



Radicado No: 20201100006241

Fecha: 31-03-2020

Bogotá,
110

Doctora
NUBIA ORDOÑEZ DE RIVERA
Profesional Especializado
Dirección de Responsabilidad Fiscal
Contraloría General del Cauca
nmobder@gmail.com

Referencia: Concepto 110.12.2020
 SIA-ATC. 012020000069
 Gestión fiscal
 Cobro coactivo
 Gestión fiscal del funcionario ejecutor

Cordial saludo doctora Nubia:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico nmobder@gmail.com del 10 de febrero de 2020, radicado bajo el SIA-ATC. 2020000069, en el que solicita:

“... solicitamos conceptuar en aras de un mejor proveer, si un operador de jurisdicción coactiva es gestor fiscal...”

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, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, 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 en Colombia, 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).

Con el objeto de brindar una ilustración que contribuya a dar mayor claridad sobre el tema consultado, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto:

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.*(Negrilla fuera de texto)

De la norma anterior se obtiene que todo servidor público o particular que administre o maneje recursos para cualquiera de las actividades descritas, son gestores fiscales.

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.

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares, sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de 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.”

Respecto al aparte del artículo 1º de la Ley 610 de 2000 demandado, dicha Corte en la Sentencia ibídem, mencionó:

“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. (...) 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.” (Negrillas fuera de texto)*

Más adelante en referencia a los apartes del artículo 6 acusado, 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 partícipe 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.”

En el mismo tema de la gestión fiscal, esta alta Corte se había pronunciado anteriormente en la Sentencia C-529 de 1993, así:

*“10. 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.***

*Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, **los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos** y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración (Ley 42 de 1993, arts. 8, 9, 10, 11, 12 y 13). (Negrilla fuera de texto)*

Respecto a la gestión fiscal como función administrativa, la Corte Constitucional en Sentencia C-046 de 1994 respecto de la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 42 de 1993, dijo:

“17. La gestión fiscal que cumplen los funcionarios del erario, comprendida en la órbita de la función administrativa, debe desarrollarse con fundamento en el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. La sociedad, a través de los órganos de control fiscal, tiene derecho legítimo a comprobar, en cualquier momento, la conducta de sus agentes. También éstos tienen en su favor el derecho, de que la sociedad examine su patrimonio y sus actuaciones y, para el efecto tienen el deber y la carga de facilitar, promover y exigir el más abierto examen de su conducta y de las operaciones realizadas. La rendición de cuentas es una de las principales oportunidades - no la única ni la última - de que dispone el funcionario y la sociedad para verificar el cumplimiento de los deberes y responsabilidades asignados. Si al organismo de control fiscal se le oculta total o parcialmente la verdad sobre la regularidad y la forma de las operaciones relativas a una cuenta no es posible atribuir al fenecimiento decretado en esas condiciones firmeza alguna. No sería moral que el funcionario de marras alegara como derecho suyo el de oponerse a un nuevo examen. Tampoco la función de control fiscal - a través de la cual la sociedad entera indaga - desempeñaría su función pública de acuerdo con el principio de la moralidad si ante este alegato - en verdad poco convincente - se inhibiera de ejercer su cometido fiscalizador.”

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera en sentencia del 23 de agosto de 2007, Radicación 25000-23-24-000-2001-01039-01, respecto de la gestión fiscal, dijo:

El contenido de la gestión fiscal está delimitada en su definición legal, jurisprudencial y doctrinaria, en la que se destaca que lo sustancial es que dicha gestión está referida a recursos o fondos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, tal como se lee en el artículo 3º de la

Ley 610 de 2000, a saber:

“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”.

Al punto de ahondar en esa definición, conviene desglosar esos aspectos sustanciales de la misma, especialmente en cuanto hace a los conceptos de recursos o fondos públicos.

Como tales, se han de entender los elementos o medios de carácter financiero o que tienen expresión económica y patrimonial o que son susceptibles de una conversión monetaria, de los cuales el Estado es su titular, de allí que sean parte de su patrimonio, y pueda disponer de los mismos para su funcionamiento y el desarrollo de sus actividades.

Respecto de esta figura, más recientemente el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera en sentencia del 15 de abril de 2010, Radicación 66001-23-31-003-2006-00102-01, dijo:

El concepto de gestión fiscal, cuyo contenido va más allá del simple comportamiento fiscal apegado al principio de legalidad, comprende igualmente la verificación de los resultados que se quieren alcanzar con ella. En ese sentido, quienes tengan bajo su responsabilidad el manejo de los recursos presupuestales, están llamados a orientar dicha actividad hacia la consecución efectiva de los fines del Estado, con un apego estricto e incondicional a las normas vigentes, buscando alcanzar de manera exacta y puntual los objetivos a los cuales apunta el manejo de tales recursos.

