

10 de marzo vence
plazo para dar respuesta
a la solicitud. Demanda

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cita N.U.P.: 100-2-10250, 18/02/2004 09:31
Trámite: 465 - DERECHO DE PETICION DE INTERES GENERAL OF
S-17867 Actividad: 01 INICIO. Folios: 6, Anexos: 16 FOLIOS
Origen: 100 AUDITOR GENERAL
Destino: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

110.014.2009

Bogotá D.C., 16 de febrero de 2004

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 18-02-2004 09:37:54
Al Contestar Cite Este No.:2004ER10351 0 1 Folio Anexo:0
Origen: AUDITORIA GENERAL.-/7
Destino: SECRETARIA PRIVADA/PANTOJA PONCE MARIA INES
Contenido: INFORMACION SUELTA Y SIN VERIFICAR.- NO.- 100-2-19

Doctor
ANTONIO HERNÁNDEZ GAMARRA
CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA
Ciudad

AUDITORÍA GENERAL

Apreciado señor Contralor:

En concepto No. 070 A emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República el día 15 de enero de 2001, se ha precisado que en los eventos en que las entidades públicas cancelan sumas por concepto de multas, intereses de mora o sanciones no se configura detrimento al patrimonio público puesto que "[...] el daño patrimonial debe mirarse con una concepción de Estado y no de entidades u organismos particulares." En este sentido, se indica en el concepto:

"Esto, que puede parecer obvio, toma importancia en el caso frecuente en que una entidad multa a otra. De acuerdo con algunas posiciones debería abrirse un proceso de responsabilidad fiscal por el valor de la multa a los responsables de que la entidad haya sido multada. Sin embargo, si se tiene en mente que el daño patrimonial es al <<Estado>> no hay lugar a responsabilidad fiscal puesto que el Estado no ha sufrido detrimento lo que realmente ha producido es una transferencia de recursos de una entidad a otra."

Como una acotación a lo anterior, pie de página se discurre sobre los siguientes razonamientos:

"Aunque no se podría iniciar un proceso por el valor de la multa, hilando muy delgado podemos sostener que existiría la posibilidad de abrir un proceso por el daño emergente representado en todos los recursos que se gastaron realizando los trámites administrativos de imponer la multa y recaudarla -salarios de personal, servicios

Carta dirigida al Dr. Carlos Ossa Escobar y suscrita por el Jefe de la Oficina Jurídica de fecha 15 de enero de 2001, Referencia: Estudio sobre el daño patrimonial al Estado. Esta posición ha sido reiterada por la Oficina Jurídica en conceptos **PENDIENTE**

Carrera 10a. No. 17-18 Piso 9o
PBX 318 68 00 Fax: 318 67 90
Línea 9800 910205 A.A. 12346
Santa Fe de Bogotá D.C. Colombia

EL AUTOCONTROL ES LA SALIDA

2

financieros, etc- (sic). Esto en el fondo, lo que muestra es que no tiene lógica que una entidad estatal imponga una multa a otra, las multas deben dirigirse a los funcionarios o a los particulares pero no al mismo Estado."

El concepto emitido desde el 15 de enero de 2001 ha sido ratificado por esa entidad en varias oportunidades² y, la posición adoptada en ellos ha servido de fundamento para que en el organismo a su cargo así como en algunas contralorías territoriales se haya ordenado el archivo de procesos que se iniciaron con el objeto de recuperar el valor de las multas, sanciones e intereses de mora que han cancelado las entidades públicas con ocasión al incumplimiento de las obligaciones fiscales y de otra naturaleza que les impone el ordenamiento jurídico colombiano.

Se debe resaltar que las sumas que se han debido cancelar por concepto de intereses de mora y multas son bastante representativas y que de no haber sido destinadas para atender las obligaciones impuestas como consecuencia de la inobservancia del ordenamiento legal, podrían haberse aplicado a la satisfacción de cometidos constitucionales aplazados por falta de recursos.

Resulta cuestionable que recursos públicos que deben ser destinados a la satisfacción de las necesidades colectivas, sean utilizados para cancelar las sanciones, multas e intereses de mora que se imponen a cargo de las entidades públicas como consecuencia de la desidia, o de conductas gravemente omisivas de los funcionarios.

En criterio de la Auditoría el concepto jurídico proferido por esa entidad además desconocer el costo social que conllevan actuaciones como las descritas, constituye un aliciente para que los gestores públicos continúen incumpliendo con las obligaciones impuestas por el ordenamiento legal bajo la consideración de que ello no ocasiona ningún perjuicio al Estado, toda vez que respecto de cualquier sanción que se imponga a cargo de las entidades públicas como consecuencia de su conducta omisiva, el pago será entendido como un simple traslado de dinero entre secciones del presupuesto.

