

CONTROL Y RESPONSABILIDAD FISCAL

CUADERNILLOS 2

RESPONSABILIDAD FISCAL CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS



ASCONTROL

ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES
DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
1. RESPONSABILIDAD FISCAL CARACTERÍSTICAS	7
1.1 RESARCITORIA	7
1.2 PATRIMONIAL	8
1.3 ADMINISTRATIVA	8
1.4 INDEPENDIENTE Y AUTÓNOMA	9
1.5 PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO	11
2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL	13
2.1 PRIMER ELEMENTO. UNA CONDUCTA DOLOSA O CULPOSA ATRIBUIBLE A UNA PERSONA QUE REALIZA GESTIÓN FISCAL	13
2.1.1 GESTIÓN FISCAL	14
2.1.1.1 PRINCIPIOS	15
2.1.1.2 ¿QUIÉNES SON GESTORES FISCALES?	20
2.1.1.3. EJEMPLOS DE GESTIÓN FISCAL	21
2.1.2 LA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA	28
2.2 SEGUNDO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL	31
2.2.1 DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO	32
2.2.1.1 CARACTERÍSTICAS	34
2.2.1.2 DAÑO MATERIAL	34
2.2.1.3 INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS	36
2.2.1.4 CONTRIBUCIÓN EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO	36
2.2.1.5 DAÑO POR PÉRDIDA O DETERIORO DE BIENES	41
2.3 TERCER ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL	42
2.3.1 NEXO CAUSAL	42

1

RESPONSABILIDAD FISCAL CARACTERÍSTICAS

En el *Cuadernillo No. 1*, concluimos nuestra exposición de apuntes, abordando el tema del “objeto de la responsabilidad fiscal”.

No obstante, retomando el tema señalaremos lo más destacado de esta condición, y describiremos las restantes características.

1.1 RESARCITORIA

Si bien se tiene un régimen especial normativo, ha sido la honorable Corte Constitucional quien a través de sus decisiones relacionadas con la exequibidad de esas normas, ha fortalecido el entendimiento y la interpretación de las mismas, especificando de forma diáfana la forma como ha de entenderse las normas especiales que han sido objeto de su estudio.

Allí, señalamos que de conformidad con el art. 4 de la Ley 610 de 2000, el objeto de la responsabilidad fiscal es el **resarcimiento** del daño ocasionado al patrimonio público, cuando el mismo se ha producido en ejercicio de la gestión fiscal y por ello se destaca que la actuación generada para establecer la responsabilidad fiscal no es sancionatoria, sino resarcitoria.

El resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público en la gestión fiscal corresponde al pago de una suma líquida de dinero que compense el perjuicio sufrido por el patrimonio público.

Buscar recuperar el valor del daño generado al patrimonio del Estado. Por ello su connotación de resarcitoria.

1.2 PATRIMONIAL

En Sentencia C-619-02¹, la Corte Constitucional señaló que la responsabilidad fiscal es igualmente Patrimonial, dijo:

Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Efectivamente como se señaló previamente al referirse a su condición de resarcitoria de la responsabilidad fiscal, el art. 4 de la Ley 610 de 2000, dispone que su objeto es el **resarcimiento** del daño ocasionado al patrimonio público, cuando se ha generado un daño en ejercicio de la gestión fiscal.

En Sentencia C-340-07², se refiere a la naturaleza patrimonial del daño relacionado con la gestión fiscal y que genera responsabilidad, indicando que:

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial...

El resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público generados dentro de la gestión fiscal equivale al pago de una suma líquida de dinero que equivalga al perjuicio sufrido por el patrimonio público, por ello se afirma que es patrimonial.

1.3 ADMINISTRATIVA

En la misma precitada Sentencia C-619-02³, evaluando las consecuencias del proceso de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional señaló que la responsabilidad fiscal es administrativa, consagró:

1 Sentencia C-619-02, Ms.Ps. Dr. Jaime Córdoba Triviño y Dr. Rodrigo Escobar Gil.

2 Sentencia C-340-07, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

3 Sentencia C-619-02, M.P.

b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

En Sentencia C-340-07⁴, la Corte Constitucional, al abordar el estudio del proceso de responsabilidad fiscal, reitera:

b. La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de quienes están a cargo de la gestión fiscal...

Es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de bienes y recursos públicos a cargo de funcionarios públicos o particulares.

1.4 INDEPENDIENTE Y AUTÓNOMA

Dentro de sus normas especiales, como lo es la Ley 610 de 2000, se consagra que la responsabilidad fiscal es independiente de cualquier otra clase de responsabilidad.

Efectivamente el parágrafo 1, del artículo 4 de la Ley 610 de 2000⁵ indica que: *“La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”*.

Esto quiere indicar que un hecho en ejercicio de gestión fiscal, bien puede dar lugar a otras responsabilidades, como sería la responsabilidad penal y/o disciplinaria.

En Sentencia Su-620-96⁶, la Honorable Corte Constitucional, haciendo referencia a sus características, nos enseñó:

4 Sentencia C-340-07, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Parágrafo 1 Art. 4 Ley 610 de 2000.

6 Sentencia Su-620-96, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

c) (...) Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94 3[3].

Compartimos decisión del Consejo de Estado⁷, al resolver acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de un PRE, entidad afectada: Industria de Licores del Valle, cuando se plantea por los demandantes que la Fiscalía General de la Nación, archivó la actuación penal por el mismo caso, y el Tribunal Judicial del Valle desestimó la solicitud, incluso se abstuvo de evaluar dicha decisión, todo por la independencia y autonomía de las acciones. El Consejo de Estado confirmó la postura del Tribunal al ratificar el fallo de instancia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, consejera ponente: Nubia Margoth Peña Garzón, Bogotá D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00534-01, Demandado: Contraloría General de la República.

Hecho sobreviniente – Decisión de la Fiscalía que dispuso el archivo del proceso penal por atipicidad de la conducta.

Al respecto, el Tribunal manifestó que acogía la posición del Consejo de Estado relacionada con la independencia y autonomía predicable de la responsabilidad fiscal respecto de la penal, relevándose del estudio de la petición realizada por la parte demandante referente a que fuera tenida como prueba sobreviniente la decisión proferida por la Fiscalía General de la Nación el 1° de diciembre de 2015, en el sentido anotado en el epígrafe.

Queda clara la autonomía de la responsabilidad fiscal y por ende de la acción fiscal, en relación con la Penal, reconocida por el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa administrativa. Como puede apreciarse, el Tribu-

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, Consejera ponente: Nubia Margoth Peña Garzón, Bogotá D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00534-01.

nal ni siquiera evaluó la solicitud planteada, así la Fiscalía haya dispuesto el archivo de su asunto.

