

Bogotá D. C., 30 de junio de 2005
OJ110-435

PARA: **Doctora JAIME R. CUBILLOS PEÑA**
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

DE: **ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA**
Directora Oficina Jurídica

REFERENCIA: N.U.R.: 219-3-23070
Consulta sobre aplicación artículo 101 Ley 42 de 1993.

Respetado doctor Cubillos:

La Dirección jurídica ha recibido la comunicación de la referencia, relacionada con la posibilidad de modificar el concepto emitido por esta oficina, sobre la improcedencia de imponer la sanción de multa, autorizada en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, a los ex servidores públicos o particulares que no devenguen salario al momento de aplicar dicha sanción.

Para efectos de establecer si es procedente modificar la posición inicialmente adoptada, a continuación se formulan las siguientes precisiones conceptuales:

1.- DEL PROCESO SANCIONATORIO FISCAL.

Naturaleza y principios aplicables.

En primer lugar es importante señalar, lo que la jurisprudencia ha dicho con relación a las facultades sancionatorias reconocidas a las autoridades administrativas, que como se verá en este primer punto, se convierten en una medida que puede adoptar la administración para constreñir, o apremiar a los Servidores públicos a darle cumplimiento a sus obligaciones, y cuya aplicación demanda la observancia de los principios y garantías que rigen el debido proceso, entre otros, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva - nulla poena sine culpa -, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in idem y de la analogía in malam partem.

“El poder sancionador que se ha reconocido a la administración, tiene como fundamento el jus puniendi que ostenta el Estado. Potestad ésta, que no sólo es ejercida por los jueces, sino por diversos funcionarios de la administración, que, para lograr el cumplimiento de las funciones que les han sido asignadas, deban hacer uso de éste, para garantizar el adecuado funcionamiento del aparato estatal.

El ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, se encuentra limitado por el respeto a los principios y garantías que rigen el debido proceso, tal como lo expresa el artículo 29 de la Constitución. [. . .] Al respecto, se dijo:

*“El Constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP 29). Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias. **En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva - nulla poena sine culpa -, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in idem y de la analogía in malam partem, entre otras.***

“La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.” (subrayas fuera de texto) (Corte Constitucional, sentencia T-145 de 1993, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

[. . .] El poder coactivo de la administración, en el ámbito de estas infracciones, tiene características muy particulares, que impiden su asimilación con el poder punitivo que, en el ámbito penal, ejerce el Estado. Lo anterior, empero, no significa que los derechos y garantías fundamentales del administrado sean desconocidos, pues, expresamente, se encuentran garantizados,

en el artículo 29 de la Constitución. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación, ha indicado:

"(...) la sanción administrativa que se impone a quien incumple el deber constitucional de tributar (C.P. art. 95, ord 9º) goza de ciertas prerrogativas en beneficio de la administración, toda vez que esa facultad es un instrumento que permite la realización de la naturaleza misma del Estado, de tal forma que los derechos y garantías de los ciudadanos se atenúan o matizan en relación con las garantías máximas del derecho penal." (Corte Constitucional, sentencia C-690 de 1996. Magistrado ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero).

En conclusión, los principios que inspiran el debido proceso, tienen aplicación en el campo de las infracciones administrativas, incluidas las tributarias, aplicación que debe conciliar los intereses generales del Estado y los individuales del administrado. Por tanto, estos principios deben ser analizados en cada caso, a efectos de darles el alcance correspondiente.¹

Posteriormente, en el mismo sentido, se pronunció la Corte cuando tuvo oportunidad de reafirmar:

"[. . .] Esta Corporación tiene bien establecido que si bien el derecho penal no es más que una de las especies del derecho sancionador, sin embargo los principios penales se aplican, mutatis mutandi, a los distintos ámbitos en donde opera el derecho sancionador. En efecto, en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal - como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado². Y es que la Constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP art. 29). Por consiguiente, el actor tiene razón en que la definición de un infracción debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado."³

¹ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-160 de 29 de abril de 1998. Magistrada Ponente Dra. Carmenza Isaza de Gómez.