² Como ejemplo de ello se pueden citar los conceptos No. 2480 de 26 de julio de 2001 y 80112-704 de 20 de marzo de 2002 proferidos por la Oficina Jurídica. En el primero, adicionalmente se afirmó: *"La afectación patrimonial se predica del Estado es decir el daño se produce contra el Erario Público, y no de una entidad estatal a otra pues el Estado es uno sólo, y las diferentes entidades que lo conforman son parte integrante del mismo, y no puede perderse de vista que la gestión fiscal se contrae al manejo de la Hacienda Pública, la cual es definida por el artículo 35 de la Ley 42 [...]"*

Debo resaltar que para la Auditoría General de la República constituye detrimento al patrimonio público el pago que hacen las entidades por concepto de intereses de mora y sanciones que tengan origen en el incumplimiento de sus obligaciones tributarias y de otra índole.

Lo anterior significa que en criterio de la AGR es procedente adelantar proceso de responsabilidad fiscal en contra de quienes tienen asignadas las funciones de declarar y/o pagar obligaciones a cargo de las entidades públicas, cuando como consecuencia de su incumplimiento, los organismos deban asumir el pago de intereses de mora o de cualquier clase de sanción.

Esta posición encuentra fundamento en la definición que de daño patrimonial al Estado hace el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, norma que no limita la ocurrencia de éste fenómeno a casos de pérdidas, mermas o deterioros y lo extiende a los eventos en que la conducta asumida produce una disminución sobre los recursos públicos confiados al ente o, constituye uso indebido, pues como bien lo ha entendido la Corte Constitucional, los gestores públicos están llamados a desempeñar un nuevo y especial papel que hacen más exigente su nivel de responsabilidad.

Es claro que el concepto de Estado utilizado por la norma no tiene un efecto "generalizador" que permita llegar a la conclusión que para efectos de la responsabilidad fiscal, el patrimonio público es uno solo.

Se desconoce con ello que desde hace varios años Colombia viene adelantando un proceso de descentralización territorial y por servicios que han obligado a reconocer autonomía presupuestal, administrativa y jurídica a las entidades descentralizadas para el manejo de sus recursos y, si bien es cierto que conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, la autonomía no puede ser confundida con soberanía, es claro que los recursos a disposición de estos entes se deben manejar de manera independiente de tal suerte que las autoridades locales puedan destinarlos al cumplimiento de sus programas de gobierno.

Nadie desconoce que a pesar de que el erario está conformado por todos los recursos públicos, sean estos de la Nación o de las entidades territoriales, para efectos de facilitar el desarrollo de las funciones encomendadas a las autoridades, cada una de estas recibe recursos que se conforman y administran de manera independiente y por cuyo manejo deben responder ante la sociedad. Ello explica que en varios apartes de la Ley 610 de 2000 el legislador haga alusión a la "entidad afectada", pues es claro que la realización de un detrimento se concreta en el

-4-

patrimonio de una entidad pública y no en el concepto abstracto de Estado que además no ostenta, como tal, personería jurídica alguna.

Este supuesto se ve de manera más clara en las entidades territoriales, pero aún en el caso de las demás dependencias y organismos que constituyen una sección dentro del mismo presupuesto, éste principio también se cumple, pues ellos son los directamente responsables del manejo de los recursos que les son transferidos, que se independizan totalmente de los recursos de la Nación para efectos de lograr la satisfacción de los cometidos estatales. De allí que si son utilizados para el pago de sanciones, multas o intereses de mora, sea posible afirmar que el cometido no se realiza y que deba ser exigido al responsable de la conducta el resarcimiento de la afectación patrimonial sufrida por la entidad.

Ahora, es evidente que el pago de intereses moratorios o sanciones producen una disminución sobre el monto de los recursos asignados a las entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones independientemente de que tales sumas puedan ingresar a las arcas de la Tesorería General de la Nación, disminución que refleja una indebida gestión cuyo costo debe ser revertido a la sociedad como lo prevé el artículo 6° de la Ley 610.

El concepto de detrimento al patrimonio público en la forma en que es entendido por la CGR conduce a aceptar que sólo hay daño fiscal cuando existe una pérdida efectiva de recursos. Se pasa por alto que el artículo 6° de la Ley 610 de 2000 ha previsto que constituye detrimento no sólo esta clase de pérdidas, sino adicionalmente todo menoscabo, disminución, perjuicio, deterioro e incluso, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado.

Con la definición introducida por el legislador se ha querido ser consecuente con la concepción adoptada constitucionalmente en relación con los alcances y cobertura del control fiscal, pues como se recordará, éste ya no se limita a la revisión numérico legal sino que se ha ampliado al análisis de la gestión de los responsables del recurso público.

Con fundamento en lo anterior es posible concluir que la situación planteada en términos de gestión pública tiene un costo que debe ser asumido por aquellos a quienes se ha confiado el manejo de los recursos estatales, pues nada justifica que contando con las sumas requeridas para atender las obligaciones tributarias y de otra índole, los directivos de las entidades y demás responsables de los recursos, se abstengan de hacer los pagos obligando a las dependencias a su cargo a asumir

intereses de mora y sanciones impuestas como consecuencia de su actuación omisiva.