1.5 PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Uno de los propósitos de la responsabilidad fiscal, es la protección del patrimonio económico del Estado, es decir el patrimonio público, como bien se reseña en la Sentencia de la Corte Constitucional C-340 de 2007⁸, dentro de la cual se valoró lo consagrado en el art. 6 de la Ley 610 de 2000, que contiene la descripción del elemento del Daño, dentro de la responsabilidad fiscal, cuando se señala:

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte⁹, la responsabilidad fiscal tiene como principio o razón jurídica la protección del patrimonio económico del Estado; su finalidad no es sancionatoria, puesto que no se orienta a reprimir una conducta reprochable, sino eminentemente reparatoria, dado que pretende garantizar el patrimonio público frente al daño causado por la gestión fiscal irregular.

Y más adelante en la misma sentencia se expone:

4.1. (...) a. (...) De acuerdo con la norma que se estudia, para que exista responsabilidad fiscal debe haber una “lesión del patrimonio público”, sin la cual no existe daño patrimonial al Estado. El legislador utiliza el concepto jurídico de “lesión” para precisar el concepto general de “daño” lo cual implica que debe tratarse de un daño antijurídico.

A renglón seguido, la norma señala cual es el objeto sobre el que recae la lesión y expresa que éste puede ser los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado...

4.2. (...) Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de va-

⁸ Sentencia C-340-19, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹ Sentencia C-340-19, M.P. Rodrigo Escobar Gil., 15 Cfr. Sentencia C-619 de 2002.

valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público.

4.4. (...) Los bienes o los recursos dejan de ser útiles, esa pérdida de utilidad es un detrimento patrimonial susceptible de generar responsabilidad fiscal.

El alcance de la denominación patrimonio público, hace referencia a:

- Los bienes, con titularidad pública que bien recae en la nación, las entidades territoriales, personas jurídicas estatales.
- Los recursos, respecto de los cuales se valorará su origen y destino.
- Los intereses patrimoniales del Estado, que como bien se reseñó previamente refieren a recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública.

2

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

El artículo 5 de la Ley 610 de 2000¹⁰, señala como elementos integrantes de la responsabilidad fiscal:

Artículo 5°. 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.

Efectivamente deberán concurrir estos tres elementos para poder declarar responsable fiscal a una persona en el manejo y administración de los recursos o bienes del Estado.

Sino concurren los tres elementos precitados, no podrá declararse responsable fiscal a ninguna persona. O si existiendo un daño, no concurre gestión fiscal la responsabilidad será otra.

2.1 PRIMER ELEMENTO.

**Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona
que realiza gestión fiscal**

Al abordar el primer elemento consagrado en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, efectivamente se circunscribe a dos conceptos básicos a tener en cuenta: *Culpabilidad y Gestión Fiscal*.

¹⁰ Ley 610 de 15 de agosto de 2000, Art. 5.

La responsabilidad fiscal, emana de actos de Gestión Fiscal, de tal forma que si el daño al patrimonio público, se desarrolla por fuera de dicha actividad, se estaría en presencia de una simple responsabilidad patrimonial, pero no de carácter fiscal.

2.1.1 GESTIÓN FISCAL

El artículo 3 de la Ley 610 de 2000¹¹, define lo que debe entenderse por Gestión Fiscal:

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.

En Sentencia C-840-01¹², la Corte en relación con la Gestión Fiscal nos dice:

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.

La gestión fiscal, no refiere solamente a los ordenadores del gasto, tesoreros, almacenistas, sino a todos los servidores públicos o particulares que

¹¹ Ley 610 de 15 de agosto de 2000, Art. 3.

¹² Sentencia C-840-01, M:P. Jaime Araujo Rentería.

ejerzan actuaciones, como las que se señalan en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, y de paso es el elemento fundamental para establecer la responsabilidad fiscal, como se reseña en la Sentencia C-840-01 de la Corte Constitucional.¹³

3. (...) 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.

Como la misma norma previamente citada lo consagra, el propósito o finalidad de una persona que desarrolla gestión fiscal, es el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, como se consagra en el art. 2 de la Constitución Política.

2.1.1.1 PRINCIPIOS

Los principios que ha establecido la ley 610 de 2000, en el artículo 3 al cual deben sujetarse los actos de gestión fiscal, cuando los mismos no se cumplen conllevan como consecuencia la generación de un daño al patrimonio del Estado.

A continuación, destacamos la definición de los principios que se consignan en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, y a los cuales debe ceñirse la gestión fiscal.

Principio de Legalidad. Determina que todas las actuaciones de quien ejerce un poder público, deben realizarse bajo el imperio de la Constitución Política y la Ley. Emana de los artículos 6, 29 y 122 de la Constitución e implica que los servidores públicos solo pueden hacer lo prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en el ordenamiento jurídico.

El Decreto 403 de 16 de marzo de 2020¹⁴, en su artículo 3, describe los principios de eficiencia, eficacia, equidad, economía y valoración de costos ambientales, así:

¹³ Sentencia C-840-01, M:P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁴ Decreto 403 de 2020, Art. 3.

Artículo 3. Principios de la vigilancia y el control fiscal. La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:

- a) Eficiencia: En virtud de este principio, se debe buscar la máxima racionalidad en la relación costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores.
- b) Eficacia: En virtud de este principio, los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos.
- c) Equidad: En virtud de este principio, la vigilancia fiscal debe propender por medir el impacto redistributivo que tiene la gestión fiscal, tanto para los receptores del bien o servicio público considerados de manera individual, colectivo, o por sector económico o social, como para las entidades o sectores que asumen su costo.
- d) Economía: En virtud de este principio, la gestión fiscal debe realizarse con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados.
- h) Valoración de costos ambientales: En virtud de este principio el ejercicio de la gestión fiscal debe considerar y garantizar la cuantificación e internalización del costo-beneficio ambiental.

Por su parte en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA¹⁵, en su Art. 3 en relación con los principios consagra:

Artículo 3. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.(...).

3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores

¹⁵ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

➤ de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

(...)

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

(...)

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

El propósito siempre de una buena gestión fiscal, que cumpla con sus principios, lo que busca es alcanzar y desarrollar los cometidos estatales.