² Al respecto pueden consultarse las sentencias C-599 de 1992, C-390 de 1993, C-259 de 1995, C-244 de 1996 y C-690 de 1996, entre otras.

Conforme a las sentencias transcritas, es claro entonces, que para efectos del derecho administrativo sancionatorio, rigen los mismos principios aplicables en materia penal, no obstante, no se puede pasar por alto que su aplicación e interpretación, se deben hacer de manera restrictiva y sin desnaturalizar las características de cada una de las áreas en las que el Estado, ejerce esta clase de atribuciones.

Ahora, en cuanto a los principios del derecho punitivo que se ha reconocido deben aplicarse en materia administrativa, es preciso destacar el de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y razonabilidad. Respecto a los dos primeros, la jurisprudencia antes citada, precisó:

"[. . .] El principio de legalidad, propio del estado de derecho y, por ende, aplicable a todo el ordenamiento normativo, donde se haga uso del poder punitivo, impone que, para la aplicación de una sanción, exista un precepto en donde se describa claramente la conducta reprochable (tipicidad)."

"[. . .] Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa⁴. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir "también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas"^{5,6}

³ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-1161 de 6 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Ver, entre otras, las sentencia C-597 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 12.

⁵ Sentencia C-417/93. MP José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte No 3. En el mismo sentido, ver sentencia C-280 de 1996.

⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-1161 de 2000 citada.

Y, en relación con los dos últimos principios mencionados, ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 1998, ya anotada:

“[. . .] Es claro, entonces, que las sanciones que puede imponer la administración, deben estar enmarcadas en criterios de proporcionalidad y razonabilidad que legitimen su poder sancionador. Por tanto, en el caso en estudio, es necesario concluir que no todo error cometido en la información que se remite a la administración, puede generar las sanciones consagradas en la norma acusada.”

Respecto del elemento culpabilidad, es decir, del aspecto subjetivo de la conducta susceptible de ser administrativamente sancionada, también ha indicado la jurisprudencia, que las sanciones administrativas de plano o meramente objetivas carecen de fundamento constitucional, toda vez que desconocen los principios de contradicción, y de presunción de inocencia que constituyen el núcleo esencial del derecho al debido proceso.

“[. . .] El principio de legalidad que inspira el derecho penal y administrativo comprende una doble garantía: la seguridad jurídica y la preexistencia de preceptos jurídicos (lex previa) que establezcan de manera clara (lex certa) las conductas infractoras y las sanciones correspondientes. Así sean admisibles en el ámbito administrativo algunas restricciones en el ejercicio de los derechos, dada la especial relación de sujeción del particular frente al Estado - v.gr. existencia de facultades exorbitantes o poder disciplinario -, los principios constitucionales del debido proceso (CP art. 29) deben ser respetados en su contenido mínimo esencial, particularmente en lo relativo a los requisitos de legalidad formal y tipicidad.”

De otra parte, la legislación preconstitucional contencioso administrativa recoge en sus principios orientadores la imparcialidad, publicidad y contradicción de todas las actuaciones administrativas (D. 001 de 1984, art. 3º). La potestad sancionatoria de la administración debe ceñirse a los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien o de un derecho: revocación de un acto favorable, imposición de una multa, pérdida de un derecho o de una legítima expectativa, modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto, etc. En tales casos, la pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja debe ser consecuencia de una conducta ilegal y culposa cuya

sanción sea impuesta al término de un procedimiento en el que esté garantizada la participación del sujeto y el ejercicio efectivo de su derecho de defensa.

[. . .] En consecuencia, carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, en razón del desconocimiento que ello implica de los principios de contradicción y de presunción de inocencia, los cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso.⁷

Así mismo puede decirse, que las sanciones coercitivas o multas, no tienen una naturaleza reparatoria, porque su finalidad no es proporcionarle una suma de dinero a la Administración Pública para resarcirla de un daño patrimonial sufrido, y en consecuencia, proceden sin necesidad de que la administración realmente sufra un daño, y por consiguiente, no se requiere prueba de la existencia o de la cuantía del detrimento patrimonial.