De igual forma es importante tener en cuenta que si bien es cierto que el artículo 6º de la Ley 610 de 2000 sujeta la definición de daño al patrimonio público al menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos o los intereses patrimoniales del Estado, esto no puede servir de fundamento para afirmar que no hay lugar a la configuración de esta clase de daño cuando éste se produce como consecuencia del pago de intereses de mora o sanciones que debe hacer una entidad pública a favor de otra, pues ambas forman parte del Estado.

La AGR ha indicado cual es su posición en relación con este tema en reiterados conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de los cuales adjunto fotocopia a este escrito a efecto de que puedan ser tomados en consideración al adoptarse una decisión.

Ahora bien, es necesario resaltar que de aceptarse la posición adoptada por esta entidad, será igualmente importante fijar una posición en relación con la forma de contabilizar el término de caducidad de la acción de responsabilidad fiscal.

En relación con este tema, es criterio de la AGR que éste debe empezar a contabilizarse a partir del momento en que se produce el pago de los intereses moratorios o de las sanciones, pues es éste hecho el que genera la disminución sobre los recursos de la entidad obligada a cancelarlas.

Antes de ese instante, la configuración del detrimento constituye una simple posibilidad, pues bien puede ocurrir que los intereses moratorios o las sanciones impuestas no sean exigidas por la entidad beneficiaria dando lugar a la configuración de caducidades, prescripciones o fenómenos de pérdida de fuerza ejecutoria que impedirían exigir el pago.

Entiende la Auditoría que en esta clase de eventos se está frente al supuesto contemplado por el artículo 9º de la Ley 610 de 2000 que en lo pertinente establece:

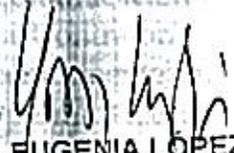
"[. . .] Artículo 9o. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo,

de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. -Resaltado por fuera del texto-

Conforme a lo previsto en esta disposición, en materia de detrimentos es posible diferenciar entre aquellos que se producen de manera instantánea y los que tienen un efecto en el tiempo que pueden ser calificados como complejos, de tracto sucesivo, permanente o continuado. Dentro de este último supuesto se ubicaría el pago de las sanciones, multas e intereses de mora, pues es claro que sólo al momento de producirse su cancelación efectiva es cuando se concreta el detrimento al patrimonio público.

El Archivo de procesos de responsabilidad con fundamento en estos criterios no se debe seguir presentando. Por ello, he considerado necesario acudir ante su Despacho en ejercicio del derecho de petición en interés general, con el objeto de solicitar que se modifique la posición adoptada por la Contraloría General de la República en relación con este tema.

Cordialmente,


CLARA EUGENIA LOPEZ OBREGÓN
Auditora General de la República



Bogotá, D.C.,

Doctor
Hilián Edilson Ovalle Celis
JEFE DE DIVISIÓN
CONTRALORÍA MUNICIPAL
Florencia- Caquetá
Carrera 12 calle 15 piso 5°

REF.: NUR. 110-1-8539
Consulta-fuentes del daño.

Respetado doctor,

Esta dependencia ha recibido su comunicación del epígrafe en la cual se pone de presente el criterio emitido por la Contraloría General de la República sobre el daño patrimonial al Estado, específicamente en cuanto al tema de las multas y sanciones. Sobre el particular, me permito efectuar el siguiente análisis:

I. LA CONSULTA

Manifiesta que, mediante concepto de 26 de julio del año próximo pasado emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, ese organismo de control considera que no hay lugar a dicha figura "cuando la afectación se produce de una entidad a otra" pues los recursos no salen del erario.

No obstante lo anterior, pone de presente la situación acaecida en el Municipio de Florencia frente a una sanción impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud por incumplimiento de ciertas normas que regulan el sistema y la eventual existencia de responsabilidad. Al revisar tal situación, mantiene ciertas inquietudes con respecto a la naturaleza del daño y la autonomía presupuestal de las entidades territoriales, conceptos alrededor de los cuales giran las preguntas formuladas.

Aclara, finalmente, que la consulta es formulada teniendo en cuenta tanto el principio de autonomía de las entidades territoriales ya aludido, como la labor de control fiscal que deben desplegar los organismos de control.

II. CONSIDERACIONES

Tal y como lo manifiesta en su misiva, la Contraloría General de la República es del parecer que en la hipótesis tratada no se produce daño que sea susceptible de ocasionar responsabilidad fiscal. Este criterio encuentra su fundamento en el concepto rendido por esa misma oficina de fecha 15 de enero de 2001, en el que se efectúan una serie de consideraciones generales sobre el daño, en el que se efectúan consideraciones similares a las que usted transcribe uno de cuyos apartes pertinentes es el siguiente:

Para examinar el caso de la transferencia de recursos es importante enfatizar en el término "Estado" dentro del concepto de daño patrimonial al Estado, ya que el daño patrimonial debe mirarse con una concepción de Estado y no de entidades u organismos particulares. Esto, que puede parecer obvio, torna importancia en el caso frecuente en que una entidad multa a otra. De acuerdo con algunas posiciones debería abrirse un proceso de responsabilidad fiscal por el valor de la multa a los responsables de que la entidad haya sido multada. Sin embargo, si se tiene en mente que el daño patrimonial es al "Estado" no hay lugar a responsabilidad fiscal puesto que el Estado no ha sufrido detrimento lo que realmente ha producido es una transferencia de recursos de una entidad a otra¹.