En apuntes de Conferencia-Clase del Dr. José Antonio Molina, Exmagistrado Auxiliar de la Corte Constitucional, en la CGR, año 2003¹⁶, al referirse a la Gestión Fiscal, nos indica:

iii) De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, Administrar significa: Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan. Dirigir una Institución, Ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes” El mismo Diccionario define la palabra manejar, así: “Gobernar, dirigir”.

16 Apuntes de Conferencia Responsabilidad Fiscal, Dr. Jose Anonio Molina, Exmagistrado Auxiliar, Corte Constitucional.

Así las cosas, en sentido estricto solo administra o gestiona la persona que tiene competencia o capacidad para gobernar, dirigir, organizar, ordenar, disponer comprometer, gravar, adquirir, o enajenar determinados bienes, derechos, rentas, recursos fondos e intereses estatales. Solo administra o gestiona quien tiene competencia o capacidad jurídica para incidir con sus decisiones sobre la adecuada y correcta planeación, adquisición, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos; así como en lo tocante a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas.

La calidad de gestor fiscal se tiene dentro de una dimensión positiva, no negativa. Es decir, la competencia o capacidad para realizar gestión fiscal debe mirarse con referencia a un título habilitante, ... El título habilitante para desempeñar gestión fiscal puede hallarse inmerso en actos como el de posesión de un empleado público llamado a realizar gestión fiscal, en el de adscripción de funciones de gestión fiscal, en el contrato que celebra un trabajador oficial y que lleva anexas facultades de gestión fiscal, y en general en todos aquellos actos que de manera directa, expresa e inequívoca le confieran facultades y atribuciones a determinados servidor público para realizar gestión fiscal.(...).

1.1.2 (...) El contratista es gestor fiscal en tanto goce de un título-contrato estatal-referido a la administración o manejo de unos fondos o bienes estatales... y sobre los cuales pueda tener acceso efectivo.

1.1.3 (...) Un comisionista de bolsa que contrata sus servicios con una entidad estatal podría ser gestor fiscal? Desde luego que sí, veamos cómo y por qué. (...).

De suerte tal que, tanto el contrato estatal faculte al comisionista de bolsa para vender o comprar acciones u otros efectos bursátiles, en nombre propio, pero por cuenta de una entidad pública y con referencia a su presupuesto y patrimonio, dicho comisionista será un auténtico gestor fiscal, dadas las atribuciones que el contrato estatal le confiere para administrar y disponer en relación con unos fondos o bienes estatales.

¿Un abogado contratado por una entidad estatal para cobrar cartera morosa, estaría ejerciendo gestión fiscal? Depende de las condiciones del contrato.

En efecto, si en virtud del contrato estatal el abogado estuviese autorizado para hacer descuentos o conceder algunas facilidades de pago que en el fondo impliquen disposición o manejo sobre los dineros a cobrar, dicho abogado tendría la condición de gestor fiscal.

En caso contrario, esto es cuando en virtud del contrato el abogado estuviere limitado a realizar una gestión persuasiva y ejecutiva de cobro sin ninguna opción de disposición o manejo sobre los dineros a recaudar, no tendría la facultad de gestor fiscal.

El Dr. Uriel Alberto Amaya, en su libro *Teoría de la Responsabilidad Fiscal*¹⁷ en relación con el tema, nos enseña:

B. El concepto jurídico de la gestión fiscal.

(La gestión fiscal como tipicidad administrativa).

La gestión fiscal, además de ser un concepto técnico y de administración de empresas, es el elemento que le otorga tipicidad administrativa al propio régimen de responsabilidad fiscal pues, como se ha visto, el límite de la competencia constitucional de las contralorías para deducirla es justamente ese: "*establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal*" (art. 268.5 C.N.; cursiva fuera de texto).

La gestión fiscal, entonces, le concede al servidor público -o de manera excepcional al particular-, por *vía funcional o contractual*, no solo una disponibilidad material sobre el patrimonio público, sino esencialmente una disponibilidad jurídica sobre el mismo. Es decir, la capacidad jurídica de 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.

¹⁷ *Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Aspectos sustanciales y Procesales*, Universidad Externado de Colombia, página 171; 9. Según la aguda expresión de la Corte Constitucional, en Sentencia C-840 de 2001.

ASCONTROL

De esta disponibilidad jurídica (gestión fiscal) sobre el bien jurídico (patrimonio público) se deriva una posición de garante del servidor público o particular.

Entonces debemos indicar que será siempre la Gestión Fiscal el elemento vinculante, necesario para poder determinar y establecer la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y particulares.

Si nos preguntamos quienes son los servidores públicos, el artículo 123 de la C.P., nos da la respuesta indicando:

Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

2.1.1.2 ¿QUIÉNES SON GESTORES FISCALES?

Como lo indicamos previamente, son Gestores fiscales, aquellas personas naturales como jurídicas que realicen las actuaciones reseñadas en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, cuando se define en dicha norma lo que es la gestión fiscal. La Sentencia C-840-01¹⁸, al referirse a la Gestión Fiscal señala:

3. (...) 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, al tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

18 Sentencia C-840-01, M:P. Jaime Araujo Rentería.

✂
→ Y más adelante nos precisa igualmente la sentencia referida, en relación con el objeto del control fiscal y refiriéndose al ámbito de la Gestión fiscal, que:

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[6], siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.

Entonces será siempre necesario la concurrencia de esa gestión fiscal, lo cual a su vez genera la tipicidad de la infracción como bien lo señala la Corte en Sentencia C-840 de 2001, a efecto de definir o establecer responsabilidad fiscal.

2.1.1.3. EJEMPLOS DE GESTIÓN FISCAL

Actuación Contractual. Un acto de gestión fiscal por excelencia, es la actuación contractual que desarrollan las diferentes entidades del Estado, dentro de la cual podemos destacar como objetos de la misma, **la adquisición de bienes, la construcción de obras o la provisión de servicios** como: contratos de obra, contratos de suministro, contratos de compraventa, contratos de prestación de servicios, contrato de Interventoría, etc. etc.

- **Anticipo entregado a un contratista para ejecutar obra.**
- **Pago de prestaciones laborales y sociales.**
- **Pago de multas.** Pueden concurrir dos situaciones:
 - a) Cuando los hechos que originan las mismas, son actos de gestión fiscal. Ej: No rendir un informe de gestión de recursos ante la CGR, o no presentar un informe ante la DIAN, en cuyo caso, el hecho generador de la multa es un acto de gestión fiscal, y el cual se complementa con la erogación de esa multa que igualmente es un acto de gestión fiscal, por disponer de recursos para su pago.
 - b) Cuando el hecho generador de la multa, NO es acto de gestión fiscal, el pago de esa multa no es susceptible de responsabilidad fiscal.