Este Despacho, en consulta similar (gestión fiscal en los procesos de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva), mediante Concepto 110.059.2007, 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.

*Ahora, en relación con la actividad que desempeñan las contralorías en ejercicio del control fiscal y más exactamente en los procesos de responsabilidad fiscal, que son de naturaleza resarcitoria, es claro que los funcionarios encargados de llevar acabo (sic) el proceso, ejercen gestión fiscal en la medida en que la naturaleza del procedimiento lo determina y porque su actividad **al ser recaudadora de bienes o fondos públicos** debe ser realizada con eficiencia, eficacia y economía. Igualmente, es importante verificar los gastos incurridos en el trámite del proceso, su gestión, el cumplimiento de términos, la extinción de las*

obligaciones por el modo de la prescripción, además, del análisis del recaudo efectuado; empero, todo ello sin perjuicio de los derechos y garantías del inculpado.” (Negrilla fuera de texto)

Posición jurídica que se mantiene, haciéndola explícita igualmente a las actividades inherentes a la gestión de los procesos de cobro por jurisdicción coactiva, las cuales tienen un objeto netamente recaudador de dineros públicos en la medida que estos títulos ejecutivos provienen de fallos con responsabilidad fiscal (resarcitorios del detrimento patrimonial) y de multas provenientes de afectaciones a bienes jurídicos protegidos que afectan la administración pública.

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en Concepto CGR-OJ-0112-2019 radicado 2019EE0097546 del 12 de agosto de 2019 se pronunció respecto de la gestión fiscal, así:

“4.3. Gestión fiscal

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

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

Así mismo, en el mismo tema se había pronunciado en el Concepto CGR-OJ-0106-2019 radicados 2019IE0067052, 2019IE0067053 y 2019IE0067054 del 02 de agosto de 2019, en el cual hace relación a la responsabilidad fiscal del funcionario no solamente en el ejercicio de la gestión fiscal, sino también al servidor que actúe con ocasión a la gestión fiscal según lo establecido en la Sentencia C-840 de 2001 de la Corte Constitucional:

“En ese orden de ideas, habrá lugar a endilgar responsabilidad fiscal a un presunto responsable si y solo si existe una conducta por acción o por omisión en ejercicio de la gestión fiscal, es decir, por parte de un gestor fiscal, (art.3/Ley 610 de 2000), o de alguien que actuó con ocasión de la gestión fiscal (Sentencia C-840 de 2001), a título de dolo o culpa grave, generando un daño al patrimonio público, y con un nexo causal entre la conducta y el daño. Corresponde al funcionario de conocimiento determinar el grado de participación de un servidor público o de un particular en la producción del daño al erario en cada caso.”

Al respecto ya se había pronunciado dicha Entidad en Concepto CGR-OJ-0037-2018 radicado 2018IE0035259 del 21 de marzo de 2018, así:

“Así que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, el presunto responsable de un daño patrimonial al Estado pudo haber obrado en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión a ésta; por lo tanto, sí existen dos títulos de imputación de responsabilidad: i) cuando la gestión fiscal se ejerce de manera directa (concurren todos los elementos definitorios de la gestión fiscal) o ii) indirecta (aunque no estén presentes todos los atributos de la gestión fiscal, se despliegan actos que comportan una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal). En este último caso, habrá de tenerse en cuenta la interpretación condicionada que realizó la Corte Constitucional en la sentencia reseñada.

(...)

5. Conclusiones

(...)

- ✓ *La gestión fiscal presuntamente irregular puede producir un daño al patrimonio del Estado, de manera directa o indirecta. El primer caso ocurre cuando se trata de un gestor fiscal típico; el segundo caso ocurre cuando interviene un servidor público o particular que no es gestor fiscal de los recursos involucrados, pero que con ocasión de la gestión fiscal del titular de la misma contribuye a la producción del daño, mediante una relación de "conexidad próxima y necesaria".*

En principio, aunque no solamente por ello, para determinar si un funcionario es gestor fiscal, se debe revisar el manual de funciones, tal como lo determinó la entidad rectora del control fiscal en Colombia (la CGR), en el Concepto CGR-OJ-0187-2018 radicado 2018EE0151749 del 12 de diciembre de 2018, porque además, se debe evaluar la gestión o actividad adelantada respecto de los recursos públicos:

“Ahora, para determinar si un servidor público o particular que desempeña funciones públicas es gestor fiscal, basta en principio con revisar las funciones que tiene asignadas por ley o el acto que lo investió de funciones públicas, y, si ellas, tomando en cuenta la definición que trae el artículo 3° de la ley 610 de 2000, comportan el manejo de fondos y bienes del Estado, es decir, 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.”