Sobre ese particular, esta oficina, absolviendo una serie de inquietudes formuladas al interior de la Auditoría General de la República, entre las que se encontraba dicho tema, consideró, mediante concepto de 18 de septiembre de 2001², que en esos eventos sí se configura daño como uno de los elementos de la responsabilidad fiscal, por lo que discrepa de la interpretación realizada por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Es del caso, en esta oportunidad, reiterar la posición allí fijada con base en el análisis realizado entonces así como los nuevos elementos que permiten sustentar dicha posición.

¹ Concepto de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República de 15 de enero de 2001, págs. 14 y 15.

² Se trata del concepto de 18 de septiembre de 2001, Aspectos relacionados con el proceso de responsabilidad fiscal, emitido por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República.

Con el propósito de profundizar en este tema, el presente escrito enfatizará en el concepto del daño, para luego desembocar en la gestión fiscal y culminar con una serie de reflexiones que desdican de la concepción *a priori* según la cual no puede existir responsabilidad cuando el Estado es, a la vez, sujeto activo y pasivo de la acción.

1. El concepto de daño y su reparación integral

Ha señalado un estudioso del tema, luego de aludir a las varias definiciones existentes en torno al daño que el mismo constituye la "aminoración patrimonial sufrida por la víctima"³. Esta genérica definición, debe, no obstante, corresponder a una específica determinación de las circunstancias en las cuales el mismo ocurre y a las consecuencias que un determinado actuar produce. Éste es, además, el ámbito de la responsabilidad que nuestra Constitución Política proclama y sobre el cual se erigen los fundamentos de la misma.

Por ello ha sido evidente que, dentro del causalismo propio de esta responsabilidad, la consecuencia jurídica sea que el responsable deba resarcir esa aminoración patrimonial causada, en este caso, por una gestión fiscal irregular o deficiente, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, pues, es un principio general de derecho universalmente aceptado en materia de responsabilidad, que la víctima de un daño debe quedar indemne de la afectación que se le produce. Se ha sostenido, entonces:

[. . .] La finalidad de la obligación de indemnizar es conseguir la total indemnidad de la víctima del daño; ésta, por tanto, es acreedora de una reparación [. . .], cuyo objeto no consiste en propiciar su enriquecimiento a costa del dañante, sino en retornar su patrimonio a la situación anterior a la producción del daño. Se entiende, por tanto, que la acción del responsable-deudor ha provocado un perjuicio, que el perjudicado-acreedor no tiene la obligación de soportar y por ello, como

³ EL DAÑO, Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 84.

19



acreedor, tiene derecho a obtener reparación que evite la disminución de sus bienes, ya sean estos personales, ya lo sean patrimoniales.⁴

[. . .] La reparación del daño se ha concebido como la acción encaminada a enmendar o componer los efectos nocivos de un hecho, satisfaciendo de esa manera la ofensa causada a otro.

[. . .] La indemnización de perjuicios busca tutelar los bienes de una persona cuando son atacados por el hecho de otra y dicha tutela se traduce en el resarcimiento del daño causado con una finalidad reparatoria que no se concibe limitada o restringida al grado necesario para que el afectado subsista bajo ciertos niveles económicos sino tendiente a lograr un restablecimiento total e íntegro del patrimonio injuriado.⁵

[. . .] En principio, la reparación debe ser completa, esto es, exactamente igual al daño causado, debe cubrirlo en su totalidad. Reparar un daño es restituir las cosas a su estado anterior como si el daño no hubiera existido, restablecer en el patrimonio de la víctima el valor destruido por el ilícito; esto se obtiene dándole el mismo valor.

De aquí fluyen las consecuencias siguientes:

1º.- El monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho.

2º.- La reparación comprende todo el perjuicio sufrido por la víctima que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito.

3º.- El monto de la reparación no puede ser superior ni inferior al daño.

[. . .] La reparación no es una pena, es el resarcimiento del daño causado y debe ser completa.

[. . .] La reparación comprende todo el daño sufrido por la víctima, moral y material, que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito; sólo así es completa.

⁴ DERECHO DE DAÑOS. Encarna Roca. Editorial Tirant lo blanch. Valencia 1998, página 171.

⁵ DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO. Alvaro Bustamante Ledesma. Editora Jurídica de Colombia Ltda. Medellín. 1994. Páginas 685 y siguientes.