En relación con este tema, en el documento denominado: *Cartilla para el fortalecimiento de hallazgos con incidencia fiscal-2023*¹⁹, emitido por la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro coactivo, de la Contraloría General de la República, año 2023, el mismo que es de orientación al interior de la entidad, específicamente se indica:

Multas impuestas por hechos que no comportan gestión fiscal

Se debe verificar que el hecho que originó la multa tenga su origen en el desarrollo de gestión fiscal, porque no obstante que la entidad efectúe pagos por este concepto, no todos originan procesos de responsabilidad fiscal. Se pueden citar como ejemplos:

La multa impuesta por no dar respuesta a un derecho de petición o por no contestarlo oportunamente; en este caso, la situación fáctica generadora de la multa NO es acto de gestión fiscal.

La multa impuesta por la Secretaría Distrital de Salud, a un Hospital por una negligencia hospitalaria ante una mala atención de un paciente. La indebida atención de un paciente, en este, como en el anterior ejemplo, no hay acto de gestión fiscal.

En una interpretación armónica con el Concepto del Consejo de Estado²⁰, como los actos que constituyen el hecho que origina la multa, no se circunscriben a situaciones de gestión fiscal, no pueden ser objeto de acción fiscal, independientemente del pago de la misma.

En consecuencia, en los dos ejemplos precedentes, no se puede vincular al proceso a quienes originaron los hechos por no haber relación alguna con la gestión fiscal antes de su pago.

Como estos dos casos, se presentan muchas situaciones que merecen evaluarse detenidamente, especialmente si el gasto injustificado que

19 *Cartilla para el fortalecimiento de hallazgos con incidencia fiscal-2023*, Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo, 2023, Contraloría General de la República.página 23 .

20 Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de quince (15) de noviembre de dos mil siete (2007), Radicación No.: 11001-03- 06-000-2007-00077-00(1852): "En el caso concreto [...] hay que determinar si se produjeron por la conducta dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna o por una omisión imputable a un gestor fiscal".

se origina es un incumplimiento de las funciones de gestor fiscal.
No toda multa es generadora de acción fiscal

Lo anterior implica, que una cosa es el hecho generador del daño realizado en ejercicio de gestión fiscal, y otra el daño en sí mismo.

Pago de una sentencia judicial. Cuando por orden judicial en virtud de restablecimiento del derecho, se dispone el reintegro de una persona y se ordena el pago de sus salarios y prestaciones. Dicho pago en sí, es un acto de gestión fiscal, pero por ser orden de un Juez, no es objeto de acción fiscal que pueda generar responsabilidad fiscal. Un Juez no es gestor fiscal. Igualmente, si dicho pago proviene de cualquier otra acción judicial.

En caso de reconocimiento de intereses moratorios, en el pago de la sentencia, habría lugar a establecer responsabilidad fiscal, por el valor de los mismos, cuando no se encuentre justificada la tardanza.

En Sentencia C-438-2022²¹, en relación con los particulares que desarrollan gestión fiscal, se citan como ejemplos:

1. (...) son gestores fiscales y por lo tanto sujetos de control fiscal, entre otros, los siguientes particulares: (i) las Cámaras de Comercio,...²² (ii) las Cajas de Compensación Familiar,...;²³ (iii) las empresas prestadoras de servicios públicos,...;²⁴ (iv) las entidades promotoras de salud, con motivo del recaudo de los recursos públicos en la modalidad de contribuciones; (v) las entidades gremiales que reciben y administran recursos públicos de carácter tributario en la modalidad de contribuciones parafiscales...; (vi) los contratistas...;²⁵ (vii) los agentes retenedores de un tributo conforme a la ley²⁶ (v.gr. IVA, renta o timbre²⁷).

21 Sentencia C-438-22 M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

22 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995.

23 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-508 de 1997 y C-655 de 2003.

24 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007.

25 Cfr. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 85001-23-33-000-2015-00332-01 del 07 de mayo de 2020.

26 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-883 de 2011.

27 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1714 de 2000.

El Dr. Uriel A. Amaya²⁸, nos precisa algunos ejemplos en los cuales no concurre la gestión fiscal, él dice que:

Pero no todas esas actuaciones constituyen gestión fiscal, ya que ésta última alude al deber de protección especial sobre los bienes o fondos públicos derivados de la relación funcional o contractual, excepcionalmente

Por tal razón existe un sin número de actuaciones simplemente administrativas que no comportan actos propios de gestión fiscal: un servidor público de una entidad que se apropia de un bien de la misma, sobre el cual no tiene ninguna disponibilidad jurídica (aunque si material: por laborar, v.gr. en el mismo edificio en donde se encuentra el bien); o del servidor que se alza con los recursos de tesorería sin ser funcionario de esa área, sino de una distinta; o del particular que por imprudencia colisiona un vehículo oficial.

Igualmente, en la Sentencia C-840 -01²⁹, también nos indica una serie de ejemplos en los cuales no concurre la responsabilidad fiscal, a pesar de haberse generado un daño al patrimonio del Estado. Se dice:

Así por ejemplo, el daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribamiento culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo patente además que, para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal.

28 *Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Aspectos sustanciales y Procesales*, Uriel A. Amaya, Universidad Externado de Colombia. 2003. Pag. 172.

29 Sentencia C-840-01, M:P Jaime Araujo Rentería.

Por lo anterior cuando no se tiene el poder jurídico para manejar o administrar los fondos y/o bienes del Estado, es decir cuando no se ejerce gestión fiscal, y se genera un daño, será otro el tipo de responsabilidad, y no la fiscal.

Conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal

Continuando con el panorama, dentro del cual se desenvuelve la *gestión fiscal*, debemos precisar que el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, que define lo que es el proceso de responsabilidad fiscal, nos dice que el daño que genera responsabilidad fiscal es el que se origina “*en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta*”.

Existen situaciones o casos en los cuales, sin ser gestor fiscal “directo”, hay sujetos a quienes se puede responsabilizar fiscalmente, debido a la *conexidad próxima y necesaria* de sus actuaciones con la Gestión fiscal. Es decir, su vínculo que genera responsabilidad se da por su proximidad con la Gestión Fiscal, tal como se sostiene en la Sentencia C-840-01³⁰.

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.

Traemos a comentario, dos ejemplos de actos en los cuales la Contraloría General de la República, decide sobre la responsabilidad fiscal dentro de una actuación, respecto de personas cuyo nexo se da con ocasión de la misma gestión fiscal por conexidad próxima y necesaria.

