

“Credibilidad y confianza en el control”

16000 -

PARA: Dra. LILIANA TRUJILLO URIBE
Directora Proceso de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción
Coactiva

DE: JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

REF.: Su memorando 201182222 del 2 de agosto de 2011

ASUNTO: Solicitud concepto daño patrimonial en prescripciones
tributarias

De manera atenta esta oficina da respuesta a la solicitud contenida en el oficio de la referencia, relacionada con la inquietud que se les presenta con el daño patrimonial y su consecuente detrimento por decretar la prescripción de obligaciones tributarias y si se presenta responsable fiscal en estos casos.

Sobre el particular cabe aclarar que esta oficina emite el concepto solicitado, no obstante aún cuando el fijar las directrices en esa Dirección está a su cargo, según lo establece el Acuerdo 361 de 2009, Artículo 57 Numeral Primero que a la letra expresa:

“Artículo 52. Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva. Son funciones de la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva:

- 1. Definir las políticas e impartir directrices generales sobre indagaciones preliminares, procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva que debe desarrollar la Contraloría de Bogotá D.C.”*

I. OBJETO DE LA CONSULTA:

En su texto expresa:

“Comedidamente me permito solicitar la directriz correspondiente a:

i) *Si hay daño patrimonial al decretar la prescripción de las obligaciones tributarias respecto al impuesto predial, impuesto de vehículos e impuestos de industria y comercio, dando aplicación al Artículo 817 del Estatuto Tributario.*

- i) *Si al decretar la prescripción e oficio o a solicitud de parte, se genera la obligación legal de adelantar proceso de responsabilidad fiscal contra los servidores públicos encargados de la gestión de recaudo.*
- ii) *En que (sic) momento éstos (sic) dineros se constituyen en patrimonio del Estado”*

Una vez analizado el contenido de la solicitud, me permito hacer las siguientes consideraciones, las que están orientadas a aclarar algunos aspectos que emergen de su evaluación:

II GENERALIDADES

Conforme al artículo 2512 del Código Civil, la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales. Agrega la citada norma: *“se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción”*.

La prescripción presenta entonces dos formas. La Adquisitiva, llamada también Usucapión y la Extintiva. La primera, es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas que están en el comercio, por haber sido poseídas con las condiciones legales y dada su naturaleza ha de hacerse valer como pretensión a efecto de obtener la declaración judicial que el bien pertenece al demandante por haberlo adquirido por ese modo.

Por su parte, la Prescripción Extintiva es un modo de extinguir las acciones o derechos ajenos por no haberse ejercido durante cierto tiempo, siempre que concurren los demás requisitos de ley, constituye una excepción encaminada a paralizar la acción del demandante y debe alegarse expresamente por el demandado. También por mandato legal puede autorizarse este tipo de extinción de la obligación como en el caso que nos ocupa que por Decreto de la Administración Distrital o por lo establecido en el Estatuto Tributario.

Al respecto la jurisprudencia colombiana acerca de la Prescripción Extintiva ha manifestado lo siguiente:

“La prescripción extintiva contribuye a la paz social, a la seguridad jurídica y en manera alguna vulnera los derechos constitucionales. La Corte afirmó que “los derechos constitucionales como tales en general no prescriben, puesto que emanan del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y configuran valores superiores del ordenamiento

jurídico colombiano”. Esto no significa que la prescripción extintiva vulnere el orden constitucional, pues ésta cumple funciones sociales y jurídicas de gran importancia, ya que contribuye a la seguridad jurídica y a la paz social al fijar límites temporales para adelantar controversias y ejercer acciones judiciales, como esta Corte lo ha reconocido. Así, reclamaciones concretas provenientes del ejercicio de un derecho constitucional pueden estar sujetas a prescripciones legales, sin que ello vulnere el derecho constitucional”. [1]

1. Los términos de Prescripción

Mediante la Ley 791 del 27 de diciembre de 2002 fueron reducidos los términos de prescripción en materia Civil, disponiendo en su artículo 8° lo siguiente:

“Artículo 8°. El artículo 2536 del Código Civil quedará así:

El artículo 2536. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término” .(negritas fuera de texto).