Comprende por tanto, tanto el daño emergente y el lucro cesante, (...) esto es, la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio y lo que dejó de ganar o percibir como consecuencia del delito o cuasidelito.⁶

A su turno, los artículos 4° y 6° de la Ley 610 que tratan acerca del objeto de la responsabilidad fiscal y el daño patrimonial al Estado no limitan la facultad persecutoria en materia fiscal en cuanto existan elementos constitutivos del daño como son *"menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna"*. Es más, el artículo 4° resulta ser una transcripción de aquéllo que ha sostenido la Corte Constitucional sobre el particular, tal y como se desprende del siguiente texto:

El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite".⁷ Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluye el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). A lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610.

Pues bien, si como ya se dijo el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que

⁶ DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL. Arturo Alessandri Rodríguez. Ediar editores. Santiago 1983. Páginas 533 y siguientes.

⁷ Ver, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-197 de 20 de mayo de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación ha que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. Razones por demás suficientes para desestimar el cargo del actor, según el cual el lucro cesante debería ser declarado por una autoridad diferente que haga parte de la rama Judicial.⁸

De este modo, una comprensión integral de la figura de la responsabilidad no puede conllevar a que, *ab initio*, las consecuencias patrimoniales derivadas de la actividad de la administración puedan ser consideradas neutras cuando éstas se producen entre entidades públicas, así se les ubique bajo las locuciones "transferencias de recursos". Dentro de esa integralidad, que es propio del control fiscal, el menoscabo debe atender varios factores de gestión de recursos públicos que no son susceptibles de una ecuación como la que se pretende construir. En consecuencia, esta dependencia discrepa del sentido de lo "obvio" que aparece en el concepto de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República y entiende que la problemática planteada tiene un más profundo calado, apenas consustancial a aquél que se plasma en las nuevas directrices del control fiscal en nuestro país a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991. El concepto de "aminoración patrimonial" relacionado con el daño, implica, en primer lugar, la determinación del patrimonio afectado, y, a renglón seguido, los diversos efectos sobre el mismo y el resarcimiento pleno.

2. La gestión fiscal como un propósito irrenunciable del control fiscal

La etiología de la responsabilidad fiscal gira en torno a un elemento definitorio y trascendental consistente en el juicio de valor que emite el organismo de control acerca de la buena o mala gestión que se realiza con los recursos públicos fundado en la aplicación de los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales (art. 267).

Es el convencimiento que la doctrina ha adoptado al analizar el contenido del control fiscal. El criterio⁹ que delimita dicha función

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-840 de 9 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería. Resaltado fuera del texto.

⁹ Ver, por ejemplo en EL CONTROL FISCAL RESPECTO DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y ORGANIZADAS POR ACCIONES, Contraloría de Santafé de Bogotá, Jaime Orlando Santofimio y otros, Bogotá, D.C., 1997..

pública es de carácter objetivo y está dado por el ejercicio de la gestión fiscal, es decir, si hay o no dineros o bienes públicos destinados a un fin y guiados por un funcionario o un particular. Una vez determinada la pertinencia del control fiscal, éste se ejerce respecto de los sujetos que manejan fondos y bienes públicos y obviamente, sobre ellos recae la responsabilidad a que haya lugar. Lo dicho justifica la inclusión dentro del artículo 1º de la Ley 610 de 2000 como sujetos de responsabilidad fiscal a los particulares y a éstos y a los servidores públicos que con ocasión del ejercicio de la gestión fiscal causen daño al patrimonio del Estado.

Por ello se ha afirmado:

[...] El control fiscal amplía sus fronteras tanto y cuanto las ensanche la gestión fiscal, entendida ésta como el manejo de fondos y bienes públicos. Bajo esta perspectiva, ningún sujeto, absolutamente ninguno, independientemente de su naturaleza pública o privada, si ejerce gestión fiscal está exento de este tipo de control. La Constitución y la ley a este respecto optan por una vocación totalizante, vocación que ratifica la jurisprudencia constitucional.¹⁰

A tal grado es esto cierto que, no obstante el nivel de imputación, las personas jurídicas son susceptibles del juicio de responsabilidad fiscal, sin que ello produzca escozor o sorpresa.

En cuanto a las facultades de persecución y resarcimiento, aparece la relacionada con la responsabilidad derivada de la gestión fiscal. Al respecto, la Corporación ha entendido por tal lo siguiente:

De conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público (*sic*) está integrado por los bienes o fondos públicos, cualquiera sea su origen, el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición.¹¹

¹⁰ *Ib.*, pág. 13. Resaltado fuera del texto.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-529 de 11 de noviembre de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Resaltado en el texto. En el mismo sentido la sent. C-167 de 1995.