Igualmente se tiene, que el elemento fundamental de la tipicidad, es la previsión normativa de la pena susceptible de ser impuesta, que necesariamente debe encontrarse definida a la fecha de la realización de la conducta, y sin que por ello, se debilite, o se agote la facultad sancionatoria del Estado, ya sea por circunstancias, que con posterioridad a la comisión del hecho, tiendan a subsanarlo, o a la no reincidencia en el mismo.

*“[. . .] Por último, es improcedente la invocación del principio de equidad que con oportunidad reclama la sociedad actora, para que se revoque la sanción, ante las conductas y esfuerzos humanamente posibles que realizaron los accionistas de la compañía [. . .] porque la norma que aplicó la Superintendencia [. . .] **no contemplan la posibilidad dejar de sancionar por la circunstancia de que con posterioridad a la comisión del hecho, el infractor por sí mismo o por otro, realice actividades tendientes a contrarrestar el hecho o porque de ahí en adelante, observe una conducta correcta.** Ni siquiera en materia penal tales hechos positivos posteriores a la comisión del ilícito tienen la virtualidad de enervar la acción punitiva del Estado, a lo sumo darían derecho a una rebaja de parte de la pena pero en manera quitan el carácter de infracción del hecho cometido.*

Dejar de aplicar la sanción por razones de compensación de costos en que incurra la entidad infractora para recuperarse, equivaldría a una transacción no permitida en esta materia, y sería arbitrar por parte de la Administración la inseguridad del sistema financiero y el desmedro de la

⁷ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia T-145 de 21 de abril de 1993. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.



MEMORANDO INTERNO

buena fe de terceros, en la medida en que se permitiera a las entidades del sector financiero incurrir en violación de las normas de derecho económico a sabiendas de que una conducta posterior podría enervar la facultad sancionatoria del Estado.”⁸

2. FACULTAD SANCIONATORIA RECONOCIDA A LOS ORGANISMOS DE CONTROL FISCAL.

De la procedencia de la multa fiscal y la base para su imposición.

Aún con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, los contralores han contado con la facultad de imponer sanciones a los sujetos sometidos a su vigilancia, en los eventos en que incurran en las conductas descritas por el legislador, que por regla general han estado dirigidas a reprimir aquellos comportamientos que pueden incidir negativamente, en el ejercicio del control fiscal.

Esta facultad tiene naturaleza administrativa y, su ejercicio está sometido a la observancia de las reglas establecidas en el Libro Primero del Código Contencioso Administrativo, en particular, a aquellas que regulan las actuaciones iniciadas de oficio por parte de las autoridades públicas.

Como toda facultad administrativa sancionatoria, la competencia reconocida a los contralores, debe sujetarse a los principios aplicables en materia penal, como la legalidad, la tipicidad, la proporcionalidad, la razonabilidad, la garantía del derecho de audiencia y defensa y, en general, de todos aquellos que le permitan al sujeto investigado, controvertir las decisiones adoptadas por las autoridades.

En desarrollo de los principios de legalidad y tipicidad, en materia sancionatoria fiscal, el legislador ha definido en forma clara las conductas

que pueden ser cuestionadas, así como la clase de sanción susceptible de ser impuesta. Estos aspectos se encuentran regulados en los artículos 99 y siguientes de la Ley 42 de 1993, “Sobre organización del sistema de control

⁸ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 18 de noviembre de 1994. Consejero Ponente Dr. Delio Gómez Leyva. Expediente No. 5460.

fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", que contemplan como posibles sanciones la amonestación o llamado de atención y, la multa, dependiendo del comportamiento asumido por parte del sujeto de vigilancia. Para efectos del tema que interesa abordar en este escrito, la sanción de multa se encuentra regulada en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, que en lo pertinente establece:

"Los contralores impondrán multas a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, hasta el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes no comparezcan quienes no comparezcan a las citaciones que en forma escrita les hagan las contralorías; no rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas; incurran reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas e informes; se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas; de cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas; teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida; no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías; no cumplan con las obligaciones fiscales y cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello."