La Contraloría General de la República, igualmente se ha pronunciado respecto a otro elemento de la gestión fiscal, cual es la facultad de manejar o administrar los bienes, manifestando al respecto en el Concepto CGR-OJ-0183-2018 radicado 2018EE0148685 del 05 de diciembre de 2018:

“Como consecuencia de lo anterior, si se estudia con detenimiento el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 se podrá advertir que el concepto de gestión fiscal se relaciona con la facultad de manejar o administrar recursos o fondos públicos. El artículo 2 de la Ley 42 de 1993 confirma esta tesis al decir que son sujetos de control fiscal, entre otros, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado.

Podemos señalar que la gestión fiscal es a la responsabilidad fiscal lo que la cualificación del sujeto activo es a la tipicidad en derecho penal: nadie puede reputarse responsable fiscalmente si no ejerce

gestión fiscal. La responsabilidad fiscal -dice el artículo 5 de la Ley 610- está integrada por una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

En consecuencia la responsabilidad fiscal sólo puede atribuirse a quien ostente la calidad de gestor fiscal en desarrollo de actividades que impliquen gestión fiscal.”

En igual aspecto, en el Concepto CGR-OJ-0033-2018 radicado 2018IE0032350 del 14 de marzo de 2018, dijo:

“Cotejando lo anterior [art 3 610], frente a la capacidad de disposición de los bienes públicos, es preciso traer a colación lo que ha expuesto la doctrina:

“La gestión fiscal, entonces, le concede al servidor público -o de manera excepcional al particular-, por vía funcional o contractual, no sólo una disponibilidad material sobre el patrimonio público, sino esencialmente una disponibilidad jurídica sobre el mismo. Es decir, la capacidad jurídica para disponer del mencionado patrimonio de manera válida y legítima, como producto del límite reglado señalado en las normas jurídicas -o en el objeto contractual, en tratándose de éste- que le otorgan la competencia estricta para ello.

De esta disponibilidad jurídica (gestión fiscal) sobre el bien jurídico (patrimonio público) deriva una posesión de garante por parte del servidor público, o particular.”

La calidad gestora se adquiere en virtud de un mandato legal, reglamentario o contractual, que exige su concreción en un acto formal, por ser una actividad reglada, mediante el cual se determinan los bienes, fondos, haberes o recursos públicos que serán objeto de administración o manejo. Estas condiciones descartan la posibilidad de que se adquiriera esa calidad de facto o por la fuerza de la costumbre.”

Finalmente, respecto de la acción “manejen” contenida en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, se tiene que ella corresponde a la conjugación en tercera persona plural del presente subjuntivo del verbo “manejar”, cuya segunda acepción según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es “Usar, utilizar, aunque no sea con las manos”; y la acción “administren” igualmente contenida en la norma mencionada, corresponde a la conjugación en tercera persona plural del presente subjuntivo del verbo “administrar”, cuya tercera acepción según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es “Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes”. De lo anterior, se obtiene que efectivamente el funcionario ejecutor, realiza dichas acciones respecto del recaudo objeto del cobro coactivo, tales como por ejemplo en la liquidación del crédito (incluyendo intereses, costas y demás), en la distribución del recaudo producto del remate de bienes, en la aplicación de los pagos (a intereses y capital), etc.

2. Del cobro coactivo

El cobro coactivo se ha entendido como un privilegio exorbitante de la administración para lograr el cumplimiento de los fines estatales, teniendo en cuenta que en él cumple la doble función: de juez y parte para el cobro forzoso de los créditos a su favor.

La Constitución Política de 1991, tanto en el numeral 5º del artículo 268 original, como en el mismo artículo y numeral modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019, le atribuye la función administrativa del cobro coactivo al Contralor General de la República, así:

“Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

(...)”

Atribución ésta que por la disposición del inciso sexto del artículo 272 superior modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 04 de 2019, es extensible a los contralores territoriales.

En desarrollo del mandato constitucional, el legislador en el capítulo IV (artículos 90 a 98) de la Ley 42 de 1993 *“Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”*, estableció el cobro de jurisdicción coactiva de los créditos fiscales remitiendo al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil.