30 Sentencia C-840-01, M:P. Jaime Araujo Rentería.

ASCONTROL

Auto: Auto sala fiscal y sancionatoria número: ORD-801119- 030
-2022 Contraloría, fecha: 3 de marzo de 2022- PRF-2018-00541_
UCC-PRF-013-2018

Conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal. Con ocasión de la gestión fiscal. En estas dos decisiones judiciales tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado coinciden en la misma tesis respecto a la conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal, es decir, no se requiere ser gestor fiscal directo cuando la actividad se relacione con ocasión de esta, como ocurre en el caso de los revisores fiscales que tienen la obligación de revisar el cumplimiento de las obligaciones legales de los gestores fiscales como se aprecia en la facturación de Electricaribe S.A. E.S.P.

Auto no. URF2-0193 del 25 de febrero de 2021 por medio del cual se resuelve un grado de consulta y los recursos de apelación
PRF-2015-01173

De esta manera, como lo indica la Gerencia Departamental Colegiada, se puede concluir que los miembros del CIARP, actuaron con ocasión de la gestión fiscal, al reconocer puntos salariales, contrariando las reglas señaladas en el Decreto 1279 de 2002 y el Acuerdo No. 014 del 27 de mayo de 2011.

Dicho reconocimiento y asignación de puntos salariales en las actas anteriormente referidas, tuvo como consecuencia que se erogaran recursos públicos contrariando dichas reglas. Es por ello que, a la luz de la Sentencia C- 840 de 2001, sus actos comportan una relación de conexidad próxima y necesaria para el reconocimiento de la asignación salarial, a favor de los docentes correspondientes, en tanto que dicho reconocimiento, tuvo como sustento la asignación de puntos salariales en las referidas actas del CIARP. En otras palabras, de no haber sido por la asignación de puntos salariales, no se hubiera presentado una erogación de recursos del Estado en contravención del Decreto 1279 de 2002 y el Acuerdo No. 014 del 27 de mayo de 2011.

El Dr. Omar Velásquez Fragua, en su obra, *Control Fiscal 1.000 Preguntas y sus Respuestas*, Editorial Gente Nueva, agosto 2023³¹, nos trae algunos ejemplos, sobre el daño generado con ocasión de la gestión fiscal, y que trae como consecuencia ser responsable fiscal, el señala:

309. ¿Que significa que el daño fiscal se pueda generar con ocasión de la gestión fiscal?

Significa que el daño fiscal se puede producir también como resultado de la gestión de quienes por acción u omisión participan transitoriamente u ocasionalmente en la toma de decisiones que comprometen recursos o bienes del erario.

310. Ejemplos del daño fiscal generado por ocasión de la gestión fiscal.

(...)

El tesorero de un municipio que paga una factura por un valor superior al debido.

El servidor público que, a pesar de tener la obligación de asegurar los bienes del Estado, no lo hace y a la postre el bien se pierde.

El funcionario designado mediante acto administrativo para realizar la vigilancia de un contrato, que no cumple con la función de hacer seguimiento adecuado en los términos contractuales y legales.

El almacenista que por su negligencia de manejar adecuadamente sustancias inflamables permita que ocurra un incendio que ocasione la pérdida de bienes del Estado.

Relacionamos sentencias de la Corte Constitucional, las cuales hacen referencia a el tema de la gestión fiscal, que igualmente pueden ser consultadas: C-840-01, C-712-02, C-832-02, C-655-03, C-1176-04, C-712-02, C-1176-04, C-438-22.

31 *Control Fiscal, 1.000 Preguntas y sus Respuestas*, Omar Velásquez Fragua, agosto 2023, Editorial Gente Nueva, pag. 90.

2.1.2 LA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA

Como lo indicamos al inicio, el primer elemento de la responsabilidad fiscal, se encuentra descrito en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, y en él se describe que es: *Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.*

Ya miramos lo que es la Gestión fiscal. Ahora abordaremos el concepto de la Culpabilidad.

Cuando se expide la Ley 610 de 2000, en el Parágrafo 2 del artículo 4, se dijo.

Artículo 4. Objeto de la responsabilidad fiscal (...).

Parágrafo 2. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve.

La Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002, declaró *INEXEQUIBLE*, lo relacionado con la *culpa leve*, y en consecuencia el grado de culpabilidad que se requiere dentro de la responsabilidad fiscal es el de la *CULPA GRAVE*.

El argumento central de dicha decisión fue que el grado de imputación no fuera mayor al establecido para la responsabilidad patrimonial, cual es la culpa grave. Se dijo:

(...) Así las cosas, el criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación...

La responsabilidad fiscal es de **carácter subjetivo**, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa grave.

Luego se expide la **Ley 1474 de julio 12 de 2011**, y en su artículo 118 se consagró:

Artículo 118. Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o *la culpa grave*. (resaltado nuestro).

Esta es una norma que se aplica o expidió tanto para los procedimientos ordinarios de responsabilidad fiscal, como para los procesos verbales.

Ahora bien, es necesario precisar que la normatividad especial dentro del control fiscal, no señala algo más específico relacionado con la fuente de la culpa grave.

Por ello se acude al Código Civil Colombiano, que contiene las definiciones de, Culpa grave, Culpa Leve y Culpa o descuido levísimo. En relación con la culpa grave, que es la que se requiere dentro de la responsabilidad fiscal, señala:

Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...)

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

El tratadista Dr. Uriel Amaya, nos dice que: *“Mientras la culpa supone falta de diligencia y cuidado, el dolo implica un acto contrario a la buena fe”*.³²

Cuando se trata de establecer la responsabilidad fiscal, los órganos de control fiscal en sus diferentes decisiones, fundamentan las mismas en el artículo 63 del Código Civil Colombiano (C.C.C.), cuando de tipificar la culpa grave se trata o el dolo.

Traemos un ejemplo:

Auto sala fiscal y sancionatoria número: ord-801119-094-2021, fecha: 29 de junio de 2022. Por el cual se resuelve grade de consulta sobre la decisión de fallo con responsabilidad fiscal del proceso ordinario de responsabilidad fiscal No. PRF 2016-00189.

Para que la conducta del gestor fiscal sea relevante en términos de responsabilidad fiscal, debe realizarse con dolo o con culpa

32 *Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Aspectos sustanciales y Procesales*, Universidad Externado de Colombia, p. 203.

grave, que en los términos del artículo 63 del Código Civil implica: “Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

Es por ello por lo que, para continuar en la construcción de la estructura de la responsabilidad fiscal, imprescindible resulta el análisis de aquellos aspectos que comporten o sean indicadores de culpa grave o dolo dentro de la conducta que le es atribuible al investigado, en aras de determinar si por ese acto que se le endilga, causador o favorecedor del daño patrimonial al Estado, puede también atribuírsele responsabilidad fiscal.

