



80112 –
CGR-OJ- 199 - 2023
Bogotá D.C.,

Señor
JUAN CARLOS FLÓREZ ORTIZ
jucaliz2020@gmail.com

Referencia: Respuesta a su oficio radicado con el SIGEDOC 2023ER0197548
Tema: RESPONSABILIDAD FISCAL – EN EJERCICIO DE LA GESTIÓN
FISCAL O CON OCASIÓN DE ÉSTA - SERVIDORES PÚBLICOS Y
PARTICULARES

Respetado Señor:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la comunicación citada en la referencia, la cual procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente.

A través de su oficio, formula la siguiente consulta jurídica:

“En los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, solicito de forma comedida, concepto jurídico respecto de la figura de la gestión fiscal como elemento determinante de la responsabilidad fiscal:

La Honorable Corte Constitucional contempló en la Sentencia C-840 de 2001

DAÑO PATRIMONIAL DEL ESTADO

(...)

“La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición” (...).

En el anterior entendido se debe concebir que, no todo servidor público es gestor fiscal.

Caso en concreto:

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

En ejecución de un convenio interadministrativo, el municipio contrata con la Corporación de eventos y ferias del mismo municipio.

Conforme a lo anteriormente planteado:

¿Se puede vincular como presuntos responsables fiscales por la inejecución de un contrato a dos entidades públicas que participan como partes en la celebración de dicho contrato?

¿Es procedente vincular en un proceso de responsabilidad fiscal a dicha Corporación sin ánimo de lucro, la cual es de carácter mixto donde su capital social está compuesto en un 80% por participación del municipio, el 20% restante por aportes de otras entidades públicas o privadas y que fue creada para llevar a cabo eventos de ferias y espectáculos en el municipio?

De ser viable vincular como como presunto responsable fiscal a dicha Corporación, ¿hasta dónde llega la responsabilidad patrimonial de su representante legal, es decir, a partir de dicha vinculación se pueden perseguir bienes propiedad de este representante legal, cuando en el documento de constitución no se hace referencia a ello?

Si no es viable vincular como presunto responsable fiscal a la precitada Corporación, ¿cómo o en contra de quien se establece la presunta responsabilidad fiscal?"

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución¹ ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "*sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General*"², así como las formuladas por las contralorías territoriales "*respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría*

¹ Art. 25 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

² Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

General³ y las presentadas por la ciudadanía respecto de "las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"⁴.

En este orden, mediante su expedición se busca "orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"⁵ y "asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"⁶.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁷, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica.

Con relación al daño generado por la imposición de sanciones, o el denominado daño entre entidades, tras anotar previsiones de la Ley 610 de 2000 y el análisis presentado por el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, en su concepto 1852 del 15 de noviembre de 2007, la Oficina Jurídica con radicado 2015EE0119583 del 18 de septiembre de 2015 indicó:

"(...)

Conforme con los lineamientos fijados por el Consejo de Estado en el aludido concepto del año 2007, se observa que la figura del detrimento patrimonial entre entidades públicas, se presenta cuando en una entidad hay menoscabo patrimonial de los recursos públicos que le fueron asignados o que ha recibido en ejercicio de una facultad legal, y que por falta de diligencia por parte del gestor público o por una actuación acompañada de dolo o culpa grave ocasiona una lesión al patrimonio de otra entidad de la misma naturaleza, impidiendo el desarrollo normal de su misión institucional. Igual situación se presenta cuando una entidad estatal debe desembolsar una suma de dinero a favor de otra, de naturaleza pública, por concepto de interés de mora, multa o sanción, por impericia, falta de diligencia u omisión de sus deberes legales. (...)"

³ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

⁷ Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

4. Consideraciones jurídicas.

Respecto de la contratación pública que realicen los entes territoriales, sin perjuicio del control prevalente de la Contraloría General de la República⁸, de acuerdo a lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Política y el artículo 4 del Decreto Ley 403 de 2020, le corresponde a las contralorías territoriales vigilar y controlar la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios y demás entidades del orden territorial, así como a los demás sujetos de control dentro de su respectiva jurisdicción, en relación con los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales según el orden al que pertenezcan, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley.

Otorgándose a las contralorías territoriales el carácter de entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, por disposición del citado artículo 272 de la Constitución Política.

Así, en la medida que la petición plantea determinar *in abstracto* la naturaleza jurídica de entidades que posiblemente sean del orden territorial o que cuentan con participación de entidades territoriales, resulta necesario responder que dicha labor será de interés a los órganos de control fiscal respecto de los casos particulares y concretos de su competencias, cuando tengan tanto la necesidad como la posibilidad de revisar las normas y actos a través de los cuales se crea y regula una entidad de manera específica, soportes a partir de los cuales sería viable realizar un estudio de su naturaleza pública o privada, así como del régimen jurídico al cual se someta.