Con la expedición de la Ley 1066 de 2006 *“Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”* se le otorga la facultad de cobro coactivo a las entidades públicas que en razón a sus funciones deban recaudar rentas o caudales públicos, para cuyos efectos deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

El Decreto 4473 de 2006 reglamentario de la Ley 1066 de 2006, dispuso la obligación para todas las entidades facultadas del cobro coactivo, la expedición del Reglamento interno del recaudo de cartera.

Así mismo, el legislador en el Título IV de la Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”* (CPACA), estableció el procedimiento para el cobro coactivo de las obligaciones a favor de las entidades públicas, estableciendo las siguientes reglas de procedimiento:

“Artículo 100.Reglas de procedimiento. Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:

- 1. Los que tengan reglas especiales se regirán por ellas.*
- 2. Los que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.*
- 3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.*

En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.”

Este Despacho en el Concepto 110.032.2014 respecto del procedimiento del cobro coactivo en las contralorías, dijo:

“Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1066 de 2006, las contralorías aplicaban en sus procesos de jurisdicción coactiva las normas especiales de la Ley 42 de 1993 y la Ley 610 de 2000, y en lo que no estaba regulado en estas normas, aplicaban subsidiariamente el código de procedimiento civil (sic) por expresa remisión que hacía el Art. 90 de la Ley 42 de 1993.

Posteriormente, la Ley 1066 de 2006 unificó el procedimiento de cobro coactivo de las entidades públicas, incluyendo a las contralorías, señalando que a partir de su entrada en vigencia se debería aplicar el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario.

(...)

De igual forma, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, dispuso el artículo 100 unas reglas de procedimiento para el cobro coactivo, estableciendo los numerales 1 y 2, que los que tengan reglas especiales se regirán por ellas, y los que no, se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.

2.1. CONFLICTO DE NORMAS EN EL TIEMPO

En principio existen dos normas especiales (Ley 42 de 1993 y Ley 610 de 2000), y una de estas normas en uno de sus artículos⁸ establecía una remisión subsidiaria al Código de Procedimiento Civil, que era para la época el procedimiento general de jurisdicción coactiva.

Luego, mediante la Ley 1066 de 2006 — ley posterior y general — se modificó el procedimiento general de jurisdicción coactiva, ordenando que a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, el procedimiento general que debían aplicar entre otras entidades, las contralorías, debería ser el Estatuto Tributario.

Así las cosas, tal como lo expuso el Consejo de Estado en su ampliación de concepto No. 1882 del 15 de diciembre de 2009, la entrada en vigencia de la Ley 1066 de 2006 no derogó las normas especiales que sobre el procedimiento de jurisdicción coactiva contienen la Ley 42 de 1993 y Ley 610 de 2000, sino que se limitó a modificar el procedimiento general.

En este orden de ideas, cuando en los procesos de jurisdicción coactiva se encuentre una contradicción entre las normas especiales — Ley 42 de 1993 y Ley 610 de 2000 — y el Estatuto Tributario, el operador jurídico deberá preferir y aplicar las normas especiales y subsidiariamente y en lo que no se oponga a las normas especiales, el Estatuto Tributario.

(...)

Así mismo, debe precisarse que en los aspectos no contemplados en el Estatuto Tributario o en las disposiciones de la Ley 42 de 1993 y 610 de 2000, relacionadas con las resoluciones ejecutoriadas que hayan impuesto impongan multas a los gestores fiscales, para su cobro deben aplicarse las reglas de procedimiento contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en defecto de este, el Código de Procedimiento Civil respecto al proceso ejecutivo singular.

3. CONCLUSIÓN.

Conforme a las consideraciones expuestas en precedencia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley

1066 de 2006, las contralorías deben aplicar en sus procesos de jurisdicción coactiva, como regla general el procedimiento del Estatuto Tributario, salvo en aquellos aspectos que estén especialmente regulados en la Ley 42 de 1993 y Ley 610 de 2000 para la ejecución de los respectivos títulos ejecutivos.

Por lo anterior, el operador jurídico cuando deba aplicar alguna norma del Estatuto Tributario deberá verificar que dicha norma no sea contraria a alguna de las normas que en materia de jurisdicción coactiva se encuentren en la Ley 42 de 1993 y la Ley 610 de 2000, cuando se trate de fallos con responsabilidad fiscal o de resoluciones ejecutoriadas que impongan multas.

Ahora bien, tratándose de aspectos no contemplados en el Estatuto Tributario o en las disposiciones de las leyes especiales mencionadas (Ley 42 de 1993 y 610 de 2000), que se relacionen con la imposición de multas, deben aplicarse las reglas de procedimiento contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en defecto de este, el Código de Procedimiento Civil respecto al proceso ejecutivo singular.”