Ahora bien, el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, trae una serie, de hechos, que se establecen como presunciones de culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. Los traemos a comentario a efecto de que sirvan de ejemplo de situaciones que denotan o enmarcan a la *culpa grave* y el *dolo* en el actuar administrativo dentro del circuito de la gestión fiscal. Dice la norma:

Artículo 118. Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante.

- b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;
- c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;
- d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;
- e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.

(Nota: Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-512 de 2013).

Estas presunciones, son de carácter legal, y en consecuencia admiten prueba en contrario.

En cuanto al Dolo, igualmente la Ley 1474 de 2011, establece una presunción, cual es que si por los mismos hechos, una persona ha sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito, o de una falta disciplinaria, imputados a título de dolo, ese mismo grado de culpabilidad se aplicará dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

2.2 SEGUNDO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

El artículo 5 de la Ley 610 de 2000, consagra como elemento de la responsabilidad fiscal: "*Un daño al patrimonio del Estado*".

Sino hay daño al patrimonio estatal, en ejercicio de gestión fiscal, no hay lugar a deducir responsabilidad fiscal alguna.

El resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público en la gestión fiscal corresponde al pago de una suma líquida de dinero que compense el perjuicio sufrido por el patrimonio público.

2.2.1 DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO

Al abordar el segundo elemento de la responsabilidad fiscal, nos referiremos a sus antecedentes y su impacto a partir de la emisión de la Constitución de 1991.

El Consejo de estado, en Sentencia No. 820 de 7 de marzo de 1991, al decidir sobre la nulidad de la *Resolución 10270 de 1983*, emitida por la Contraloría General de la República, que reglamentó el Juicio Fiscal de Cuentas, dijo que la competencia para establecer perjuicios ocasionados por el empleado público a la administración, contratistas y terceros, era exclusiva de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que si la Contraloría General fijaba los mismos, invadía la órbita de competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Así se estableció una diferencia, entre responsabilidad fiscal (sumas de dinero por las cuales responde el empleado público de manejo y administración), que corresponde establecer a la Contraloría, y los Perjuicios (ganancia lícita que deja de obtenerse) que los establece la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil 732 de octubre de 1995, el Consejo de Estado ratificó esta posición, ya bajo imperio de la Constitución Política de 1991, por no pugnar con criterios de la Nueva Constitución y de la Ley 42 de 1993.

Luego, por concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil 941 de 19 de diciembre de 1996, el Consejo de Estado, realiza un recuento de la Sentencia 820 de 1991 y conceptos anteriores y termina distinguiendo entre *Daño y Perjuicio*, correspondiendo el daño, al daño emergente, y el perjuicio, al lucro cesante. Dijo que el daño lo determinan las Contralorías y el lucro cesante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Posteriormente, se expide la *Ley 610 del 15 de agosto de 2000*, y al definir el *Daño Patrimonial al Estado*, utiliza términos amplios como “lesión” o “perjuicios”, es decir unifica en un concepto o definición, lo que es daño y perjuicio,

y así lo que antes era competencia de dos estamentos: el órgano fiscal y la jurisdicción Contenciosa administrativa, ahora es todo de competencia de las Contralorías y la Auditoría.

De conformidad con el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, el daño patrimonial al Estado es:

Artículo 6. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley, se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión al Patrimonio Público representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de bienes o recursos públicos, a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal, antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa, inoportuna que en términos generales no se aplica al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del 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.

El daño es la causa del resarcimiento o reparación y ésta a su vez, es la finalidad última de la responsabilidad fiscal.

Sin daño no hay responsabilidad fiscal. Su ausencia implica la imposibilidad de pretender la declaratoria de responsabilidad fiscal.

El daño es el elemento primordial a determinar en un proceso de responsabilidad fiscal, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma.

Al buscar, la palabra “daño” en diccionario de la Lengua española encontramos:

Etimológicamente latín *damnum*: Efecto de dañar o dañarse. Dañar, del latín *danare*: Causar detrimento, perjuicio, dolor, angustia.

Las expresiones del artículo 6, de la Ley 610 de 2000, se refieren a:

Menoscabo: reducir a menos; *Disminución*: merma o menoscabo; *Perjuicio*: consecuencias del daño; *Detrimento*: destrucción parcial, quebranto de los intereses; *Pérdida*: carencia, privación de lo que se poseía; *Deterioro*, salvo el desgaste natural: poner en inferior condición.

2.2.1.1 CARACTERÍSTIAS

La Corte Constitucional en sentencia SU 620 de 1996 dijo que:

Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe que aquel ha de ser *cierto, especial, anormal, cuantificable*, con arreglo a su real magnitud.

Cierto: Supone la certeza de su existencia, sin él no es posible iniciar proceso. No debe ser hipotético o genérico, sino específico. La existencia del daño es característica del daño cierto.

Para que exista responsabilidad es necesario que el daño se haya ocasionado y se encuentre debidamente probado. Se parte de un hecho objetivo.

La responsabilidad fiscal no se sustenta sobre daños futuros, sino sobre daños ciertos y pasados o actuales.

Especial. Es el daño que se genera en ejercicio de la gestión fiscal, o con ocasión de ella, o por haber contribuido al mismo.

Anormal. Que se aparte de la ejecución debida o correcta de un hecho o un acto. Que no sea producto del desgaste natural de los bienes.

Cuantificable. Que se pueda medir o valorar en dinero, en cifras concretas. Al determinar su monto, y a pesar de la gestión fiscal irregular, debe tenerse en cuenta los beneficios que pudo percibir la administración, tal como lo consigna en sentencia SU-620-96 de la Corte Constitucional.

2.2.1.2 DAÑO MATERIAL

Podemos decir que dentro de nuestra legislación los daños se clasifican en: daños materiales y daños morales. Nos referiremos a los primeros, por cuanto los daños morales no generan responsabilidad fiscal alguna.

El perjuicio de orden material es aquel que atenta contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir es estimable en dinero.

En nuestra legislación en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil Colombiano, se distingue como daño emergente y lucro cesante.

Art. 1613. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (...).

Art.1614. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumpliéndola imperfectamente o retardado su cumplimiento.

La jurisprudencia ha señalado que los daños materiales se clasifican como: Daño emergente y Lucro cesante.