El Estatuto Tributario en su Artículo 817 establece:

“TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. <Artículo modificado por el artículo 86 de la Ley 788 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> *La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:*

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*
- 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.*
- 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión...”*

2. Daño patrimonial

[1] Corte Constitucional

En sentencia Sentencia N° 11001-03-06-000-2007-00077-00 (1852) de la Sección Tercera, Consejo de Estado de fecha 15 de Noviembre de 2007 Magistrado Ponente Gustavo Aponte Santos, estableció respecto al daño patrimonial:

“El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto. De acuerdo con lo dispuesto en las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, cuando una entidad u organismo de carácter público paga a otro de su misma naturaleza una suma de dinero por concepto de multas, intereses de mora o sanciones, se produce un daño patrimonial. Dicho daño puede dar lugar a responsabilidad fiscal del gestor fiscal comprometido, cuando en el proceso de responsabilidad se pruebe que existió una conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal entre ésta y el daño. El pago que una entidad u organismo público efectúe por estos conceptos a otra de su misma naturaleza, presupuestal y contablemente es un gasto que merma su patrimonio y no una mera operación de transferencia de recursos entre entes públicos. El principio presupuestal de unidad de caja no exime de responsabilidad fiscal al gestor fiscal que con su conducta dolosa o gravemente culposa genere gastos injustificados con cargo a la entidad u organismo, como sería el caso del pago de intereses de mora, multas o sanciones”.

Al respecto esa Dirección dentro del Proceso de Responsabilidad fiscal adelantado contra servidores públicos de la Lotería de Bogotá, se trabó una litis en relación con el no cobro jurídico de las obligaciones contraídas por los distribuidores de lotería y que por prescripción en su cobro se les adelantó proceso de responsabilidad fiscal a algunos jefes de la oficina jurídica de esta Entidad. En dicho fallo la Subdirección del Proceso analizó claramente la existencia del daño patrimonial y se halló plenamente demostrado, como también la responsabilidad de los mismos en su decisión final Fallo No. 012 de 11 de julio de 2008 “Por medio del cual se falla con responsabilidad fiscal en forma solidaria contra César Augusto Vargas Calderón, Isabel Gutiérrez Penagos y Nidia Constanza Castro Bustos”.

Caso similar se presentó con el proceso de responsabilidad fiscal No. 50100-0093-06 que fijó responsabilidad fiscal mediante auto No. 018 del 17 de septiembre de

2008 en contra de directivos del Hospital Simón Bolívar por negligencia en el cobro de unos dineros, causas similares a su consulta.

Asimismo al presentarse la imposibilidad de cobro por vencimiento del término con que contaba la administración para ese efecto y no dar inicio al proceso de cobro respectivo el servidor público se encuentra dentro de una omisión de sus deberes y contribuye en forma determinante a generar el daño patrimonial, ya que el no iniciar oportunamente los procesos de cobro coactivo no se da la interrupción del término de prescripción para las obligaciones tributarias derivadas de las declaraciones de impuesto predial, de vehículos y de industria y comercio presentadas por los contribuyentes, lo que genera responsabilidad fiscal.

Para el presente caso, es necesario tener en cuenta que, la Corte Constitucional en la Sentencia C-840 de 2001 (Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería), declaró exequible el Artículo 6 de la Ley 610 de 2000 y precisó que el daño patrimonial puede ocurrir por la acción u omisión de los servidores públicos que produzcan directamente o contribuyan al deterioro del patrimonio; que el daño fiscal se causa como consecuencia de la conducta del funcionario, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución; fundamentos jurídicos por los cuales se considera responsable solidaria del detrimento patrimonial.

El detrimento patrimonial que conllevaría adelantar un proceso de responsabilidad fiscal frente a los responsables es causada por la falta de gestión en el cobro de las obligaciones que en su momento estaban vigentes y al no realizarse los actos tendientes para el respectivo cobro.

3. Gestor fiscal

Vale la pena determinar quién es gestor fiscal. Para el efecto, es suficiente traer a la memoria la sentencia de la Corte Constitucional C-840 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, que sobre el tema explicó:

“(...) se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de

ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

(...) en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.