De la norma transcrita es importante resaltar, que los sujetos respecto de los cuales se tipifica la sanción fiscal, son los servidores públicos o particulares que manejen fondos o bienes públicos, que por conductas asumidas en el ejercicio de sus funciones, pueden ser sometidos a un juicio de reproche, al faltar a los deberes que les asiste frente al organismo de control fiscal, o el cumplimiento de la función fiscal delegada o desconcentrada o, frente al manejo del recurso público. Se tiene, que debe existir esa relación de causalidad, entre el cargo que se ostenta y las funciones que se cuestionan, es decir, a lo que se está obligado en virtud de lo que cargo, o el empleo le imponen, para que proceda el juicio de reproche, que en todo caso no puede desconocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolla la conducta.

Partiendo de esta premisa, es claro que independientemente de que con posterioridad a la fecha de realización de la conducta, se deje de ejercer la función, si con ocasión de su ejercicio en el desempeño de un cargo, se

incurrir en falta fiscalmente sancionable, es procedente adelantar el correspondiente proceso, e imponer, la sanción autorizada por el legislador. Si como bien lo advierte la jurisprudencia antes señalada, después de ocurrido el hecho que dé lugar a la aplicación de una sanción, la no reincidencia o las acciones tendientes a subsanarlo, o ya sea observe una conducta correcta, no logran enervar esa facultad sancionatoria que tiene la administración, pues éstas no le quitan el carácter de infracción al hecho cometido, menos aún, por cesar en el desempeño como servidor público.

Ahora, en relación con la forma en que la sanción de multa debe tasarse, es necesario precisar, que si bien es cierto, como estaba redactado el artículo 101 de la Ley 42, era necesario diferenciar entre quienes al momento de la comisión de la conducta devengaran salario y los que no percibían suma alguna por este concepto, con ocasión de la adopción de la sentencia C-484 de 2000, ha quedado claro que ella sólo puede imponerse a quienes devenguen salario, bien sea que el investigado ostente la calidad de servidor público, o de particular.

Cabe aclarar que con anterioridad a la referida declaratoria de inexecuibilidad, el párrafo del artículo 101 definía la manera de proceder, para determinar el valor de la multa cuando la persona sancionada no devengaba sueldo, caso en el cual, su tasación debía hacerse en salarios mínimos, según reglamentación expedida por los contralores.

En criterio de la Corte Constitucional, lo previsto en éste párrafo constituía una autorización para que los contralores desplazaran al legislador en la definición de uno de los elementos de la sanción fiscal, en abierto desconocimiento de las competencias atribuidas por la Constitución Política al Congreso. Sobre el particular, expresó la alta Corporación en la sentencia a la cual ya se ha hecho referencia:

“14. Finalmente, merece especial atención de la Sala, el párrafo del artículo 101 de la Ley 42 de 1993, el cual autoriza a las contralorías a reglamentar la cuantía de la multa cuando el responsable fiscal no devengare sueldo. En otras palabras, esa disposición otorga una facultad de reglamentación a las contralorías, en relación con la determinación

del monto de la sanción fiscal. Ahora bien, pese a que el actor demandó la totalidad del artículo 101 no expuso ningún cargo contra el párrafo, por lo que podría pensarse que la Corte sólo debe entrar a conocer de esa disposición por las razones invocadas de la demanda. Sin embargo,

tal y como lo ha expresado en varias oportunidades esta Corporación⁹, el control constitucional que ejerce esta Corte es integral y no puede limitarse a la causa petendi, como quiera que el principio de unidad de la Carta impone el deber de confrontar la disposición acusada con toda la Constitución (artículos 46 de la Ley 270 de 1996 y 22 del Decreto 2067 de 1991). Por ende, la Corte Constitucional debe comparar las normas impugnadas frente a la totalidad de los preceptos superiores, y no únicamente en relación con las disposiciones constitucionales señaladas por el actor.

