

Bogotá D.C.,
110



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202302668
Fecha: 27 de septiembre de 2023 01:57:26 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Contraloría General de Santiago de Cali

Doctora
LUZ ARIANNE ZÚÑIGA NAZARENO
Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal
Contraloría General de Santiago de Cali
Avenida 2 Norte # 10-70 Piso 7 Centro Administrativo Municipal - CAM
Cali – Valle del Cauca
secretariacomun@contraloriacali.gov.co
respo_fiscal@contraloriacali.gov.co

Referencia: Concepto 110.082.2023
SIA-ATC. 012023000650
1. *De la gestión fiscal*
2. *De la responsabilidad fiscal*

Respetada doctora Luz Arianne:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en oficio 1900.27.05 del 15 de agosto de 2023 radicación 200031632023 allegado en correo electrónico del 17 de agosto de 2023, radicado en la AGR en la misma fecha con el número 02331202302072 bajo el SIA-ATC. 012023000650, en el que consulta lo siguiente:

«(...) se pregunta: ¿Comportan o no gestión fiscal los hechos que dieron origen al pago de multas que realizó la Empresa de Servicios Públicos a la Superintendencia de Industria y Comercio por no acatar de manera integral la orden impartida de ajustar el plan mensual de una usuaria del servicio de telecomunicaciones y al Ministerio de Trabajo por no implementar medidas necesarias correctivas para controlar los riesgos laborales y la omisión en la obligación de establecer y ejecutar en forma permanente el programa de salud ocupacional?»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República

le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...).» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: i) De la gestión fiscal; y ii) De la responsabilidad fiscal.

1. De la gestión fiscal

La Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» define la gestión fiscal así:

«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.»

De la norma anterior se obtiene que todo servidor público o particular que administre o maneje recursos en cualquiera de las actividades descritas y a través de la ejecución de cualquiera de las acciones igualmente allí anotadas, son gestores fiscales.

El Diccionario de la Lengua Española – DEL de la Real Academia Española – RAE respecto del verbo manejar, trae las siguientes acepciones:

«manejar

Del it. maneggiare.



1. tr. Usar algo con las manos.
- 2. tr. Usar, utilizar, aunque no sea con las manos.**
3. tr. Gobernar los caballos.
4. tr. Gobernar, dirigir.
5. tr. Am. y Guin. conducir (|| guiar un automóvil).
6. prnl. Moverse con cierta soltura después de haber tenido algún impedimento.» (Resaltamos en negrilla la aplicable al presente concepto)

Ahora, el término manejen -de la norma- se refiere a la acción de la tercera persona del plural (ellas, ellos) del presente de subjuntivo de manejar, es decir, que ellos manejen, utilicen.

En cuanto al verbo administrar usado en la norma, el DEL de la RAE establece las siguientes acepciones:

«administrar

Del lat. administrāre.

1. tr. Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan.
2. tr. Dirigir una institución.
- 3. tr. Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes.**
4. tr. Desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad.
5. tr. Suministrar, proporcionar o distribuir algo.
6. tr. Conferir o dar un sacramento.
7. tr. Aplicar, dar o hacer tomar un medicamento. U. t. c. prnl.
8. tr. Graduar o dosificar el uso de algo, para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mejor efecto. U. t. c. prnl.» (Resaltamos en negrilla la aplicable al presente concepto)

Así, administren se refiere a acción de la tercera persona del plural (ellas, ellos) del presente de subjuntivo de administrar, que puede ser ordenen, dispongan u organicen esos bienes.

Ahora bien, de la interpretación gramatical de la norma se tiene que, la gestión fiscal es toda actividad del servidor público o el particular que implique el manejo, utilización, ordenación, disposición u organización de los recursos públicos puestos bajo su tutela.

La Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001 respecto de la constitucionalidad de algunos apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 41 de la Ley 610 de 2000, en cuanto a la gestión fiscal, dijo:

«Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

<transcribe artículo 3 Ley 610 de 2000>

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.» (Resaltamos en negrilla)

Esta Corte en la sentencia C-438 del 30 de noviembre de 2022 declara inexecutable el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones», anotando respecto de la gestión fiscal y de los gestores fiscales, lo siguiente:

«(iii) La gestión fiscal

149. A ella hacen referencia los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política, sin entrar a definirla. Esta Corte, en sus providencias iniciales, consideró que de “conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público 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.”^[127] Más adelante, la Corte señaló que la gestión fiscal comprende los actos y operaciones de naturaleza fiscal -como el manejo de fondos o bienes del Estado, su conservación e inversión-.^[128]

(...)

151. A su vez, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra algunos apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 41 de la Ley 610 de 2000, en la Sentencia C-840 de 2001, acerca de la gestión fiscal, la Corte señaló que la definición contenida en el citado artículo 3 de la Ley 610 de 2000, respecto a las actividades en ella previstas, “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, al tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado”.^[130]

(...)

155. Sobre ese marco, es posible diferenciar el control fiscal y la gestión fiscal tal y como hasta la fecha esta última ha sido definida por la ley y la jurisprudencia constitucional, como dos categorías relacionadas, pero materialmente distintas. Entonces, la primera se erige como una función pública reconocida por la Constitución de 1991 y atribuida por ésta a órganos de control fiscal, “independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo,



de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares.”^[135] Por su parte, la segunda, se reitera, ha sido concebida por la ley como parte de la gestión pública, de naturaleza administrativa, a cargo de los gestores fiscales -servidores públicos y/o particulares habilitados para ello-, que tienen a su cargo el manejo y/o administración de los bienes y recursos o fondos públicos.

156. Aquí también es preciso destacar que esta Corte, en la Sentencia C-840 de 2001, señaló que la gestión fiscal “constituye el 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 pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.”^[136]

157. En ese contexto, no cabe duda de que el entendimiento de la gestión fiscal, pese a no estar definida expresamente por la Constitución Política sino en la ley, sí ha sido el presupuesto exigido por aquella como fundante de la responsabilidad fiscal (Artículo 268 numeral 5), lo que significa que si no se realiza gestión fiscal, de la cual pueda predicarse la existencia de un detrimento patrimonial, entonces, no podrá deducirse luego responsabilidad fiscal.

(iv) El gestor fiscal

158. Como en precedencia fue anotado, según lo prevén los artículos 267 y 268 de la Constitución y sus desarrollos contenidos principalmente en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 y el Decreto Ley 267 de 2000, entre otras, son gestores fiscales tanto las entidades públicas y con ellas los servidores públicos que laboran en ellas, así como las personas jurídicas de derecho privado y los particulares que allí trabajan o, en general, todos aquellos que por habilitación legal, administrativa o contractual reciban, recauden, perciban, manejen, administren, dispongan o destinen bienes, fondos o recursos públicos y, son precisamente ellos, los mismos sujetos de control fiscal. Sobre esa base, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la gestión fiscal a cargo de tales gestores comprende todo un universo de acciones inmersas en las denominadas “actividades económicas, jurídicas y tecnológicas” y la capacidad de realizar una o más acciones derivadas del tráfico de los recursos o bienes públicos en cumplimiento de los fines a cargo del Estado.

159. Así, el gestor fiscal por excelencia es la entidad pública o la entidad privada que actúa por conducto del o los servidores públicos o de los que tienen la disponibilidad jurídica de los bienes o recursos de origen público de tales entidades como: 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;”^[137] como también, “los directivos de las entidades y demás personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado.”^[138]

(...)

163. En conclusión, son gestores fiscales, y en caso de que se produzca un daño al patrimonio público, presuntos responsables fiscalmente, los servidores públicos y/o los particulares que por habilitación legal, administrativa o contractual manejen o administren bienes y recursos públicos y que tengan capacidad decisoria frente a los mismos por haber sido dispuestos a su cargo. En razón a ello, indistintamente de la condición pública o privada del ejecutor o del poder jurídico o fuente de la cual

se derivan las obligaciones fiscalizadoras, es la gestión fiscal la que constituye el elemento decisivo y determinante de las responsabilidades inherentes al recibo, percepción, recaudo, administración, gestión, disposición o destinación de dichos bienes o recursos de naturaleza pública.»