Así las cosas, la calidad de gestor fiscal se determina a la luz del artículo 3 de la Ley 610 de 2010, de las funciones asignadas por ley o por acto administrativo al correspondiente funcionario y por el tenor jurisprudencial, según el cual *“cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución.*

A quien se le inicie proceso de responsabilidad no solo es a quien por manera irregular (acción u omisión) maneje fondos públicos causantes del daño al erario público, sino también a aquel servidor público que por su omisión en las funciones inherentes a su cargo sea la determinante para la causación del mismo.

En concepto emitido por la Contraloría General de la República, (No. 80112- EE 39162 del 15 de julio de 2009 dirigida a la Directora Operativa de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de Boyacá, doctora Andrea Yaneth Báez S.), acerca de decretar la prescripción en procesos de jurisdicción coactiva manifestó:

“Respondamos que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 8º. de la Ley 1066 de 2006 “Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”, modificadorio del inc. 2º. del art. 817 del Estatuto Tributario, tienen facultad los administradores para hacer lugar a la prescripción de la acción de cobro, de oficio o a instancia de parte.

Ya había sostenido sobre el particular el más alto tribunal administrativo del país que *“... En la jurisdicción coactiva, el funcionario competente, no solo puede sino que debe decretar de oficio el archivo de los procesos de cobro en los cuales aparezca evidentemente la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos que dieron le origen a aquellos, todo sin perjuicio de la eventual responsabilidad disciplinaria que pueda deducirse por el acaecimiento de la prescripción...”* (Consejo de Estado, Sala Consulta y Serv. Civil, Concepto 1.552 del 8 de marzo de 2004 CP Susana Montes de Echeverry).”

Es preciso traer a colación la demanda por nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora Isabel Gutiérrez Penagos contra la Contraloría de Bogotá, D.C. Expediente No. 110013331006-2010-00094-00 en contra del fallo con responsabilidad fiscal No. 012 del 11 de julio de 2008 por medio de la cual se declaró responsable solidaria en calidad de jefe de la oficina jurídica de la Lotería de Bogotá, al respecto el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Bogotá, en el fallo de primera instancia manifestó:

“... Es por ello que el énfasis del control fiscal ya no recae en forma exclusiva sobre el cumplimiento de la norma y la existencia física de recursos, sino que presta especial importancia a los resultados globales de la gestión administrativa, pues se entiende que con ocasión de la implementación del modelo de Estado social de derecho, el mayor compromiso adquirido por las autoridades colombianas las obliga a optimizar los recursos y a obtener beneficios de la actividad desplegada.

Lo anterior significa que en ejercicio del control fiscal los organismos de control están facultados para analizar los resultados globales de la gestión fiscal, misional y administrativa realizada por sus vigilados, pues su ejecución conlleva la aplicación de recursos públicos.

...

“De donde es claro que tanto el constituyente como el legislador han entendido que siempre que se produzca una reducción, merma, pérdida, deterioro, uso indebido de recursos públicos, entre otros, habrá lugar a deducir responsabilidad fiscal a cargo de aquellos a quienes se ha confiado su manejo, siempre que su conducta se pueda calificar como dolosa o gravemente culposa...”

“... Del recuento hecho, no le cabe duda al Despacho que la demandante no cumplió con las obligaciones que como Jefe de la Oficina Jurídica tenía a efectos de adelantar los cobros en mención...”

“... ahora y con relación al detrimento patrimonial, es preciso señalar que frente a las obligaciones de los distribuidores morosos, la señora Isabel Gutiérrez Penagos, no cumplió con la obligación de recuperar en tiempo la cartera y por su falta de actuar desde el momento de su posesión en el cargo contribuyó a generar el detrimento patrimonial por cuanto como jefe de la oficina jurídica, tenía a pesar de las obligaciones ya mencionadas, igualmente las de: i) elaborar el requerimiento al deudor moroso...”

DECISION DEL JUZGADO: " NEGAR las súplicas de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la señora Isabel Gutiérrez Penagos en contra de la Contraloría Distrital de Bogotá...."

4. ¿Desde qué momento se constituyen patrimonio del Estado?