Pues bien, esta Corporación¹⁰ ya había dicho que, para el desarrollo de la vigilancia fiscal, la contraloría tiene a su cargo funciones administrativas de reglamentación, como quiera que el numeral 1º del artículo 268 de la Carta señala que el contralor debe “prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse”. Sin embargo, afirmó la Corte, el contralor no tiene potestad para reglamentar los temas de las prestaciones y de los salarios de los servidores públicos, como quiera que aquella es una facultad exclusiva del Presidente de la República, en desarrollo de una ley marco (C.P. arts 150-19 y 189).

De igual manera, la Corte considera que la facultad reglamentaria del contralor tampoco puede extenderse a la reglamentación del monto de la sanción fiscal, puesto que el artículo 124 de la Carta expresamente dispone que corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos. Además, por regla general, el principio de legalidad exige que, en materia sancionadora, la ley señale no sólo la infracción que reprocha sino también la sanción y su monto, ya sea determinado o determinable (C.P. art. 29). Ahora bien, es cierto que el principio de legalidad no excluye el reglamento en materia sancionadora (C.P. art 123), pero sin embargo, aquel no puede ser independiente y autónomo de la regulación legal.”

De lo afirmado por la Corte Constitucional en esta sentencia, los contralores conservan la facultad de imponer multas a los servidores

⁹ Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-531 de 1995, C-017 de 1996, C-445 de 1996, C-387 de 1997 y C-497 de 1998.

¹⁰ Sentencia C-100 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero

**MEMORANDO INTERNO**

públicos y a los particulares, hasta por cinco salarios devengados por el sancionado al momento de la realización de la conducta, siempre que para la época de ocurrencia de los hechos, el investigado percibiera una asignación salarial.

Esta medida, que no presenta dificultades cuando se trata de servidores públicos, se entraba cuando debe aplicarse a particulares, porque estos pueden o no, ser empleados y, por tanto, percibir o no, una asignación salarial.

Partiendo del principio de que donde la ley no distingue, no le es permitido hacerlo al juzgador, se tiene que, al sujeto pasivo del proceso sancionatorio se le puede imponer multa, hasta de cinco salarios devengados, cuando este es empleado y, por ende, la base de liquidación la constituye, la asignación salarial percibida al momento de la comisión de la conducta. Por el contrario, si el sancionado no devengaba sueldo o percibía asignación salarial al momento de la comisión de la conducta, no hay posibilidad de efectuar la tasación, dado que no existe reglamentación al respecto, ya que si la ley autoriza la multa hasta por cinco salarios devengados, en el caso de quien no recibe salario no sería posible contar con una base para su liquidación.

Teniendo en cuenta que la autorización legal se da sólo para servidores públicos, que lógicamente devengan un salario y, para los particulares que son empleados y perciben asignación salarial, se considera que el particular que no se encuentra en tales condiciones no puede ser sancionado con multa, al faltar la base para su tasación, después de la declaratoria de inexecuibilidad del parágrafo del artículo 101, que definía la forma en que esta debía efectuarse.

De acuerdo con lo expresado, esta Oficina ratifica su posición expuesta en concepto del 8 de octubre de 2004, ampliando su contenido, para lo cual se aclara que la sanción de multa también puede imponerse a los empleados particulares que manejen fondos o bienes del Estado y, que de acuerdo con la modalidad de su vinculación laboral, reciben un salario mensual.

**MEMORANDO INTERNO**

De igual forma se aclara, que es procedente imponer la sanción fiscal a cualquier servidor público o particular que maneje fondos o bienes públicos, cuando en ejercicio de sus funciones haya incurrido en la falta fiscal descrita en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, independientemente de que con posterioridad a la ocurrencia del hecho, se separe del cargo o deje de tener bajo su responsabilidad, el desarrollo de cualquiera de las funciones u obligaciones descritas en la norma analizada.

El presente concepto se emite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordial saludo,

ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA

DOZ

c.c. Dirección de Responsabilidad Fiscal