Municipal

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