En consecuencia, a través del mecanismo de la consulta no es procedente realizar un pronunciamiento del régimen de responsabilidad que rija sobre una entidad hipotética o desconocida, como fue solicitado en las últimas tres preguntas de su consulta. Pues como ya se dijo, tal análisis para el trámite de los procesos de competencia de los respectivos órganos de control fiscal podrá realizarse respecto de casos particulares y concretos en el marco de los procedimientos legalmente establecidos.

Contexto en el cual se realiza un planteamiento general y abstracto teniendo como categorías básicas para su desarrollo, la existencia de entidades públicas y de otras privadas, últimas que se presume se encontrarían dentro de los sujetos particulares pasibles de la acción de responsabilidad fiscal, en los términos del artículo 1 de la Ley 610 de 2000.

⁸ Literal "o" del artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020. "o) Prevalencia. En virtud de este principio, las competencias de la Contraloría General de la República primarán respecto de las competencias de las contralorías territoriales, en los términos que se definen en el presente decreto ley y demás disposiciones que lo modifiquen o reglamenten. En aplicación de este principio, cuando la Contraloría General de la República inicie un ejercicio de control fiscal, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso; así mismo, si la contraloría territorial inició un ejercicio de control fiscal y la Contraloría General de la República decide intervenir de conformidad con los mecanismos establecidos en el presente decreto ley, desplazará en su competencia a la contraloría territorial, sin perjuicio de la colaboración que las contralorías territoriales deben prestar en estos eventos a la Contraloría General de la República."

4.1. Problema Jurídico.

La consulta plantea como problemas jurídicos:

Identificar en el contexto de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, en armonía con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-840 de 2001, el concepto jurídico de gestión fiscal, como elemento determinante de la responsabilidad fiscal, en el entendido que, no todo servidor público es gestor fiscal.

¿Se puede vincular como presuntos responsables fiscales por la inejecución de un contrato a dos entidades públicas que participan como partes en la celebración de dicho contrato?

Si no es viable vincular como presuntos responsables fiscales a entidades públicas, ¿cómo o en contra de quien se establece la presunta responsabilidad fiscal?

4.2. Sujetos pasivos de la responsabilidad fiscal - en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta

Con fundamento en el numeral 5º del artículo 268 constitucional y en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, la Corte Constitucional en la Sentencia C-832 de 2002 señaló que:

"(...) La responsabilidad fiscal de acuerdo con el numeral 5º del artículo 268 constitucional únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición. No sobra recordar en ese orden de ideas que la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1º de la Ley 610 de 2000⁹, norma que regula actualmente la materia, bajo el entendido de que los actos que materialicen la responsabilidad fiscal comporten una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal¹⁰.

En Sentencia C-340 de 2007 la Corte Constitucional agregó:

"(...) la responsabilidad fiscal tiene como principio o razón jurídica la protección del patrimonio económico del Estado; su finalidad no es sancionatoria, puesto que no se orienta a reprimir una conducta reprochable, sino eminentemente reparatoria, dado que pretende garantizar el patrimonio público frente al daño causado por la gestión fiscal irregular; está determinada por un criterio normativo de imputación

⁹ Artículo 1. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."

¹⁰ Sentencia C-840/01 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa grave, y parte del daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Finalmente, para determinar la responsabilidad fiscal deben respetarse las garantías sustanciales y procesales del debido proceso.”

El artículo 1 de la Ley 610 de 2000, al definir el proceso de responsabilidad fiscal, establece:

“(…) Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado (...)”. (Subrayas fuera de texto)

Luego, es claro que la responsabilidad fiscal sólo se predica de los servidores públicos y de los particulares, estos últimos pueden ser personas jurídicas o naturales, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal **o con ocasión de ésta** causen por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa un daño al patrimonio del Estado.

En ese orden, en el actual marco constitucional y legal no se habilita tener como sujeto pasivo de la responsabilidad fiscal a entidades públicas.

Con relación a la gestión fiscal y la responsabilidad fiscal, en el concepto OJ-142 de 2017 bajo radicado 2017EE0082802 del 10 de julio de 2017, esta Oficina anotó que la responsabilidad fiscal que se puede exigir a los servidores públicos, o a quienes desempeñan funciones públicas, a los contratistas e incluso a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, es la derivada de la gestión fiscal definida en el artículo 3º de la ley 610 de 2000, gestión fiscal respecto de la cual la Corte Constitucional¹¹ se ha pronunciado brindando elementos que permiten avanzar en la delimitación del concepto.

Toda vez que, la gestión fiscal requiere formalizarse mediante un acto que confiera la capacidad jurídica para administrar unos recursos, específicamente determinados y que se encuentren al alcance de quien ha sido habilitado o designado para ello, para

¹¹ En la sentencia C-840 de 2001, 9 de agosto de 2001, expediente D-3389, M.P. Jaime Araujo Rentería, la Corte señaló: “Como bien se aprecia, 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.”

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

determinar si un servidor público o particular es gestor fiscal, se parte de revisar las funciones que tiene asignadas por ley o el acto que lo investió de funciones públicas, teniendo en cuenta la definición que trae el artículo 3° de la ley 610 de 2000 y lo dicho por la Corte Constitucional, en relación a las que comportan el manejo de fondos y bienes del Estado. Es decir, aquellas que implican la titularidad administrativa o dispositiva de los mismos, materializada mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, inversión y gasto, entre otros, o comprendan actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, fuerza afirmar que se configura gestión fiscal.