Como se puede advertir, es un término de una gran amplitud. Implica una serie de fases, desde el momento en que se percibe, pasando por su administración, hasta aquél en el que se destina e invierte, dentro de la cual aparecen servidores públicos y particulares. A su turno, la Ley 610 define gestión fiscal en los siguientes términos:

Artículo 3º. Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas; que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. (se resalta)

Ahora bien, lo primero que se desprende de esta definición es que ella no entraña la restricción de la gestión fiscal a un individuo a una serie de individuos, tal y como lo hacía la legislación anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.¹² El proceso conduce a una serie de imbricaciones cuyo propósito es la adecuada inversión de los fondos y bienes públicos, en el contexto de una visión teleológica del Estado. Ésta se descarría cuando el cometido inicial en la gestión fiscal no se concreta, esto es, los recursos se distraen a otros fines o propósitos. Lo anterior porque precisamente dentro de una nueva concepción del Estado, quienes realizan aquélla son depositarios del cumplimiento de cometidos y fines. Recientemente la Corte Constitucional, refiriéndose al alcance del artículo 3º, arriba transcrito, afirmó:

Como bien se aprecia se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible

¹² Al respecto se puede consultar el texto CONTROL FISCAL, HERRAMIENTA DE GESTIÓN, Mauricio Bogotá Muñoz.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-840 de 9 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería. Se resalta.

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 (*sic*) 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.

[...] Bajo tales condiciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye un elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición de público o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.¹³

De acuerdo con el artículo aludido, así como de la interpretación de constitucionalidad efectuada por la Alta Corporación, para efectos del cabal entendimiento del término gestión fiscal, podemos efectuar el siguiente esquema sobre la base de que ésta corresponde a un conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas.

- La disposición determina un sujeto calificado, a saber, el servidor público o el particular que maneje o administre recursos o fondos públicos. Estas acepciones son bastante amplias y atañen a "servirse de una cosa, utilizar" y a "ordenar, disponer u organizar en especial la hacienda y los bienes". El sujeto se extiende cuando, en el artículo 1º, se amplía no sólo a la gestión fiscal sino a lo que acontezca "con ocasión" a la misma tal y como se aclarará *infra*. Así mismo y en cuanto a los responsables fiscales se refiere no pueden pasarse por alto aquellos definidos expresamente por las normas orgánicas del presupuesto, compiladas en el Decreto 111 de 1996. El artículo 112 del Artículo Primero de la mencionada compilación anuncia varios funcionarios. A su vez, la disposición siguiente, establece la solidaridad en la responsabilidad entre los ordenadores y los pagadores.

- Estas actividades deben estar destinadas a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, consumo, gasto, inversión y disposición de bienes públicos. Existe, pues, un calificativo el cual se predica de una serie de actividades respecto de los bienes o recursos públicos.
- El espectro se amplía a la recaudación, manejo e inversión de las rentas, acciones que también conllevarían dicha gestión.

Todo lo anterior se entiende con el propósito de cumplir los fines esenciales del Estado con sujeción a los principios de legalidad, eficacia, economía, eficiencia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de costos ambientales, como se dijo anteriormente. Se advierte, en consecuencia, que el concepto de gestión fiscal es complejo. Comporta una serie de actividades destinadas a un fin.

Hasta el momento y sin analizar el sujeto afectado, no existiría razón alguna para que el no pago oportuno de ciertas obligaciones no tuviese una implicación fiscal pues genera unas consecuencias gravosas a la entidad (daño) y es demostrativo, en principio, de una mala gestión. Estamos en el ámbito propio del manejo de recursos públicos.

Ahora bien, para la Oficina Jurídica de la Contraloría, el esquema de responsabilidad fiscal aquí señalado cambia cuando el sujeto sobre el cual recae dicha omisión, porque, en su sentir, no existe detrimento. A renglón seguido se pasará a concretar, desde la perspectiva presupuestal, aquello que se ha afirmado con el estudio de los dos acápites anteriores en relación con la existencias de responsabilidad en este evento.

3. El detrimento producido por causa de la imposición de multas

Como es bien sabido, la noción de responsabilidad a la cual alude la Ley 610 incorpora el elemento "daño patrimonial al Estado" (arts. 5° y 6°). Por ello, dentro de una interpretación inicial -que no es la adoptada por



esta oficina- se podría llegar a concluir que el concepto Estado abarcaría "los patrimonios" de todas las entidades estatales sin distinción alguna. Desde esta perspectiva, una gestión indolente o aún dolosa (el no pago *ad libitum*) podría inhibir el inicio de cualquier proceso de responsabilidad fiscal sin perjuicio, claro está, de otra clase de responsabilidades que pudieran haberse concretado. Este razonamiento se complementa indicando, además, que la multa, la sanción o, eventualmente el no pago de un servicio público, cuando éste es prestado por una empresa del Estado, repercuten en las arcas de otra entidad de la misma índole de tal forma que el efecto neto es la inexistencia de un perjuicio. El balance, según esta manera de concebir dicha problemática, sería equilibrador pues lo perdido a título de multa en un lado, es un ingreso para la entidad, nacional o territorial, que lo impone, de otro. Desde esta perspectiva se concluiría que en las eventualidades planteadas no estaríamos en el campo mismo de la responsabilidad fiscal.