Concepto recogido en el Concepto 110.040.2014, en el que además se dijo:

“En este orden de ideas, los procesos coactivos iniciados antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, les resulta aplicable el procedimiento contenido en la Ley 42 de 1993 y 610 de 2000, y en lo no previsto el Estatuto Tributario. Sin embargo, cuando en estos procesos se encuentre una contradicción entre estas normas, el operador jurídico deberá preferir y aplicar las normas especiales y subsidiariamente y en lo que no se oponga a las normas especiales, el Estatuto Tributario.

(...)

3. CONCLUSIÓN.

En relación con su primera inquietud es preciso señalar que el procedimiento establecido en la Ley 42 de 1993, nunca se ha dejado de aplicar por parte de las contralorías, simplemente hay que adoptar los Manuales de Cobro de Cartera conforme con las disposiciones contenidas en la parte primera del CPACA, y en defecto de este el Código de Procedimiento Civil.

Sobre su segundo interrogante, en términos generales debemos indicar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, es decir, a partir del 2 de julio de 2012, las contralorías deben aplicar en sus procesos de jurisdicción coactiva, cuando se trate de fallos con responsabilidad fiscal, una multa o una póliza de garantía derivada de procesos de dicha naturaleza, como regla especial, el procedimiento contenido en la ley 42 de 1993. Y, en lo no previsto en ella, se deberá acudir a la primera parte de la Ley 1437 de 2011 y al CPC, conforme lo dispuesto por el artículo 100 del CPACA.”

Conceptos que posteriormente fueron acogidos en los conceptos 110.021.2015, 110.029.2015 y 110.002.2017, anotándose además en este último:

“Queda claro que por voluntad del legislador, las normas especiales de cobro de la Ley 42 de 1993, están vigentes en materia del proceso de cobro coactivo, para los títulos ejecutivos derivados de la responsabilidad fiscal.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el precitado artículo 100 señala que los vacíos que se presenten en las normas especiales que regulan el proceso de jurisdicción coactiva, se llenarán acudiendo a las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, y en su defecto el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo

singular, y en consideración que el Código de Procedimiento Civil fue derogado por la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, la remisión debe entenderse a éste último.

Así, las contralorías deben aplicar en sus procesos de cobro coactivo que iniciaron a partir del 2 de julio de 2012, derivados de obligaciones fiscales contenidas en fallos de responsabilidad fiscal, multas derivadas del proceso sancionatorio fiscal o una póliza de seguros y demás garantías que se integren a fallos de responsabilidad fiscal, las disposiciones de la Ley 42 de 1993, la Ley 610 de 2000 y en los vacíos de estas, las disposiciones de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 1564 de 2012, en su orden.

En el caso de los procesos en curso, independientemente de la clase de título ejecutivo que corresponda, los cuales venían siendo tramitados con base en el procedimiento del ET, aquellos continuarán su trámite normal hasta su terminación y archivo, siguiendo la norma de tránsito legislativo y vigencia de que trata el artículo 308 inciso final de la Ley 1437 de 2011, donde se prevé que los procedimientos y actuaciones administrativas en curso a la entrada en vigencia del nuevo Código, seguirán rigiéndose y continuarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”

Con la expedición del CPACA podemos concluir que dependiendo de la naturaleza jurídica del título ejecutivo y su régimen legal, se habla de dos procesos de cobro coactivo al interior de las contralorías: i) un cobro coactivo fiscal y ii) un cobro coactivo administrativo.

- i) Cobro coactivo fiscal: se refiere al cobro de los créditos derivados del control fiscal y de los fallos con responsabilidad fiscal, de las pólizas y garantías integradas al fallo con responsabilidad fiscal y de las multas impuestas en procesos sancionatorios de tipo fiscal (artículos 92, 101 y 104 de la Ley 42 de 1993).

Las reglas para este cobro coactivo serán en su orden: las establecidas en los artículos 90 a 98 de la Ley 42 de 1993, en el proceso de jurisdicción coactiva del Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012), en la Ley 610 de 2000 y en la Parte Primera del CPACA.

Con la expedición del Decreto-Ley 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, las reglas para el cobro coactivo de estos títulos ejecutivos serán, de conformidad a lo establecido en el artículo 107, las establecidas en el Título XII de este Decreto-Ley, en los artículos 12, 56 y 58 de la Ley 610 de 2000 y en el artículo 103 de la Ley 1474 de 2011 y de manera supletoria, las establecidas en el Título IV de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el Estatuto Tributario, en la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el Código General del Proceso. Aclarando que dichas reglas serán aplicables a los créditos constituidos con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha normatividad, esto es a partir del 16 de marzo de 2020.