Por otra parte, se reitera que, el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, define que: *“El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”*

De ahí que, **para endilgar responsabilidad fiscal “con ocasión de ésta”** (de la gestión fiscal) se requiere que la actuación del servidor público o particular que no ostenta la calidad de gestor fiscal, mantenga una **relación estrechamente vinculada con el desarrollo de la gestión fiscal desplegada por el titular de la misma, es decir con los actos de administración y disposición de los fondos públicos**¹².

El nexo causal, para determinar la responsabilidad fiscal, es el elemento articulador entre la conducta de la persona que actúa a título de gestor fiscal, de quien actúa con ocasión a la gestión fiscal o de quien contribuye a la causación del daño, y el daño propiamente dicho; lo cual significa que **el daño patrimonial al Estado debe ser consecuencia de la conducta irregular de la persona**, sin que entre estos dos elementos medie causal de justificación de la conducta de la persona.

Entonces, en cada caso el operador jurídico tendrá que dilucidar si la conducta del servidor público o particular guarda esa estrecha vinculación con la gestión fiscal, a tal punto de catalogarse como conexas, próximas y necesarias para con los actos de gestión fiscal desplegados por el titular de la misma; es decir, si la conducta de ese tercero intervino en el circuito de la gestión fiscal de modo tal que su participación determinó, propició o coadyuvó los actos de administración de los recursos públicos.

¹²La conducta desplegada por el funcionario o particular debe tener una relación directa con el ejercicio de gestión fiscal, como lo indicó el Consejo de Estado, en concepto de 15 de noviembre de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado, 2007-00077- 00(1852) (reiterado en concepto 00077-00 (1852) A de 15 de diciembre de 2009), en el cual se explicó: *“Así las cosas, a la luz de las normas constitucionales que propenden por el manejo eficiente, responsable y oportuno de los recursos públicos por quienes tienen a su cargo tareas de gestión fiscal y, de las de carácter legal que conforman el régimen de control fiscal vigente, el daño causado por la conducta irregular de un servidor o particular se debe determinar en relación con los recursos que específicamente estuvieron a su disposición en razón de sus funciones y no en abstracto frente a los recursos que conforman el patrimonio del Estado.”*

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

Adicional a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000¹³, el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, establece el régimen de solidaridad aplicable a la responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

“Artículo 119. Solidaridad. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.” (Subrayas fuera de texto)

Responsabilidad solidaria sobre la cual se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-338 de 2014¹⁴, al declarar executable el artículo 119 de la ley 1474 de 2011, explicando entre otros aspectos que:

“(…) la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.

La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposos, hayan sido encontrados responsables.

Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución.” (Negrillas fuera de texto)

En consecuencia, la solidaridad de que trata el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 se aplica a los casos en que haya sido posible imputar -con base en culpa grave o dolo- responsabilidad fiscal a más de un sujeto, situación en la que aquellos responderán solidariamente.

¹³ Que permite determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o “con ocasión de ésta” (de la gestión fiscal), causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

¹⁴ M.P. Alberto Rojas Ríos.

5. Conclusiones.

5.1. El concepto de gestión fiscal vigente es el señalado por el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, por tanto, es un criterio de orden legal que merece su observancia en los casos particulares y concretos.

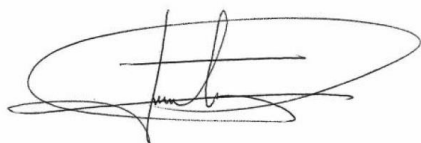
Como fuentes de apoyo jurisprudencial que contribuyen a la comprensión del concepto de gestión fiscal pueden ubicarse las sentencias de la Corte Constitucional C-840 de 2001 y C- 832 de 2002, así mismo la sentencia del 12 de noviembre de 2015, Radicación número: 05001-23-31-000-2004-01667-01, la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera del Consejo de Estado.

5.2. En el marco constitucional y legal de la responsabilidad fiscal, las entidades públicas se suelen caracterizar como los entes afectados con el daño al patrimonio público.

5.2. Luego, a pesar que sea posible que una entidad pública pueda ocasionar daño patrimonial a otra de la misma naturaleza, con fundamento en el numeral 5º del artículo 268 constitucional y en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal se predica de los servidores públicos y de los particulares, estos últimos pueden ser personas jurídicas o naturales, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta causen por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa un daño al patrimonio del Estado.

Siendo estos últimos sujetos los llamados a ser declarados como responsables fiscales si se reúnen los elementos de la responsabilidad fiscal enunciados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, a través de un proceso de responsabilidad fiscal y con observancia del debido proceso.

Cordialmente,



JAVIER TOBO RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Andrés Rolando Ramírez Guacaneme
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas
N.R. SIGEDOC 2023ER0197548
TDR 80112-033 Conceptos Jurídicos