No obstante lo anterior, la argumentación expuesta no resultaría consistente cuando se auscultan los detalles de la misma, así como la propia concepción de daño y buena gestión fiscal a los cuales se hizo referencia. Corresponde a un juicio *a priori* susceptible de hallar respuesta en contrario.

3.1. El concepto de Estado y patrimonio.

Lo primero que es necesario aclarar es que el concepto Estado, que es utilizado en la Ley 610, no contiene un elemento generalizador como se pretende, sin perjuicio de las alusiones contenidas en los artículos 1º, 5º y 6º mencionados. Así, el artículo 4º, al señalar el objeto de la responsabilidad fiscal, destaca que éste consiste en "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" (se resalta). La misma redacción aparece en el artículo 15, sobre acumulación de procesos, cuando se permite tal figura "siempre que se trate de la misma entidad afectada".



Así mismo, cuando se entra de lleno en el procedimiento que se surte, el artículo 39 aclara que uno de los objetivos de la indagación está en determinar "la entidad afectada"; expresión que reitera en el artículo 41, requisitos del auto de apertura, y que, no debe negarse, coexiste con las locuciones "daño patrimonial al Estado". Otro tanto acaece con el auto de imputación, contenido en el artículo 49 de la misma legislación. Pasado este procedimiento, el artículo 65 *ib* (en correspondencia con el 9º), recuerda que los contralores están en la obligación de constituirse en parte civil dentro del proceso penal que se instaure por delitos contra los intereses patrimoniales del Estado.

En este orden de ideas, el daño patrimonial al Estado se materializa en el daño o detrimento a una respectiva entidad estatal y no a la inversa, es decir, como epígono del Estado. En efecto, en el lenguaje jurídico cuando se alude al daño patrimonial siempre se alude a esa noción que es la que se maneja desde el artículo 1º de nuestra Constitución Política dentro de una República que, además, es unitaria. De allí que resulte mejor, y más técnico sin duda, afirmar "le causó daño al Estado" en lugar de "ocasionó un perjuicio a la Contraloría General de la República o a una determinada entidad estatal". Pero ello implica que, en el primer caso, deba concretarse este daño en alguna de las entidades que lo componen y que, por ende, ese agravio se materialice en una de ellas, muchas de las cuales, además, cuentan con personería jurídica y, lo que es más importante, constituyen una sección presupuestal (art. 36 del Artículo Primero del Decreto 111 de 1996), es decir, están dotadas de un margen de autonomía para la ejecución de los recursos que le han sido apropiados. En este campo, es aún más clara la situación que usted somete a consideración la cual -sin entrar a analizar pues no es función de esta dependencia adentrarse en los niveles de profundidad propios del proceso de responsabilidad fiscal- se plasma en los niveles de autonomía de los cuales están dotadas las entidades territoriales como atributo que se destaca en varias disposiciones de nuestro ordenamiento constitucional (arts. 1º y 286, *inter. alia*) y que aparece reiterado en las normas orgánicas del presupuesto.

Así, si se tratara, exclusivamente, de revelar el daño patrimonial del Estado, entendido éste como una bolsa inescindible, las alusiones a la entidad afectada y a su posibilidad persecutoria sobrarían. La división presupuestal se produce no sólo por niveles territoriales, como es el caso que se plantea, sino por servicios dentro de la técnica estatal de la



repartición entre entidades estatales autónomas, responsables del desarrollo de determinadas funciones la cuales deben suplir dentro del principio de legalidad.

De esta manera, dotar a una entidad estatal de atributos como "patrimonio propio" es radicar en ella el manejo de unos recursos hacia una finalidad lo cual conlleva responsabilizar a sus funcionarios gestores del buen manejo de los mismos y, en todo caso, escindir de lo que es propios a otros patrimonios.

Téngase en cuenta que tampoco el argumento de la unidad de caja iría a favor de la supuesta compensación, pues existen dentro del erario recursos de la Nación y los de cada una de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios que son independientes; cualquier operación entre ellos no es indiferente.

3.2. La multa como distorsión del proceso presupuestal

Ahora bien, consultando un elemento teleológico, del cual no puede estar desprovisto el análisis del proceso de responsabilidad fiscal, es preciso indicar que no resultaría congruente que la programación presupuestal de una entidad fuera sometida a multas y sanciones derivadas de una mala administración que afectaría su naturaleza y razón de ser. De allí provendría el eventual detrimento en su funcionamiento. Adicionalmente, no puede pasarse por alto que actitudes como éstas sobrecogen (aminoran su capacidad de respuesta frente a las necesidades de la comunidad) este aspecto presupuestal de la entidad.