- ii) Cobro coactivo administrativo: se refiere al cobro de los créditos provenientes de multas

resultantes de los procesos disciplinarios, de las acreencias relacionadas en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 y demás acreencias diferentes a las del numeral anterior.

Las reglas para este cobro coactivo serán en su orden: las establecidas en los artículos 98 a 101 del CPACA, en los artículos 823 a 843 del Decreto 624 de 1989, "Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales" - ET, en la Parte Primera del CPACA, y en el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.

La Corte Constitucional en Sentencia C-919 de 2002, respecto de la constitucionalidad de algunos apartes del Decreto-Ley 267 de 2000 referentes al ejercicio de la jurisdicción coactiva en la Contraloría General de la República, dijo:

"3.1 Una de las diferencias existentes entre lo que disponía la Constitución derogada y la de 1991 en cuanto a las atribuciones del Contralor General de la República, es, precisamente, que aquella (artículo 60) no incluía la función de "ejercer la jurisdicción coactiva" respecto de quienes se hubiere establecido responsabilidad en su gestión fiscal y deducido un "alcance" a consecuencia de su gestión oficial.

Siendo ello así, surge entonces con claridad que adelantar los procesos respectivos de carácter ejecutivo para reintegrar al patrimonio público dineros de propiedad del Estado o de entidades suyas, así como, en algunos casos, las sumas en que se haya fijado el resarcimiento de perjuicios a favor del Estado, no es una actividad ajena a la Contraloría General de la República sino que, por el contrario, constituye una de las materias fundamentales de su función. No culmina la actividad de la Contraloría con el simple examen de las cuentas, ni se detiene tan sólo en la "vigilancia de la función fiscal", ni se limita a la exigencia de informes a los empleados encargados de ella, como antes acontecía. Ahora se extiende al cobro ejecutivo de las sumas de dinero que adeude el servidor o ex servidor público, e inclusive, el particular, respecto de quien se estableció la existencia de una responsabilidad fiscal a su cargo, cuando voluntariamente no se produce el pago de la acreencia a favor del fisco.

Se trata, así, de una atribución nueva que no tenía la Constitución anterior y que, en ese punto, hacía nugatoria la labor desarrollada por la Contraloría General de la República.

La nueva normatividad constitucional distingue dos procesos claramente determinados, de naturaleza y objeto diferentes.

El primero, de carácter declarativo, en el cual habrá de discutirse con la plenitud de las garantías y con respeto absoluto al derecho de contradicción, si existe o no una responsabilidad de carácter fiscal, esto es, de contenido patrimonial, a cargo de alguien "por la gestión fiscal" que desempeñaba en forma permanente o transitoria. Es este, como se advierte, un proceso de conocimiento en el cual inicialmente existe incertidumbre sobre la existencia de la obligación o su inexistencia, que, por lo mismo, constituye el objeto del debate. A tal incertidumbre se le pone fin con el fallo que para el efecto habrá de proferirse por la Contraloría General de la República.

El segundo proceso, a contrario del anterior, no es de carácter declarativo. En él no hay incertidumbre de la obligación fiscal a cargo de alguien y a favor del Estado. Al contrario, ya se sabe quién debe y cuánto como consecuencia de haber sido declarada su responsabilidad fiscal en un fallo anterior, dotado de firmeza. En este caso, si el obligado no paga ya sea de una sola vez o en la forma que se convenga para

el efecto, se parte de la existencia cierta de la acreencia a favor del Estado para procurar su recaudo. No es ya un proceso de conocimiento, sino de ejecución. Es decir, se trata de obtener de manera compulsiva el pago de la obligación o, dicho de otra manera, el objeto de este nuevo proceso es la "realización coactiva del derecho" que ya tiene definida su certeza y que por ello no está sometido a discusión."

En sintonía con lo dicho por la alta Corte, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, se pronunció en el Concepto CGR-OJ-0017-2018 radicados 2018IE0011755 y 2018IE0011755C1 del 13 de febrero de 2018

"El artículo 268 numeral 5 de la Constitución Política de 1991 elevó a canon constitucional la prerrogativa del cobro coactivo fiscal a cargo de la Contraloría General de la República, y por extensión de dichas competencias en el ámbito de su jurisdicción, a las Contralorías Territoriales conforme lo dispuesto por el artículo 272 superior. Al efecto dispone la norma en cita:

"ARTICULO 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma."

*De modo que, el enfoque dispuesto por el constituyente para el ejercicio de las facultades de que están investidas las contralorías en lo atinente al ejercicio del control fiscal, corresponde a un procedimiento continuo, inescindible e ininterrumpido cuyo inicio comprende el adelantamiento de los procesos de responsabilidad fiscal, ello sin perjuicio del inicio de procesos sancionatorios fiscales cuando quiera que se pretenda entorpecer, impedir, etc., el cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías; para -con base en dicha decisión definitiva concluyente de la responsabilidad fiscal-, proceder a recaudar el monto equivalente al daño fiscal establecido y ejercer la jurisdicción coactiva, **entendida ésta última como la etapa final en donde se concreta y perfecciona satisfactoriamente el modelo de control fiscal, en cuanto es resarcido plena y efectivamente el patrimonio público.***

(...)

4. Conclusiones.

Conforme lo expuesto, se concluye que:

1. De acuerdo con la Constitución y de lo expuesto en la sentencia de constitucionalidad C-919 de 2002 de imperativo cumplimiento, el control fiscal se desarrolla en dos momentos diferenciados, uno de conocimiento donde se establece la responsabilidad fiscal, y otro ejecutivo, correspondiente al cobro coactivo fiscal.

2. Ejercer la jurisdicción coactiva vinculada a los procesos de responsabilidad fiscal es una obligación constitucional y una función fundamental propia -se insiste no ajena-, de la CGR, con miras a la efectividad del fin resarcitorio de la función pública adelantada, y no una liberalidad o potestad de la cual puede disponerse al arbitrio del operador fiscal investido de la prerrogativa del cobro.

(...)

5. El ejercicio de la prerrogativa constitucional y legal de la jurisdicción coactiva fiscal de titularidad privativa y excluyente de la CGR, no puede confundirse con la prohibición del ejercicio de coadministración, precisamente porque es una función fundamental, no ajena al órgano superior de fiscalización. Por el contrario, cualquier medida tendiente a la limitación, suspensión o entorpecimiento

de dicha facultad imperativa constitucional, puede tipificar una conducta sancionable a través de la facultad sancionatoria estatuida en el artículo 101 de la Ley 42 de 1.993 (...)"

Lo cual es ratificado por dicha oficina en Concepto CGR-OJ-0141-2018 radicado 2018IE0072938 del 25 de septiembre de 2018, donde además concluye:

"5. Conclusiones:

5.1. Conforme lo dispone el artículo 455 del Código General del Proceso -CGP-, saneadas las irregularidades que puedan afectar la validez del remate si no son alegadas antes de la adjudicación del mismo y cumplidos los deberes del inciso 1° del artículo 453 del CGP, corresponde al funcionario ejecutor, aprobar el remate dentro de los cinco (5) días siguientes, mediante auto en el que dispondrá las medidas indicadas en el citado artículo 455 del CGP, orientadas a realizar la entrega jurídica y material del bien libre de gravámenes al rematante.

5.2. De acuerdo con el numeral 7° del artículo 455 del Código General del Proceso, concordante con los artículos 839-1 del Estatuto Tributario y 471 del Código General del Proceso, los remanentes deben entregarse a órdenes de la autoridad judicial o ejecutora que los solicite, o al ejecutado si no estuviere embargado. Situación para la cual debe tenerse en cuenta que si del respectivo certificado de la oficina donde se encuentren registrados los bienes, resulta que los bienes embargados están gravados con prenda o hipoteca, el funcionario ejecutor hará saber al acreedor la existencia del proceso de cobro coactivo, mediante notificación personal, para que pueda hacer valer su crédito ante juez competente."

Respecto al fin de cobro coactivo, el Concepto CGR-OJ-0080-2019 radicado 2019EE0069667 del 11 de junio de 2019, manifestó:

"Con todo, dado que la posibilidad de celebrar un acuerdo de pago en arreglo con el artículo 96 de la Ley 42 de 1993, no comporta un imperativo para la administración, ni un derecho propio de quien fue declarado responsable fiscal, siendo si el resarcimiento patrimonial del Estado el fin último de la facultad de jurisdicción coactiva, que fue otorgada por el constituyente a través del numeral 5° del artículo 268 de la Constitución Política, se tiene que las actuaciones de los funcionarios ejecutores deben, en este punto, analizar la necesidad y conveniencia de tales acuerdos de pago, en tanto les compete lograr con eficacia y eficiencia el resarcimiento perseguido a través de la facultad de cobro coactivo que les ha sido confiada, viéndose en ello subordinados al cumplimiento de los principios públicos de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, desarrollados por el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011." (Negrilla fuera de texto)

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, respecto del daño fiscal en los procesos coactivos se refirió en el Concepto CGR-OJ-0004-2018, así:

"De otro lado, respecto de la responsabilidad fiscal que se pueda originar por esos hechos [remisibilidad], el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo define el principio de economía, como aquel según el cual se deben desarrollar las actuaciones administrativas, con la menor cantidad de gastos, indicando claramente que los servidores públicos están en el deber de ahorrar, cuando están en juego recursos públicos.