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto de fecha 15 de noviembre de 2007 dentro del radicado 11001-03-06-000-2007-00077-00(1852) referente a la divergencia de conceptos jurídicos sobre la procedencia de la recuperación de los valores pagados por la entidades y organismos del Estado por, entre otras, la imposición de multas dijo:

«Así las cosas, encuentra la Sala que cuando una entidad u organismo público por causa de la negligencia, el descuido, o el dolo de un servidor público, a cuyo cargo esté la gestión fiscal de los recursos públicos, deba pagar una suma de dinero por concepto de intereses de mora, multas o sanciones, esa gestión fiscal no es susceptible de calificarse como eficiente y económica. Por el contrario, este tipo de erogaciones, como se analizará más adelante, representan para las entidades u organismos públicos deudores, gastos no previstos que afectan negativamente su patrimonio.

(...)

En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto ^[11]. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. ^[12] Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto.

(...)

En términos generales el daño patrimonial se presenta cuando *“la agresión golpea un interés que hace parte del patrimonio o un bien patrimonial o afecta al patrimonio, por disminución del activo o por incremento del pasivo”* ^[13]. En materia de responsabilidad fiscal, esto no es diferente, ya que el daño aparece cuando se produce una lesión, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos de una entidad u órgano público, por una gestión antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal. (Artículo 6º de la ley 610 de 2000).

En el caso concreto del pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes de carácter público, hay que determinar si ellos se produjeron por la conducta dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna o por una omisión **imputable a un gestor fiscal**. Si así se concluye, surge para el ente que hace la erogación, un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal. Es claro, entonces, que dicho gasto implica una disminución o merma de los recursos asignados a la entidad u organismo, por el cual debe responder el gestor fiscal.

(...)

El conjunto normativo transcrito, es decir, las disposiciones del régimen fiscal y las de carácter orgánico contenidas en el decreto 111 de 1996, que para la doctrina son la génesis del derecho fiscal como disciplina autónoma, lleva a la Sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal cuando se pagan multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades u organismos públicos.

(...)

Por último, considera esta Sala que el pago de sumas por concepto de intereses de mora, sanciones o



multas entre entidades u organismos públicos originados en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, no puede calificarse contable, ni presupuestalmente como una mera transferencia de recursos,^[16] sino como un gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones de dicho gestor fiscal. En consecuencia, tiene razón un sector de la doctrina cuando afirma que en estos casos no puede hablarse simplemente de que el dinero público pasa de un bolsillo a otro de la misma persona.^[17]

La Sala responde:

1 Y 2 De acuerdo con lo dispuesto en las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, cuando una entidad u organismo de carácter público paga a otro de su misma naturaleza una suma de dinero por concepto de multas, intereses de mora o sanciones, se produce un daño patrimonial. Dicho daño puede dar lugar a responsabilidad fiscal del gestor fiscal comprometido, cuando en el proceso de responsabilidad se pruebe que existió una conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal entre ésta y el daño.» (Cursiva y negrillas propias del texto)

Este Despacho en el concepto 110.059.2007 (NUR 100-1-3456 del 19 de septiembre de 2007), determinó:

«De la definición legal y jurisprudencial se extracta sin lugar a equívocos que la gestión fiscal se circunscribe al conjunto de actividades para el manejo o administración de los recursos o fondos públicos; o mejor, que las actuaciones administrativas constitutivas de gestión fiscal son aquellas sobre las que la persona tiene posición de garante frente a los bienes del Estado. En otras palabras que el sujeto encargado funcionalmente de ejercer la actividad administrativa, **debe estar facultado para disponer y administrar los bienes o fondos públicos bien sea por la ley, un contrato o a través de una relación legal y reglamentaria**^[2].» (Resaltamos en negrilla)

Más recientemente en el concepto 110.082.2022 (radicado 20221100037111 del 25 de octubre de 2022), respecto al tema anotó:

«De la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada se obtiene que la gestión fiscal es aquella que ejerce el funcionario público o particular sobre los bienes públicos respecto de los cuales tiene la función de administración y/o disposición, función ésta que debe estar claramente establecida tanto si es funcionario público, como si es contratista según corresponda.

(...)

Conclusiones:

(...)

ii) La gestión fiscal es entendida tanto por la ley como por la jurisprudencia y la doctrina como las actividades que realizan los funcionarios públicos y particulares a quienes se les ha confiado el manejo y administración de los recursos públicos y que cuentan con capacidad decisoria sobre los mismos.

Para determinar si un funcionario ejerce gestión fiscal, es necesario establecer si cuenta con la función de manejo o administración de bienes públicos, así como con la capacidad de decisión sobre ellos; en tratándose de particulares, es necesario verificar si tales funciones se encuentran específicamente señaladas en el contrato respectivo o en la normativa aplicable.»



Así mismo, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República se ha pronunciado en varios conceptos respecto de la gestión fiscal. Veamos algunos de los más recientes:

Concepto CGR-OJ-0162-2021 (radicado 2021EE0157535 del 22 de septiembre de 2021):

«Del recuento anteriormente efectuado, queda definido que es posible la generación de daño al patrimonio público, cuando se pagan multas, sanciones e intereses de mora, por parte de las entidades públicas, siempre y cuando tales pagos hubiesen sido efectuados con culpa grave o dolo del servidor público o particular que administra recursos públicos.

En cuanto al daño tratándose de pago de multas, sanciones e intereses moratorios, resulta del caso diferenciar entre el hecho generador de dicho daño y el daño propiamente dicho. El hecho generador lo constituye la circunstancia que dio lugar a la omisión en el pago de la multa, sanción o intereses moratorios, pero el daño como circunstancia generadora de la responsabilidad fiscal, se produce en el momento en que se cancela la multa, la sanción o el pago de los intereses moratorios.

El daño patrimonial al Estado, como su nombre lo indica, es un fenómeno de carácter estrictamente pecuniario o económico que consiste en la pérdida de recursos por parte del Estado que en el caso analizado se produce cuando se cancela o paga la multa, la sanción o los intereses por parte de la entidad pública.

(...)

En otros términos, para hablar de gestión fiscal, resulta necesario que el sujeto que desarrolla la actividad, sea éste de naturaleza pública o privada, tenga dentro de sus funciones o responsabilidades, la facultad de disposición de los bienes públicos, de tal suerte que cualquiera que sea la acción que desarrolle: adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición, recaudación, manejo e inversión de sus rentas, sea la consecuencia de una facultad decisoria que legalmente le ha sido otorgada, con lo cual la disposición que posee de los bienes no es material únicamente, pues debe estar precedida de una atribución legítimamente concedida.»

Concepto CGR-OJ-0053-2021 (radicado 2021EE0061967 del 22 de abril de 2021):

«Para determinar la existencia de un hecho generador debe deslindarse el hecho que ocasiona el daño del daño propiamente dicho, es decir, que debe determinarse el origen del daño. En otras palabras, uno es el hecho generador (la causa), y otro es el daño (el efecto).

En el evento de multas y sanciones, la imposición de las mismas constituye el hecho generador del daño, lo cual se generó por la omisión en el ejercicio de una obligación, como sería el caso del pago extemporáneo de un impuesto, es decir la causa es la conducta activa u omisiva del gestor fiscal.

En consecuencia, en el caso consultado el daño se origina cuando se impone una sanción, una multa o el pago de intereses, pero el detrimento o daño al erario, solo se presenta cuando le entidad estatal eroga los recursos públicos para su pago, hecho que debe ser establecido dentro del respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

Así cuando se produce una disminución no justificable en el presupuesto de la entidad pública al

pagarse una multa, una sanción o intereses, esta es la circunstancia que permite cuantificar el daño y no antes.

(...)

5. CONCLUSIONES

5.1. El pago de sumas por concepto de intereses de mora, sanciones o multas entre entidades u organismos públicos originados en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, constituye un daño al erario que debe ser resarcido por los responsables, para lo cual deberá adelantarse el Proceso de Responsabilidad Fiscal, conforme al procedimiento y términos establecidos en la Ley 610 de 2000, modificada por la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 403 de 2020.»

Concepto CGR-OJ-220-2020 (radicado 2020EE0165744 del 23 de diciembre de 2020):

«El hecho generador del daño al patrimonio público en los casos en que el detrimento patrimonial de una entidad pública se produce con ocasión de una sanción económica multa impuesta a la misma, son los hechos o conductas (situación fáctica propiamente dicha) que dan origen a una investigación y posterior sanción económica o multa a la entidad pública.»

Concepto CGR-OJ-0112-2019 (radicado 2019EE0097546 del 12 de agosto de 2019):

«4.3. Gestión fiscal

(...)

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 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.**» (Resaltamos en negrilla)

Colofón de lo hasta aquí anotado, podemos decir que la gestión fiscal está compuesta por las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas adelantadas por las personas -servidor público o particular- que tienen la potestad o competencia legal, funcional o contractual de disponer, decidir, manejar, utilizar, administrar, o destinar los recursos públicos dados bajo su tutela. En ese entendido, es dable concluir que implica la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos bajo su responsabilidad. En caso de encontrarse un hecho bajo alguno de estos supuestos y derivado de ese hecho se genere un daño patrimonial al erario por parte de un gestor fiscal nos encontramos ante una posible responsabilidad fiscal.



2. De la responsabilidad fiscal

La Ley 610 de 2000 establece respecto de la responsabilidad fiscal:

«Artículo 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa **de quienes realizan gestión fiscal** mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

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

Parágrafo 2º. [declarado inexecutable].

Artículo 5º. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible **a una persona que realiza gestión fiscal**.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.» (Resaltamos en negrilla)

«Artículo 7º. Pérdida, daño o deterioro de bienes. En los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, **únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables**.

En los demás eventos de pérdida, daño o deterioro de este tipo de bienes, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el Código Disciplinario Único o a los delitos tipificados en la legislación penal.» (Resaltamos en negrilla)

Las disposiciones relacionadas son claras al indicar que la responsabilidad fiscal recae sobre las personas que ejercen la gestión fiscal; no obstante, en el artículo primero de esta ley, se establece:

«Artículo 1º. 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.» (Resaltamos en negrilla)

Respecto a la expresión «con ocasión de ésta» de esta disposición, la Corte Constitucional en la

sentencia C-840 de 2001 mencionada en el numeral anterior, anotó:

«En primer lugar debe dilucidarse el contenido y alcance de la expresión “con ocasión de ésta”, a efectos de determinar si con ella se podría dar pie a un eventual rebasamiento de la competencia asignada a las contralorías en torno al proceso de responsabilidad fiscal.

Entonces, ¿qué significa que algo ocurra con ocasión de otra cosa? El diccionario de la Real Academia Española define la palabra ocasión en los siguientes términos: "oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa. 2. Causa o motivo por que se hace o acaece una cosa."

A la luz de esta definición **la locución impugnada bien puede significar que la gestión fiscal es susceptible de operar como circunstancia u oportunidad para ejecutar o conseguir algo a costa de los recursos públicos, causando un daño al patrimonio estatal, evento en el cual la persona que se aproveche de tal situación, dolosa o culposamente, debe responder fiscalmente resarciendo los perjuicios que haya podido causar al erario público.**

El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.

De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, **el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal,** descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de la tipicidad de la infracción. De suerte tal que sólo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado.

Una interpretación distinta a la aquí planteada conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidades que informan la gestión fiscal y sus cometidos institucionales.

Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes **en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión,** causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras

de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. **Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.**

(...)

En este orden de ideas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, **bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.»**

(Resaltamos en negrilla)

De otra parte, la Ley 610 de 2000 en el segundo inciso del artículo 6º referente al daño patrimonial al Estado, establece:

«Artículo 6º. Daño patrimonial al Estado. (...)

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente **o contribuyan al detrimento al patrimonio público.»** (Resaltamos en negrilla)

Respecto a la expresión resaltada, la Corte Constitucional en la varias veces mencionada sentencia C-840 de 2001, dijo:

«La definición del daño patrimonial al Estado no invalida ni distorsiona el bloque de competencias administrativas o judiciales que la Constitución y la ley han previsto taxativamente en desarrollo de los principios de legalidad y debido proceso. **Por lo mismo, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o participe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.**

Y la Sala reitera: 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.** Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, **necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente**

identificados.» (Resaltamos en negrilla)

Ahora bien, de acuerdo con las disposiciones normativas se tiene que, la responsabilidad fiscal se tiene cuando el servidor público o particular que ejerce gestión fiscal, con su actuación produce daño al patrimonio por su gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna

Por lo anterior, será el órgano de control fiscal respectivo quién deberá determinar a las luces de la Constitución, la ley, el reglamento, el manual de funciones y/o el contrato respectivo, en primer lugar, si se trata de un hecho que se enmarca dentro del concepto de gestión fiscal, en segundo término si el servidor público o el contratista ejerce gestión fiscal; en tercer lugar, si su actuación es ejercicio de dicha gestión fiscal o con ocasión a ella; y por último, si con su acción u omisión se afectaron los recursos del Estado puestos bajo su tutela.

3. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, se concluye lo siguiente:

- i. Gestión fiscal es toda actividad económica, jurídica y/o tecnológica adelantada por el servidor público o el particular en ejercicio de la potestad o competencia legal, funcional o contractual de gestor fiscal.
- ii. Se considera gestor fiscal al servidor público o al particular con potestad o competencia legal, funcional o contractual de ordenar, disponer, decidir, manejar, utilizar, administrar, organizar, o destinar los recursos públicos dados bajo su tutela.
- iii. La responsabilidad fiscal se establece respecto del servidor público o particular que, en ejercicio de la gestión fiscal, en actuación contraria a los principios de la función administrativa y a la función fiscal, produce daño al patrimonio Estatal por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna.
- iv. Corresponde órgano de control fiscal respectivo de conformidad a la Constitución, la ley, el reglamento, el manual de funciones y/o el contrato respectivo, determinar en cada caso si el hecho generador se enmarca dentro del concepto de gestión fiscal, en segundo término si el servidor público o el contratista ejerce gestión fiscal; en tercer lugar, si su actuación es ejercicio de dicha gestión fiscal o con ocasión a ella; y por último, si con su acción u omisión se afectaron los recursos del Estado puestos bajo su tutela.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento

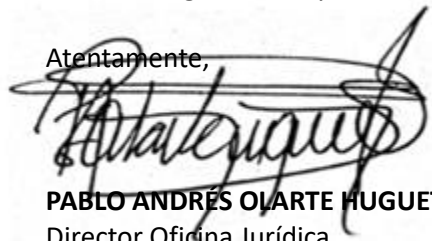
Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'»** (Resaltamos en negrilla)

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fjimenez@auditoria.gov.co Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionar la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, luego, seleccionar el botón Encuesta de Satisfacción e ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 533e92c2. También puede consultar su solicitud en el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

| | Nombre y Cargo |
|---|---|
| Proyectado por: | Fabio Luis Jiménez Castro – Profesional Especializado Grado 4 |
| Revisado por: | Pablo Andrés Olarte Huguet – Director Oficina Jurídica |
| Aprobado por: | Pablo Andrés Olarte Huguet – Director Oficina Jurídica |
| <i>Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.</i> | |