El Artículo 488 del Código de Procedimiento Civil establece:

"Títulos ejecutivos. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación e costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia..."

A su vez el artículo 828 del Estatuto Tributario establece:

"Títulos ejecutivos. Prestan mérito ejecutivo:

- 1. Las liquidaciones privadas y sus correcciones, contenidas en las declaraciones tributarias presentadas desde el vencimiento de la fecha para su cancelación.*
- 2. Las liquidaciones oficiales ejecutoriadas.*
- 3. Los demás actos de la administración de impuestos debidamente ejecutoriados, en los cuales se fijen sumas líquidas de dinero a favor del fisco nacional.*
- 4. Las garantías y cauciones prestadas a favor de la Nación para afianzar el pago de las obligaciones tributarias, a partir de la ejecutoria del acto de la administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas.*
- 5. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, que decidan sobre las demandas presentadas en relación con los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses que administra la Dirección de Impuestos Nacionales.*

PARAGRAFO: Para efectos de los numerales 1 y 2 del presente artículo, bastará con la certificación del administrador de impuestos o su delegado, sobre la existencia y el valor de liquidaciones privadas u oficiales.

Para el cobro de los intereses será suficiente la liquidación que de ellos haya efectuado el funcionario competente".

El Consejo de Estado a través de la Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, en sentencia del 8 de marzo de 1996, expediente 7547, Magistrado Ponente Julio Enrique Correa expresó:

“... Solo las certificaciones tributarias derivadas de los numerales 1 y 2 del artículo 828 del estatuto tributario, constituyen título ejecutivo, careciendo por tanto de esa condición las expedidas con base en los artículos 9º del Decreto 2314 de 1989, 78 del Decreto 2117 de 1992”.

El cumplimiento de pagar los impuestos se convierte en una obligación expresa, clara y exigible, desde el momento en que se establece por parte de la administración un cronograma de vencimientos a los cuales debemos someternos como contribuyentes a cumplir con la erogación de los mismos, ya que se darían los presupuestos del artículo antes transcrito:

- i) Obligación clara: Cuando se establece que la persona natural o jurídica está obligada a declarar.
- ii) Expresa : Lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 828 antes transcrito.
- iii) Exigible : Documento donde se refleja que ya se cumplieron los plazos establecidos, esto es desde el vencimiento de la fecha para su cancelación.

CONCLUSION:

1º. Si hay daño patrimonial al decretar la prescripción de las obligaciones tributarias.

2º. Se genera la obligación legal de adelantar procesos de responsabilidad fiscal, disciplinaria o de cualquier otra índole, de iniciar las acciones a que haya lugar contra los servidores públicos encargados de la gestión para recaudar dichos fondos: i) Una por negligencia en el cumplimiento de sus funciones como servidores públicos quienes debían aplicar el procedimiento establecido por el ente distrital para exigir el pago de las obligaciones contraídas por los contribuyentes y que dentro de los términos legales no hicieron efectivos dichos cobros. Esto sin perjuicio de la eventual responsabilidad disciplinaria que pueda deducirse por el acaecimiento de la prescripción ya que su actuar frente a la mora por dichos cobros no es discrecional sino que tenían la obligación de elaborar los requerimientos respectivos. ii) Como esos recaudos se convierten ya en una obligación expresa, clara y exigible (artículo 488 del C.P.C.) para el Estado se

CONTRALORIA DE BOGOTA D.C. Folios: XXXX. Anexos:
Radicación #: 201185701 Fecha: 2011-08-09 14:28 Proc #: 283429
Tercero: LILIANA TRUJILLO URIBE
Dependencia Radicadora: Oficina Asesora Jurídica
Clase Doc: 3- Internos Tipo Doc: Memorando Consec: 16000-32181



presenta el daño patrimonial y por ende deberán los servidores públicos responder a través de un proceso de responsabilidad fiscal por ello.

3°. Se constituyen en patrimonio del estado desde el momento en que se convierten en obligaciones expresas, claras y exigibles.

En los anteriores términos se absuelve la consulta por usted formulada,

CAMPO ELIAS ROCHA LEMUS

Anexo: NO X

Proyectó y elaboró: María Helena Torres Carrillo