Tales reflexiones van en consonancia con la Constitución Política cuando en el artículo pertinente destaca que la responsabilidad proviene de la gestión fiscal la cual, por otra parte, como hemos visto es el objeto mismo del proceso de responsabilidad fiscal. Al reiterar el contenido de lo que se entiende por gestión fiscal, el artículo 3° de la Ley 610 introduce un objetivo teleológico cual es el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Salvo que estuviéramos en presencia de una organización política cuyo fin primordial fuera recibir sanciones y financiarse con multas -que no es el caso- se admitiría que una conducta como la revisada no afectaría la gestión fiscal y bien podría ser calificada



como incorrecta e inadecuada sin consecuencia fiscal alguna. Pero se podrá convenir que las sanciones constituyen la excepción en el actuar de las entidades estatales, o por lo menos, no deben hacer parte de su devenir ordinario.

De este modo, el proceso presupuestal, dentro de la complejidad que le es propia, está destinado a suplir tales finalidades y cualquier distorsión en ellos es un detrimento para esa capacidad.

3.3. La imposibilidad de sostener tal tesis frente a situaciones disímiles en donde participa el Estado

Adicionalmente, si se entiende que las sociedades de economía mixta forman parte del Estado, respecto de los gestores de las mismas tampoco existiría posibilidad de iniciar un proceso de responsabilidad fiscal, precisamente en eventos en donde una porción del detrimento iría a las arcas privadas desvaneciéndose, del todo, el argumento del equilibrio entre lo público. Lo propio debe decirse, entonces, de las innumerables contribuciones parafiscales que hoy forman parte importante de las fuentes de financiación de la actividad estatal. El particular que administra estos bienes públicos podría producir cargas mayores a los mismos afectando, gravemente, los recursos destinados a la parafiscalidad. Pero es evidente que, en ambos casos, el ente de control está obligado a establecer la responsabilidad fiscal. Las hipótesis pueden ser prolíficas.

3.4. La "teoría de la relatividad" del daño.

Así mismo, la tesis de la irresponsabilidad fiscal en estos eventos, haría depender de un tercero la ocurrencia del menoscabo y no de la actitud del servidor encargado de efectuar unos pagos. La contradicción se haría evidente cuando un particular y una entidad estatal prestan un mismo servicio público y la multa o sanción impuesta por el primero generaría un daño patrimonial al Estado, al paso que en el segundo evento no, cuando el elemento subjetivo es el mismo. Esta relativización además de contradictoria, generaría en los responsables fiscales la prioridad en el pago de las deudas privadas sobre las públicas, situación que, sin duda, no puede prohijar la responsabilidad.



En suma de la argumentación planteada, el costo de oportunidad de la obtención de recursos para sufragar las multas por parte del Tesoro Público y la ausencia de disponibilidad de dichas rentas por la entidad que, en principio, se debió nutrir de las mismas oportunamente, son dos consideraciones que hacen que este tipo de operación no sea neutra ni tenga un efecto compensatorio o equilibrador.

Se ha dicho al respecto:

[...] es procedente llamar a responder fiscalmente cuando los responsables del erario demoraron sin justa causa la cancelación o pago de los compromisos adquiridos por la administración, dando lugar por ello, al reconocimiento de intereses moratorios, pues se admite que con ello se causa detrimento al erario. En estos casos a las personas responsables del manejo del recurso público se les ordena el reintegro de los intereses moratorios cancelados por la administración.¹⁴

Se observa, entonces, la existencia de un detrimento patrimonial, representado en el término mismo de gestión fiscal- que opera por el no pago oportuno de tributos y otras expensas a la cual están obligadas las entidades vigiladas, y conduce al elemento dañoso o menoscabo para la entidad respectiva, lo que es patente tratándose de entidades territoriales. Como se desprende de su consulta el supuesto efecto equilibrador es más distante respecto de éstas pues sin duda, la multa o sanción distrae los fines municipales o departamentales y engrosa el presupuesto nacional. En el caso *sub examine*, el esfuerzo fiscal de la entidad territorial y de la ciudadanía se destinó a suplir una deficiencia de un gestor fiscal.

Finalmente, en cuanto al detrimento se refiere, es importante señalar que el mismo incluiría toda la sobrerremuneración que debió cancelarse por la inoportunidad del pago -las sanciones inclusive- y no solamente los intereses moratorios, sin perjuicio de otras fuentes de responsabilidad

¹⁴ CONTROL FISCAL, HERRAMIENTA DE GESTIÓN, Mauricio Bogotá Muñoz, Editorial Carrera 7ª, Bogotá, D.C., 2000, pág. 133.



que puedan ser probadas y que sean susceptibles de ser determinadas dinerariamente.

No sobra indicar que, como lo exige el proceso de responsabilidad fiscal, el daño es uno de los elementos esenciales al mismo más no el único. Además que el mismo debe estar claramente probado y mensurado, es preciso demostrar, igualmente, la imputación subjetiva y el nexo causal entre la conducta y el daño ocasionado.

En conclusión, esta dependencia entiende el fundamento de las inquietudes y, con base en lo infraescrito, espera haberlas absuelto en desarrollo de la función de conceptualización que le ha sido asignada, dentro de los lineamientos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Juan Fernando Romero Tobón
DIRECTOR DE LA OFICINA JURÍDICA

Copia: AUDITOR DELEGADO
GERENTES SECCIONALES