2.2.1.2.1 Daño emergente

Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas servicios) sale del patrimonio de la víctima o del perjudicado. Se presenta un egreso, un desembolso, son esos bienes que salen del patrimonio de la entidad estatal.

Para efecto de la Responsabilidad Fiscal, las conductas que generen este daño emergente deben realizarse en ejercicio de la *Gestión Fiscal* por parte de los servidores públicos o particulares o con ocasión de la misma. De igual manera cuando los sujetos implicados han contribuido a la generación del daño.

La reparación o restitución de las sumas de dinero o bienes que constituyen el daño emergente y que han egresado del patrimonio del Estado, son la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal.

No puede establecerse responsabilidad fiscal sobre daño futuro, sobre algo que va a ocurrir.

2.2.1.2.2 Lucro cesante

Se entiende por tal un “no embolso”, una “pérdida sufrida”, o una “ganancia frustrada”; la utilidad esperada y no obtenida, es lo que se deja de producir en razón del hecho dañino, es lo que se deja de ganar o recibir en virtud del hecho irregular.

En casos de daños a bienes o cosas, el lucro cesante lo constituye la falta de servicio o productividad. En caso de bienes productivos que desaparecen o

cuando se trata de dinero se considera lucro cesante la falta o merma en la productividad.

En Sentencia C 840 - 01 la Corte Constitucional estableció al referirse al objeto de la responsabilidad fiscal:

Esa reparación debe enmendar íntegramente los perjuicios que se hayan causado, esto es incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda.

El daño patrimonial al Estado es estrictamente un daño material, no puede ser de tipo moral.

2.2.1.3 INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Indemnizar es compensar el daño ocasionado, es restablecer el equilibrio patrimonial mermado por el daño.

Tradicionalmente para la indemnización las formas de llevar a cabo han sido dos:

- Mediante la reposición natural o reintegro, sobre todo cuando el daño ha recaído en bienes o cosas.
- Reparación en equivalencia monetaria, es decir mediante una suma de dinero, que compense o repare el hecho dañoso.

Para efecto de la indemnización el valor del daño será el estimado al momento de producirse el acto que así lo reconoce.

2.2.1.4 CONTRIBUCIÓN EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO

Igualmente, el artículo 6º de la Ley 610 de 2000³³ en su inciso final señala que:

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.

³³ Ley 610 de 2000, Art. 6.

Este texto del artículo 6, nos permite identificar que también puede recaer responsabilidad fiscal, cuando dentro del circuito de la gestión fiscal, se produce un daño, y dentro del mismo hay concurrencia de personas que sin ser gestores fiscales directos, contribuyen a la generación de dicho daño.

Respecto de estas situaciones, son muchos los casos que se presentan. Traemos a colación dos decisiones de la Jurisdicción Contenciosa resolviendo casos de contribución en la producción del daño, ratificando fallos con responsabilidad fiscal emitidos por los organismos de control. Criterio que ha perdurado, incluso desde antes de emitirse la Ley 610 de 2000, como referimos en el primer caso:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, veintisiete (27) de marzo de dos mil tres (2003), *radicación* número: 25000-23-24-000-1996-8485-01(7370), Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá.

El punto central de la controversia en el recurso se circunscribe a establecer si no obstante que el actor no era funcionario de manejo, podía responsabilizársele solidariamente, como se hizo en los actos acusados. El actor no tenía dentro de sus funciones recaudar dinero por concepto de los servicios que se prestaban en el Cementerio Central de Bogotá, empero de las pruebas que se relacionan en los actos acusados, (...) se infiere que su participación en los hechos consistió en prestar el servicio sin que se acreditaran los requisitos, destacándose la conducta de vender y arrendar bóvedas de propiedad de la EDIS, (...) los que participaron en la defraudación “de común acuerdo prestaban servicios de inhumación, exhumación y cremación de cadáveres cobrándolos directamente y luego se repartían el valor de lo recaudado”. El actor no tenía dentro de sus funciones recaudar dinero por concepto de los servicios que se prestaban en el Cementerio Central de Bogotá, (...). De tal manera que resulta irrelevante que el cargo del actor no fuera de manejo o que dentro de sus funciones no estuviera la de recaudar dineros, sino que lo verdaderamente trascendente es que con su conducta contribuyó al detrimento patrimonial de la EDIS, pues

la entidad dejó de percibir los dineros que le correspondían por los servicios prestados en el Cementerio Central, dineros de los cuales se aprovechó el demandante, al permitir que los valores por concepto de inhumaciones y exhumaciones no ingresaran a las arcas de la entidad.

Igualmente reseñamos decisión relacionada con PRF de la Contraloría General de la República, dentro del cual se ratificó su legalidad, cuando a contratistas se acreditó responsabilidad fiscal, por contribución en la producción del daño, ante la conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, Consejera ponente: Nubia Margoth Peña Garzón, Bogotá D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00534-01.

3. Nexo de causalidad.

Al respecto el Tribunal consideró que se encuentra claramente establecido que la conducta de los actores contribuyó al detrimento patrimonial hoy cuestionado, en tanto que se implementó un plan promocional desproporcionado y carente de objetividad y sustento técnico, en el que, sin duda, participaron aquellos en su condición de contratistas.(...).

Conforme con lo anterior, la Sala considera que la responsabilidad fiscal también puede recaer en quienes ejerzan actos a través de una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal, de modo que puede calificarse como gestor fiscal al servidor público o al particular que, en virtud de sus competencias y deberes, se encuentre vinculado con los planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, sea que su intervención se produzca de forma directa o a modo de contribución (...).

Al respecto, en el fallo fiscal de segunda instancia acertadamente se dijo lo siguiente:

[...] El daño causado al patrimonio público es consecuencia de *la gestión fiscal ineficaz, ineficiente y contraria a la moralidad*

administrativa, la cual se erige en el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de los fondos y bienes del Estado por parte de los servidores y/o colaboradores. Criterios éstos que conciernen a los particulares a quienes se les ha demostrado en el desarrollo del proceso su intervención en forma de contribución en la producción del daño, en cuanto a la ejecución de los acuerdos comerciales y otrosíes que desencadenaron en el detrimento patrimonial y por lo cual son llamados a responder fiscalmente en la cuantía indicada en forma solidaria, aclarando en todo caso, que lo cuestionado y por ende sancionado en este fallo y endilgado a sus representantes, guarda relación con la intervención en forma de contribución en la producción del daño, en cuanto a la ejecución de los acuerdos comerciales y otrosíes que desencadenaron en el detrimento patrimonial [...] (la Sala destaca y subraya).