"Artículo 3, numeral 12: "En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas."

A su vez el artículo 8° de la Ley 42 de 1993, define los fundamentos de la vigilancia de la gestión fiscal del Estado, sobre la base de la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permitan determinar en la administración en un periodo, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados.

Entonces, cobrar un crédito cuyos gastos representan más valor que la suma a recuperar podría ser una gestión antieconómica, tal como lo expresa el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 y la jurisprudencia referida, no obstante es importante resaltar que para que se produzca responsabilidad fiscal por detrimento patrimonial al Estado deben confluir los tres elementos de aquella, a saber: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta.

Cabe recordar que la responsabilidad fiscal tiene carácter resarcitorio, su único fin consiste en reparar el patrimonio público que ha sido menguado por servidores públicos o particulares que realizaron una gestión fiscal irregular, dicho de otra forma, su finalidad es meramente indemnizatoria. Esto la distingue de las responsabilidades penal y disciplinaria: se trata de una responsabilidad que no tiene carácter sancionatorio. La responsabilidad fiscal no pretende castigar a quienes han causado un daño patrimonial al Estado sino que busca resarcir o reparar dicho daño.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 209 del Ordenamiento Constitucional, "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad,..."

No cabe duda, entonces, de la finalidad pública y social de la función administrativa y de su incontestable sometimiento al principio de economía, razón por la que, también desde esta óptica, podría hablarse en la situación expuesta, de la existencia de un daño fiscal."

Respecto a su consulta, este Despacho con la normatividad, jurisprudencia y conceptos de este Despacho relacionados anteriormente, responde así:

"... solicitamos conceptuar en aras de un mejor proveer, si un operador de jurisdicción coactiva es gestor fiscal..."

Respuesta: Los funcionarios ejecutores cumplen una función pública a través del ejercicio de la jurisdicción coactiva, cuyo fin es el recaudo de las obligaciones dinerarias a favor del erario público y en los títulos provenientes de la responsabilidad fiscal, el resarcimiento pleno y efectivo del patrimonio público objeto del detrimento.

El recaudo de dineros públicos se encuentra dentro de las acciones propias de actividades económicas y jurídicas de la gestión fiscal según el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, el cual debe llevarse a cabo con eficacia y eficiencia para lograr el resarcimiento perseguido a través de la facultad de cobro coactivo que les ha sido confiada.

Es así que dentro de las actividades propias de la ejecución del crédito o título cobrado, están entre otras, la liquidación del mismo, el cobro de los correspondientes intereses, la aplicación a intereses y capital de los pagos efectuados, en los que se puede presentar detrimento al patrimonio público; igual puede suceder con la actividad de embargo, secuestro y remate de bienes.

No obstante lo anterior, es al operador de responsabilidad fiscal, establecer de conformidad con la ley, la jurisprudencia y demás fuentes del derecho, si la actividad puntual irregular del ejecutor encontrada, comporta o no gestión fiscal.

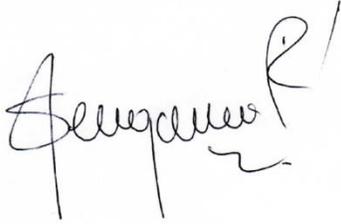
En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que mediante Resolución Reglamentaria No. 003 del 16 de marzo de 2020, la señora Auditora General de la República, a fin de contribuir a evitar la propagación del virus Covid-19 y en atención a las medidas preventivas extraordinarias y temporales adoptadas por las autoridades nacionales y locales, determinó la suspensión de los términos en todas las actuaciones administrativas a cargo de la AGR (dentro de las cuales se encuentran las solicitudes de conceptos por parte de los ciudadanos), a partir del 17 y hasta el 27 de marzo de 2020 y mediante Resolución Reglamentaria No. 004 del 24 de marzo de 2020, determinó la prórroga de esta suspensión de términos, desde el 28 de marzo de 2020 y hasta el 13 de abril de 2020.

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.

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

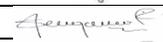
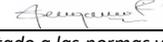
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@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, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 924462db, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		20/03/2020
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		31/03/2020
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		31/03/2020

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.