Ejemplos de hechos que implican Daño patrimonial al Estado objeto de responsabilidad fiscal.

- Una entidad multa a otra, en ejercicio de sus funciones, así sean las dos entidades públicas, concurre un daño, si los hechos que originan la multa son imputables a un gestor fiscal.
- Obras incompletas - inconclusas: El Control Fiscal evalúa resultados, no simplemente pérdida de recursos, se tiene en cuenta fines estatales, caso contrario hay daño patrimonial. Hay una mala inversión por ello se genera un daño patrimonial.
- Un alcalde suscribe contrato para construir una obra sin disponer libremente de los terrenos, por encontrarse arrendados. Se gira anticipo, que reposa en cuenta de contratista- hay mala planeación. Nunca se adelanta construcción.
- Contrato de compraventa adquisición de medicamentos. Sobrecostos. Mayores valores pagados sobre precio de mercado.
- Contrato de consultoría no cuenta con evidencias y soportes de ejecución. Falta de control en su ejecución.
- Contrato de Interventoría. Pago en su totalidad de Interventoría cuando contrato de obra solo tenía avance de 61%. Violación de principio de pla-

ASCONTROL

neación contractual. Pagada Interventoría sin ejecución de contrato de obra proporcionalmente.

- Contrato de obra. Acueducto y alcantarillado. No se cumplió con el objeto del contrato, acueducto no funciona, no opera.
- Contrato de obra. Construcción de planta de potabilización para sistema de acueducto. Obras no fueron terminadas, la planta no funcionó, deficiencias en planeación, diseños no son claros.
- Contrato de obra. Doble contratación.
- Contrato de obra. No amortización del anticipo, ni ejecución de la obra contratada
- Contrato de obra. No ejecución de totalidad de obras. Viviendas dejadas de construir.
- Duplicidad de pago por alumnos matriculados.
- Contrato de prestación de servicios. No existen soportes de su ejecución, ni de que el servicio se haya prestado.
- Falta de planeación y ejecución del contrato.
- Objeto de contrato no cumplido. Se recibió el 50% del objeto contractual no obstante se certificó recibo total del cien por ciento del objeto contratado.
- Obras abandonadas. Paralización del proyecto de construcción.
- Pago de salarios no debidos a docentes, debido a falta de actualización de base de datos. Omisión en recuperar mayores valores pagados.
- Pago de Seminario no realizado en ejecución de contrato
- Pago de subsidios a menores fallecidos.
- Pago de intereses no causados, no debidos, en liquidación de sentencia judicial.
- Pago de honorarios a abogados externos por procesos que se encuentran ya archivados y fallados. En procesos activos se cobran dobles honorarios por una sola gestión.
- Pago de intereses moratorios por el no pago oportuno de impuesto predial de inmuebles de un Ministerio.

Puede consultarse en relación con el tema del daño las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: SU 620-96, C-840-01, C-340-07.

2.2.1.5 DAÑO POR PÉRDIDA O DETERIORO DE BIENES

La ley 610 de 2000, en su artículo 7, establece que cuando se produjere un daño, por pérdida o deterioro de bienes, solo procede responsabilidad fiscal, cuando concurriere una relación directa con el gestor fiscal.

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...

Es decir, que si no hay dicha relación directa, no puede haber responsabilidad fiscal. Los bienes en servicio no hacen parte de la órbita de la gestión fiscal.

Se predica dicha relación directa en relación con el almacenista o de funcionario encargado de brindar custodia.

Por el contrario, si a un funcionario indeterminado de una entidad se le pierde o daña su equipo de cómputo, no hay razón para que el responda fiscalmente por dicho equipo, por cuanto él no tiene relación de gestión fiscal respecto del equipo. Simplemente lo usa. No se tiene el título habilitante de disposición material y jurídica del equipo.

El Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, mediante Concepto, radicado No. 1522 de agosto cuatro (4) de dos mil tres (2003)³⁴, en respuesta al Director del Departamento Nacional de Planeación en relación con la restitución o reparación de bienes por pérdida, daño o deterioro en actos que no tengan relación directa con la gestión fiscal, luego del análisis respectivo le dice:

34 Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Concepto, radicado No.1522 de agosto cuatro (4) de dos mil tres (2003).

La sala responde:

El resarcimiento de perjuicios por la pérdida, daño o deterioro de bienes del Estado, causados por servidores públicos o personas que no desarrollan gestión fiscal, ha de obtenerse dentro del proceso penal, si la conducta constituye delito, o por medio de la acción de reparación directa, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los otros eventos.

Ahora bien, en relación con el manejo de bienes podría también establecerse responsabilidad fiscal si:

- Si se omite la obligación legal de asegurar el bien.
- Si asegurado no reclama oportunamente a la Aseguradora.

2.3 TERCER ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

Finalizamos nuestro trabajo relacionando el último elemento de la responsabilidad fiscal, descrito en el art. 5 de la Ley 610 de 2000: el nexo causal.

2.3.1 NEXO CAUSAL

El artículo 5 de la Ley 610 de 2000, consagra como el tercer elemento de la responsabilidad fiscal al nexo causal:

- El nexo causal implica la relación de los dos elementos primeros, es decir entre la conducta dolosa o gravemente culposa en ejercicio de gestión fiscal, o con ocasión de ella y el daño patrimonial generado, por parte de ese gestor fiscal, debe existir una incidencia de causa y efecto.
- El daño debe originarse o generarse en el hecho realizado con dolo o culpa.
- Es elemento de vital importancia dentro de la responsabilidad fiscal.
- Es la relación que debe existir entre el Hecho (la culpa o el dolo) y el correspondiente daño. Si no hay nexo causal, no hay responsabilidad fiscal, porque el daño no puede imputarse sino a quien ejecutó el hecho con culpa o dolo.
- Conexión lógica que lleva a deducir que el detrimento sufrido por el Estado es resultado del hecho que generó el servidor público o el particular con dolo o culpa grave, en ejercicio o con ocasión de la gestión fiscal.

RESPONSABILIDAD FISCAL. CARACTERÍSTICAS. CUADERNILLO N° 2

- La conducta del implicado gestor fiscal, debe ser la causa directa en la generación del daño patrimonial, para materializarse el nexo causal y consecuentemente determinar una responsabilidad fiscal.
- Y en relación con los bienes en servicio, se exige nexo causal directo para que la responsabilidad fiscal se vea comprometida por pérdida, daño o deterioro de los mismos.



ASCONTROL

ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES
DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA