

CONSULTA OFICINA JURIDICA

S.M. ME 2016000091

Germán Rivera <geriv.gr.consulting@gmail.com>

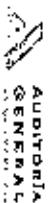
mié 17/02/2016 3:44 p.m.

Para: participacion <participacion@auditoria.gov.co>;

📎 1 dato adjunto

Consulta oficina juridica AGR - DEF.docx

Bogotá D.C., Febrero 17 de 2016



Rad No 2016-233-000544-2

Fecha: 19/02/2016 08:38:55
Asunto: SOLICITA CONCEPTO JURIDICO
Destino: J. Rem. Ciu. GERMAN RIVERA NO
www.auditoria.gov.co - Sistema de Gestión

Señores

Oficina Jurídica

Auditoría General de la República (AGR).

Ciudad,

Respetados señores:

Vine: 15-marzo/2016

*Res. MEX
29 Feb 2016
3:43 p.m.*

Por medio de la presente, comedidamente solicito el respectivo concepto jurídico por parte de a su despacho, con el fin de aclarar los siguientes puntos:

- 1) Daño fiscal por diferencias entre los precios del contrato principal y los subcontratados por el contratista. Sobrecostos.

19 FEB 2016

[Handwritten signature]

En el evento en que existan diferencias de precios entre los subcontratos suscritos por un Contratista de obra y los costos directos de ejecución pactados en el Contrato de Obra Pública (no se objeta el AIU), pregunto lo siguiente:

*Duol. R. Leub
Feb 17 2016
For. 2016
[Handwritten signature]*

a) ¿Los Entes de Control cuya función es realizar control fiscal (Contralorías y Auditoría General de la República) pueden revisar los subcontratos que suscriben los Contratistas del Estado con otros proveedores, a fin de comparar si los precios pactados por la Entidad Pública presentan sobre costos?

Cabe aclarar que dichos subcontratos son suscritos por el Contratista del Estado para satisfacer la necesidad planteada en el Contrato de Obra Pública principal con las mismas características y especificaciones técnicas, y en algunos casos, los subcontratos son pagados con recursos de la fiducia prevista en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

b) ¿En caso de observar que los precios pagados en el Contrato de Obra Pública principal son superiores a los precios de los subcontratos, se puede generar un desequilibrio económico en contra del Estado?, y en caso tal, ¿la Entidad Estatal debe ajustar dichos precios según lo previsto en el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993?

c) En relación a los subcontratos mencionados en los puntos anteriores, los cuales son suscritos por los Contratistas del Estado para satisfacer la necesidad del Contrato de Obra Pública, ¿dichos subcontratos guardan los mismos elementos de tiempo, modo y lugar que el contrato principal?

d) ¿En el Control Fiscal Micro (Auditorías, Actuaciones Especiales y Atención de Denuncias) e Indagaciones Preliminares, es necesario solicitar cotizaciones de los ítems o elementos que hacen parte del contrato de obra pública para determinar posibles sobre costos, o es prueba suficiente los mismos subcontratos suscritos por el Contratista del Estado con otros proveedores?

2) **Daño entre entidades públicas del mismo orden por conceptos distintos a multas, sanciones o intereses de mora:**

a) ¿Puede existir daño entre entidades públicas por conceptos distintos a multas, sanciones o intereses de mora?

Art 6 u y 601 2000

b), ¿El principio de Unidad de Caja es eximente de la responsabilidad fiscal en caso de generarse un daño entre entidades públicas del mismo orden (nacional, departamental o municipal)?

3) En relación a los Contratos de Interventoría suscritos por las entidades públicas para vigilar la ejecución de los Contratos de Obra.

a) ¿Puede generarse daño patrimonial en una entidad Pública cuando se pague una mayor permanencia de Interventoría, debido a debilidades de los estudios y diseños de la obra; o por la entrega tardía e incompleta de los estudios y diseños por parte de la entidad contratante a los Contratistas de Obra e Interventoría; o por demoras no justificadas del constructor al ejecutar las obras?

Agradezco que la respuesta al presente requerimiento sea enviada al correo electrónico geriv.gr.consulting@gmail.com

Cordialmente,

Germán Rivera.

[1] "Los costos directos, se refieren al costo de aquellos recursos que hacen parte de las actividades y que tienen una relación directa con la elaboración del bien o prestación del servicio razón de ser del proyecto. Por ejemplo: costo de la mano de obra para realizar las actividades del proyecto; el costo de los materiales que consume el proyecto y que se vuelven parte del producto final; costo de los contratos de servicios externos contratados para realizar una parte del proyecto; costo de la herramienta y equipos utilizados para la realización de las actividades del proyecto dirigidas a elaborar el producto final"

Definición	obtenida	de	la	página	en	Internet
http://datatoteca.unad.edu.co/contenidos/102803/MODULO ACADEMICO/leccion 37 costos y presupuesto de obra.html						

***** La Auditoría General de la República***** Advierte que: 1. Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención, difusión, distribución, copia o toma de cualquier acción basada en ella, se encuentra estrictamente prohibida. 2. Las opiniones que contenga este mensaje son de su autor y no necesariamente representan la opinión oficial de la Auditoría General de la República o de sus

autoridades. 3. El receptor deberá verificar posibles virus informáticos que tenga el correo o cualquier anexo a él, razón por la cual la Auditoría General de la República no aceptará responsabilidad alguna por daños causados por cualquier virus transmitido en este correo. 4. La Auditoría General de la República, aplica la política de cero papel. Por eso, antes de imprimir este correo, se sugiere que piense en su responsabilidad y compromiso con el medio ambiente.

Bogotá D.C., Febrero 17 de 2016

Señores
Oficina Jurídica
Auditoría General de la República (AGR).
Ciudad.

Respetados señores:

Por medio de la presente, comedidamente solicito el respectivo concepto jurídico por parte de a su despacho, con el fin de aclarar los siguientes puntos:

1) Daño fiscal por diferencias entre los precios del contrato principal y los subcontratados por el contratista. Sobrecostos.

En el evento en que existan diferencias de precios entre los subcontratados suscritos por un Contratista de obra y los costos directos de ejecución¹ pactados en el Contrato de Obra Pública (no se objeta el AIU), pregunto lo siguiente:

a) ¿Los Entes de Control cuya función es realizar control fiscal (Contralorías y Auditoría General de la República) pueden revisar los subcontratos que suscriben los Contratistas del Estado con otros proveedores, a fin de comparar si los precios pactados por la Entidad Pública presentan sobrecostos?

Cabe aclarar que dichos subcontratos son suscritos por el Contratista del Estado para satisfacer la necesidad planteada en el Contrato de Obra Pública principal con las mismas características y especificaciones técnicas, y en algunos casos, los subcontratos son pagados con recursos de la fiducia prevista en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

b) ¿En caso de observar que los precios pagados en el Contrato de Obra Pública principal son superiores a los precios de los subcontratos, se puede generar un desequilibrio económico en contra del Estado?, y en caso tal, ¿la Entidad Estatal debe ajustar dichos precios según lo previsto en el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993?

¹ Los costos directos, se refieren al costo de aquellos recursos que hacen parte de las actividades y que tienen una relación directa con la elaboración del bien o prestación del servicio razón de ser del proyecto. Por ejemplo: costo de la mano de obra para realizar las actividades del proyecto; el costo de los materiales que consume el proyecto y que se vuelven parte del producto final; costo de los contratos de servicios externos contratados para realizar una parte del proyecto; costo de la herramienta y equipos utilizados para la realización de las actividades del proyecto dirigidas a elaborar el producto final. Definición obtenida de la página en http://datafateca.unad.edu.co/contenidos/102803/MODULO_ACADEMICO/leccc37_costos_y_presupuesto_de_obra.html Internet

c) En relación a los subcontratos mencionados en los puntos anteriores, los cuales son suscritos por los Contratistas del Estado para satisfacer la necesidad del Contrato de Obra Pública, ¿dichos subcontratos guardan los mismos elementos de tiempo, modo y lugar que el contrato principal?

d) ¿En el Control Fiscal Micro (Auditorías, Actuaciones Especiales y Atención de Denuncias) e Indagaciones Preliminares, es necesario solicitar cotizaciones de los ítems o elementos que hacen parte del contrato de obra pública para determinar posibles sobrecostos, o es prueba suficiente los mismos subcontratos suscritos por el Contratista del Estado con otros proveedores?

2) **Daño entre entidades públicas del mismo orden por conceptos distintos a multas, sanciones o intereses de mora:**

a) ¿Puede existir daño entre entidades públicas por conceptos distintos a multas, sanciones o intereses de mora?

b) ¿El principio de Unidad de Caja es eximente de la responsabilidad fiscal en caso de generarse un daño entre entidades públicas del mismo orden (nacional, departamental o municipal)?

3) **En relación a los Contratos de Interventoría suscritos por las entidades públicas para vigilar la ejecución de los Contratos de Obra.**

a) ¿Puede generarse daño patrimonial en una entidad Pública cuando se pague una mayor permanencia de interventoría, debido a debilidades de los estudios y diseños de la obra; o por la entrega tardía e incompleta de los estudios y diseños por parte de la entidad contratante a los Contratistas de Obra e Interventoría; o por demoras no justificadas del constructor al ejecutar las obras?

Agradezco que la respuesta al presente requerimiento sea enviada al correo electrónico geriv.gr.consulting@gmail.com

Cordialmente,

Germán Rivera.

Memorando Interno

SI9-RIC 2016000091

AUDITORIA

ESTADO
COLOMBIANO
SISTEMA
NACIONAL
DE CONTROL
FINANCIAL



Radicado No: 20161100008591

Fecha: 30-03-2016

Bogotá, D.C;
110

Señor
GERMAN RIVERA
geriv.gr.consulting@gmail.com

Referencia: Rad. No. 2016-233-000644-2 de Febrero 19 de 2016

Respetado Señor Rivera:

En atención a la petición de la referencia, de manera atenta resolvemos su inquietud en los siguientes términos:

- **Síntesis de la consulta**

"1) **Daño fiscal por diferencias entre los precios del contrato principal y los subcontratados por el contratista. Sobrecostos.**

- a)...
- b)...
- c)...
- d)...

2) **Daño entre entidades públicas del mismo orden por conceptos distinto a multas, sanciones o intereses de mora:**

- a)
- b)

3) **En relación a los Contratos de Interventoría suscritos por las entidades públicas para vigilar la ejecución de los Contratos de Obra**

- a)

Vigilancia para fiscal



[Handwritten signature]

1. Consideración Preliminar

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

2. Consideraciones de la Oficina Jurídica

2.1. Respecto al tema de la subcontratación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, en Sentencia con radicación No. 52001-23-31-000-1999-00985-01(23088) manifestó:

"Esté negocio jurídico supone la celebración de un contrato accesorio a otro principal, entre un contratista del Estado y un tercero, en virtud del cual el subcontratista o tercero "sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado".

Esta institución hace surgir una relación jurídica autónoma entre el contratista del Estado y el subcontratista, es decir, independiente de la relación que preexiste

RAMÍREZ GRISALES, Richard S. La subcontratación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Editorial: Librería Jurídica Sánchez R, Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo - CEDA - Medellín. pág. 26.

entre el Estado y el contratista. En este sentido, las obligaciones que adquiere el sub contratista con el contratista sólo son exigibles entre ellos, y no vinculan a la entidad estatal –contratante-, en virtud del principio de relatividad del contrato –sólo produce efectos para las partes, no para terceros-, pero sin que ello limite o restrinja a la entidad estatal en la dirección general para ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80². En este sentido, el contratista conserva frente a la entidad pública la responsabilidad por la ejecución del contrato, así que desde el punto de vista subjetivo la sub contratación es material y no jurídica, porque trasladada el cumplimiento del contrato a un tercero, pero no sustituye al contratista³.

² En el mismo sentido, Richard RAMÍREZ GRISALES expresa que: “Cuando un contratista al servicio del Estado decide subcontratar alguna parte del proyecto adjudicado, la relación que se genera entre él y el tercero a quien se encomienda la actividad es diferente de la relación jurídica existente entre el contratista y la entidad estatal. La relación jurídica que surge entre el contratista y el subcontratista puede tener una naturaleza privada o pública. Por una parte, puede estar sujeta al derecho privado o, en caso de que el subcontratista o subcontratante sea una entidad estatal, se gesta una relación de derecho público (contrato estatal). Ahora bien, con independencia de la naturaleza jurídica que se predique de este contrato, los acuerdos que se celebran entre el contratista y el subcontratista no afectan las condiciones establecidas en el pliego de condiciones y el contrato estatal del cual depende.

“Como lo ha precisado Fernández Astudillo ‘puede afirmarse que existen dos contratos perfectamente diferenciados desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, uno de naturaleza administrativa, es decir, el de la empresa adjudicataria con la administración, y otro de carácter privado, el celebrado entre la empresa adjudicataria y la empresa subcontratista, negocios jurídicos, unos y otro, entre los que no existe relación causal alguna’. Para García-Breviano Gamica ‘en la subcontratación existe un contrato principal y otro accesorio o coligado de aquel. La existencia de este último, el subcontrato, depende de la subsistencia del contrato principal que le sirve de imprescindible soporte’”.

Sobre la distinción entre la subcontratación en sentido material y en sentido jurídico expresa Richard Ramírez G.: “Enalmeñte, el subcontratista sustituye material y no jurídicamente al contratista en la ejecución del contrato estatal, no cuanto el primero conserva la responsabilidad por la ejecución íntegra del contrato estatal adjudicado. La subcontratación supone la despoventación material en un tercero de una fracción de la prestación total que, en principio, le corresponde ejecutar al contratista; en otras palabras, implica el traslado de la ejecución de una proporción del objeto del contrato estatal. Igualmente exige al contratista la coordinación y verificación del cumplimiento de la fracción entregada al subcontratista, así como la asunción jurídica de la responsabilidad por dicha ejecución. En la cesión de posición contractual la sustitución del contratista estatal por el cesionario no es solo material sino principalmente jurídica; el cesionario se subroga de los derechos y obligaciones del cedente, quien se desliga del contrato a diferencia de esta figura, en la subcontratación el contratista ‘mantiene la ejecución jurídica del contrato’, esto es, asume la total responsabilidad por la ejecución del contrato estatal, en los términos dispuestos en el pliego de condiciones y en el contrato, con independencia de las relaciones que pueda tener con sus subcontratistas.”

Vigilando para todos

Ramírez

Para Ramirez Grisales las notas distintivas de la sub contratación son, entre otras, las siguientes: es un contrato eventual, porque puede o no celebrarse al interior de un contrato estatal; es accesorio, porque su objeto consiste en asegurar la ejecución de un contrato principal, y depende del contrato estatal"; no obstante lo anterior, el negocio jurídico que existe entre contratante-contratista es diferente del que surge entre contratista-sub contratista, porque las obligaciones que nacen de cada uno sólo son exigible al interior de cada cual; y la escogencia del sub contratista es de libre elección para el contratista."

Con lo manifestado en la anterior sentencia queda claro lo siguiente:

- 1) La relación surgida en un subcontrato es entre el contratista del Estado y el subcontratista.
- 2) La Entidad Estatal conserva la autonomía para exigirle a su contratista el cumplimiento del contrato, pero la relación entre éste (El contratista) y su subcontratista es una relación ajena a la Entidad.
- 3) Los subcontratos, son contratos accesorios, solo existen si hay un contrato principal.

Queda claro entonces, para dar respuesta a sus interrogantes del punto uno, que al ser el subcontrato un contrato eventual y accesorio, al revisar el contrato principal, en el caso de existir un subcontrato sería revisado, pero no como un contrato independiente del principal sino como parte integrante del mismo, y, si

El autor explica esta característica de la siguiente manera: "En segundo lugar, el subcontrato es un contrato accesorio, pues en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 1499 del Código Civil tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Esta dependencia supone, en términos prácticos, que los subcontratistas deben cumplir con las condiciones impuestas al contratista por parte de la entidad estatal contratante. La sujeción al contrato estatal es tan fuerte que muchas de las decisiones adoptadas en su ejecución pueden implicar fuertes alteraciones para las obligaciones asumidas por los subcontratistas; por ejemplo, hasta suponer los riesgos que el ejercicio de las potestades de interpretación o modificación unilateral, o de caducidad o de terminación unilateral del contrato estatal generan para ellos."

se encuentra alguna de las fallas por Usted mencionadas en su escrito y esto constituye un hallazgo se le daría el trámite correspondiente, pero se repite no evaluando el subcontrato como un contrato independiente del principal, sino como una parte integrante de éste.

2.2. Respecto a su segundo interrogante, la Ley 610 de 2000 en su artículo 6°, se refiere al concepto de daño cuando dice: "Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de las fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. 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 texto subrayado fue declarado INEJECIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007)".

De conformidad con el artículo anterior, para que se configure el daño, es necesario probar que se dio una mala gestión fiscal por parte del agente del Estado; es decir que existió una conducta dolosa o gravemente culposa y así poder inferir que se presentó el daño, que puede dar lugar a responsabilidad fiscal del gestor fiscal que con su conducta generó el gasto injustificado a cargo de la entidad u organismo que tuvo que pagar por este concepto.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1852 de noviembre de 2007, en respuesta a consulta realizada por la Auditoría General de la República, expresó:

"La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado, que cuando es cau-

Vigilando para todos



Paul

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

En este orden de ideas, solo cuando se ejerza gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio o manejen fondos o bienes del Estado materia del detrimento patrimonial, puede ser sujeto de un proceso de responsabilidad fiscal, y si no se posee esa facultad, probablemente se le podrá imputar otras irregularidades susceptibles de otras acciones, pero no del proceso de responsabilidad fiscal.

La Auditoría General de la República ha venido indicando cual es su posición en relación con este tema en reiterados conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica de los cuales adjunto fotocopia a este escrito a efecto de que puedan ser tomados en consideración a la consulta impetrada.

De igual forma, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República aborda ampliamente el tema de su consulta mediante concepto con radicado 2014EE004488, el cual se remite en fotocopia, para su conocimiento y consideración.

Respecto al principio de Unidad de Caja el Consejo de Estado en Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de fecha 15 de noviembre de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, expresó:

“EL PRINCIPIO PRESUPUESTAL DE UNIDAD DE CAJA

El Estatuto Orgánico del Presupuesto, define el principio de unidad de caja como sigue:

“Artículo 16. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago

Vigilando para todos

oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación (...)

"Parágrafo. 1º. Los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional son propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, Compes, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la dirección del tesoro nacional y asignará por lo menos el 20% al establecimiento público que haya generado dicho excedente. Se exceptúan de esta norma los establecimientos públicos que administran contribuciones parafiscales.

"Parágrafo. 2º. Los rendimientos financieros de los establecimientos públicos provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación, deben ser consignados en la dirección del tesoro nacional, en la fecha que indiquen los reglamentos de la presente ley" (Negrilla fuera del texto original).

Al considerar la formulación del principio de unidad de caja, que en últimas conduce a decir que todos los recursos de la Nación van a una bolsa común para responder con ella por los gastos decretados en el presupuesto, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a.- La autonomía constitucionalmente conferida a los entes territoriales y a las entidades descentralizadas por servicios, se traduce, entre otras, en la facultad para administrar los recursos y los bienes a ellos asignados dentro de los límites que fija la Constitución, la ley y en particular, los del Estatuto Orgánico del presupuesto.
- b.- El artículo 352 de la Constitución Política reconoce la existencia de presupuestos separados en los diferentes órdenes: el nacional, los territoriales y los de las entidades descentralizadas de cualquier nivel.
- c.- El hecho cierto de que por mandato de la ley orgánica, los entes territoriales deben registrarse por el principio de unidad de caja y que las entidades descentralizadas territorialmente en su ejecución presupuestal deben ajustarse a las políticas fiscales del Estado como un todo, no implica que los recursos de este tipo de entes deban hacer unidad de caja con los de la Nación, pues se trata de presupuestos y patrimonios independientes en razón de la autonomía constitucional y legal conferida a ellos.
- d.- En relación con los demás entes que forman parte del presupuesto de la Nación, la Sala considera importante enfatizar, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, los órganos que son una sección del presupuesto general de la Nación tienen "...capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hacen parte, y ordenar gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal que se refieren la Constitución Política y la ley".

En concordancia con lo anterior, la ley 80 de 1993, al definir qué se entiende por entidad estatal incluyó tanto a la Nación, como a las entidades territoriales, al Senado de la República, la Cámara de Representantes, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, unidades administrativas especiales y, "en general los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad de celebrar contratos".

Siendo el presupuesto y la contratación instrumentos centrales en el manejo de los recursos públicos, y una expresión de la autonomía administrativa y financiera que la ley les confiere a las entidades estatales definidas en la ley 80 de 1993, encuentra plena justificación que el legisla-

Ver Artículo 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos.

Vigilando para todos



Cra. 57C No. 64-29, barrio Nuevito Norte - Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 477-41318 ext. 03 - 477 67 10 - línea gratuita 01 8000 122005
participaciones@auditoria.gov.co @auditoriasgen #auditoriasgeneral

www.auditoria.gov.co

Prof



por el definir cuál es el objeto de la responsabilidad en el artículo 4° de la ley 610 de 2000, haya señalado que éste es el resarcimiento del "perjuicio sufrido por la entidad estatal".

Conforme con lo anterior, el Decreto 111 de 1996, dispone:

"Artículo 44.- Los jefes de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación asignarán en sus anteproyectos de presupuesto y girarán oportunamente los recursos apropiados para servir la deuda pública y atender el pago de los servicios públicos domiciliarios, incluidos los de agua, luz, teléfono, a quienes no cumplan con esta obligación se les iniciará un juicio fiscal de cuentas por parte de la Contraloría General de la República, en el que se podrán imponer las multas que se estimen necesarias hasta que se garantice su cumplimiento. Esta disposición se aplicará a las entidades territoriales (ley 38 de 1989, art.88. Ley 179 de 1994 art.50)"

"Artículo. 45.- Los créditos judicialmente reconocidos, los laudos arbitrales y las conciliaciones se presupuestarán en cada sección presupuestal a la que corresponda el negocio respectivo y con cargo a sus apropiaciones se pagarán las obligaciones que se deriven de éstos.

"Será responsabilidad de cada órgano defender los intereses del Estado, debiendo realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales, para lo cual el jefe de cada órgano tomará las medidas conducentes.

"En caso de negligencia de algún servidor público en la defensa de estos intereses y en el cumplimiento de estas actuaciones, el juez que le correspondió fallar el proceso contra el Estado, de oficio, o cualquier ciudadano, deberá hacerlo conocer del órgano respectivo para que se inicien las investigaciones administrativas, fiscales y/o penales del caso. Además, los servidores públicos responderán patrimonialmente por los intereses y demás perjuicios que se causen para el Tesoro Público como consecuencia del incumplimiento, imputables a ellos, en el pago de éstas obligaciones". (Negrilla fuera del texto original).

"Artículo. 112.- Además de la responsabilidad penal a que haya lugar, Serán fiscalmente responsables: a) Los ordenadores de gasto y cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la Ley, o que expidan giros para pagos de las mismas; b) Los funcionarios de los órganos que contabilicen obligaciones contraídas contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las mismas; c) El Ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de obligaciones contraídas contra expresa prohibición legal; d) Los Pagadores y el Auditor Fiscal que efectúan y autoricen pagos, cuando con ellos se violen los preceptos consagrados en el presente Estatuto y en las demás normas que regulan la materia. Parágrafo. Los ordenadores, pagadores, auditores y demás funcionarios responsables que estando disponibles los fondos y legalizados los compromisos demoren sin justa causa su cancelación o pago, incurrirán en causal de mala conducta". (Ley 38 de 1989. Art. 69. Ley 179 de 1994. Art. 55, incisos 3 y 16, Art. 71). (Negrilla fuera del texto original).

El conlento normativo transcrito es decir, las disposiciones del régimen fiscal y las de carácter orgánico contenidas en el decreto 111 de 1996, que para la doctrina son la génesis del derecho fiscal como disciplina autónoma, lleva a la Sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal

cuando se pagan multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades u organismos públicos.

Así las cosas, el principio de unidad de caja no puede tenerse como eximente de responsabilidad fiscal.

En concordancia con lo expuesto, esta Sala en el concepto 1637 de 2005, al analizar los efectos que pueden producirse a raíz del incumplimiento de la obligación de transferir recursos entre entidades u organismos públicos, consideró que eventualmente los servidores públicos podrían ser responsables patrimonialmente por "los intereses y demás perjuicios que puedan causarse por la demora injustificada en la cancelación de los compromisos adquiridos."

En consecuencia, teniendo en cuenta que el principio de unidad de caja es pilar de la hacienda pública de un Estado unitario, y en razón a que en las relaciones interadministrativas se pueden dar en ejercicio de la gestión fiscal, y cuando quiera que en ellas se produzca un menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento o deterioro de los bienes o recursos públicos, estaremos ante un daño patrimonial al Estado, siempre que cualquiera de las situaciones anteriores, se haya producido por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y fines esenciales del Estado.

2.3 El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no da una definición del contrato de interventoría, pero se refiere a este en los siguientes términos: "En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto." (Negritillas y subrayas son nuestras).

La planeación es una manifestación del principio de eficacia (Principio Constitucional). La actuación administrativa NO puede ser improvisada. La mayor permanencia en una obra de la interventoría, significa que hubo una deficiente planeación por parte de la Entidad Estatal.

La inobservancia del principio de planeación puede generar la nulidad absoluta del contrato estatal. Debe revisarse el caso concreto para determinar si es o no pro-

Vegilando para todos



[Firma]

cedente, por lo tanto el contratista debe dejar salvedades correspondientes al momento de suscribir suspensiones, adiciones o prórrogas, pues si a raíz de éstas se genera una mayor permanencia y sobrecostos, el dejar estas salvedades le permitirá hacer las reclamaciones correspondientes y solicitar una revisión de los precios del contrato.

En la etapa de planeación es la entidad pública la responsable principal de la calidad y veracidad de la información porque ella es quien la elabora, corrige, perfecciona y luego exhibe o publica para la lectura de los futuros oferentes.

En Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), con Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080) sobre este tema, señaló:

"Cabe mencionar que la falta de realización de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración, repercute no sólo en la formación del contrato, sino también en su ejecución, por cuanto ocasiona graves problemas y obstáculos que pueden impedir el desarrollo de las obras o paralizarlas, además de que elevan su valor por las mayores cantidades y especificaciones técnicas a las inicialmente convenidas. Por eso, la inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado infringe el deber de planeación cuyo cumplimiento les resulta imperativo en el desarrollo de la actividad contractual, además de los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones y por tanto las hace caer en responsabilidad contractual por esa omisión, siempre y cuando se demuestren los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarse a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que incidan en las

condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuidos al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas representa esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.”

Ahora bien, para abordar su inquietud, es menester señalar que la contratación estatal es una herramienta de gestión, razón por la cual el servidor público al adelantar las actuaciones enmarcadas en las reglas de la contratación estatal, ejerce actos propios de la gestión fiscal, y en ese sentido puede ser sujeto de la responsabilidad fiscal que eventualmente se derive de la misma, por daños al patrimonio público producido dentro de ese proceso contractual.

Sobre este particular, debemos señalar que en la exposición de motivos del Proyecto de ley que originó la Ley 80 de 1993, presentado por el Gobierno, se advierten varias conductas constitutivas de responsabilidad por parte de los servidores públicos, la cuales sólo producen específicamente una responsabilidad fiscal si como consecuencia de ellas se produce un concreto y estimable daño al patrimonio público.

En efecto, se determinó que conductas como la iniciación de procesos de selección de contratistas sin que exista la autorización necesaria para ello; contratar sin que se hayan realizado o completado los estudios o proyectos de factibilidad o diseños del bien o servicio objeto de la futura contratación; por no tomar las medidas necesarias tendientes a restablecer la economía del

80

Vigilando para todos





contrato o cuando se haga uso de los privilegios pactados en el contrato sin que existan motivos o razones que justifiquen su utilización o cuando éste se haga con abuso o desviación de poder.

En conclusión, si dentro de un contrato estatal se producen menoscabos al patrimonio público o sobrecostos, el servidor público que lo celebró deberá responder fiscalmente por el daño integral ocasionado en la medida que su conducta se adecue a los demás elementos estructurales previstos en la ley para tal efecto. También operará la responsabilidad fiscal cuando se trate de actividades negligentes o dolosas de servidores públicos que hayan concurrido en el proceso contractual ejerciendo una influencia jurídica o técnica decisiva.

Por último, es necesario mencionar que el presente concepto, fue proferido como una orientación de carácter general que no comprende la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tiene el carácter de fuente normativa y solo, puede ser utilizado para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal y su complementación en el proceso de responsabilidad fiscal

Cordialmente,

ROBERTO ENRIQUE ARRAZOLA MERLANO
Director, Oficina Jurídica

Adjunto: Conceptos proferidos por la AGR en once (11) folios

Concepto emitido por la CGR en ocho (8) folios

Proyecto: Ana Milena Doreys Trujillo – Profesional Oficina Jurídica

EE

Vigilado para todos



10 de marzo
para ser
para ser
para ser

Bogotá D.C., 16 de febrero de 2004.

Doctor
ANTONIO HERRANDEZ GAMARRA
CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA
Ciudad

Audiencia General
Apreciado señor Contralor,

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

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

Como una aclaración a lo anterior, pie de página se discute sobre los siguientes razonamientos:

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

Cada diligida el Dr. Carlos Ossa Escobar y suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica de fecha 15 de enero de 2001. Oficina Jurídica. Realizado sobre el daño patrimonial al Estado. Esta posición le sido referida por la Oficina Jurídica en conceptos **PENDIENTE**

Correo: OJ, Bo, 11-48 P.1111
EPA, 344430, Fax, 3444720
10011200510001 A, A, 11118
5797748 Bogotá D.C., Colombia

REACTIVO CONTROL DE LA SALUD

NO 014.1004

CAUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Avenida de Huelo 100-2-19280, Tel: 34443031
Teléfono: 34443031 DEPARTAMENTO DE PERIODO DE INTERVENCIÓN GENERAL
847661 Acueducto de Nuevo Páez y 6. Avenida 16 FOLIOS
Oficina: 100-AUDITORIA GENERAL
Correo: CONTROLADORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

INTELECTORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Teléfono: 34443031
Correo: 100-AUDITORIA GENERAL
Oficina: 100-AUDITORIA GENERAL
Correo: CONTROLADORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

financieros, etc. (sic). Es importante tener presente que mientras es que no tiene lógica que una entidad fiscal del municipio multa a otra, las multas "deben dirigirse a los funcionarios de las municipalidades pero no al mismo Estado".

El concepto emitido el 20 de mayo de 2007 no ha sido ratificado por esa entidad. En varias oportunidades se han emitido resoluciones que imponen sanciones a las entidades por falta de cumplimiento de sus obligaciones. En algunas ocasiones, también se ha emitido resoluciones que imponen sanciones a los funcionarios de las entidades por falta de cumplimiento de sus obligaciones. En algunas ocasiones, también se ha emitido resoluciones que imponen sanciones a las entidades por falta de cumplimiento de sus obligaciones. En algunas ocasiones, también se ha emitido resoluciones que imponen sanciones a los funcionarios de las entidades por falta de cumplimiento de sus obligaciones.

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

Resulte cuestionable que el Estado y las entidades públicas que deben ser destinados a la satisfacción de las necesidades colectivas sean utilizados para cancelar las sanciones, multas e intereses de mora que se imponen a cargo de las entidades públicas como consecuencia de la inobservancia de sus obligaciones. En algunas ocasiones, también se ha emitido resoluciones que imponen sanciones a las entidades por falta de cumplimiento de sus obligaciones.

En criterio de la Auditoría General del Estado, el ordenamiento jurídico no prohíbe que el costo social que conlleva las actuaciones como las descritas, consista en un accidente para que los gestores públicos continúen incumpliendo con las obligaciones impuestas por el ordenamiento legal bajo la consideración de que ello no ocasiona ningún perjuicio al Estado, toda vez que respecto de cualquier sanción que se imponga a cargo de las entidades públicas como consecuencia de su conducta omisiva, el pago será en todo caso un simple traslado de dinero entre secciones del presupuesto.

Como ejemplo de ello se puede citar los conceptos No. 2480 de 26 de julio de 2001 y 80112-704 de 20 de marzo de 2007 emitidos por la Oficina Jurídica. En el primero, adicionalmente se afirmó que el ordenamiento legal no prohíbe que el Estado sea el beneficiario de los recursos que se destinan a atender las obligaciones impuestas por el ordenamiento legal. En el segundo, se indicó que el ordenamiento legal no prohíbe que el Estado sea el beneficiario de los recursos que se destinan a atender las obligaciones impuestas por el ordenamiento legal.

EL AUTOCONTROL ES LA SALIDA

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

Este supuesto se ve de manera más clara en las entidades territoriales, pero aún en el caso de las demás dependencias y organismos que constituyen una sección dentro del mismo presupuesto; éste principio también se cumple, pues ellos son los directamente responsables de la gestión de los recursos que les son transferidos, que se independizan totalmente de los recursos de la Nación para efectos de lograr la satisfacción de los cometidos que les son asignados. No cabe duda de que si se permite afirmar que el cometido no se sanciona, multas, o interdicción de bienes, sea posible afirmar que el resarcimiento de la réplica y que deba ser exigido por el Estado, en el caso de que se produzca una afectación patrimonial a una dependencia.

Ahora, es evidente que el pago de intereses, moratorios o sanciones produce una disminución sobre el monto de los recursos asignados a las entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones. Independientemente de que tales sumas puedan ingresar a las arcas de la Tesorería General de la Nación, disminución que refleja una indebida gestión cuyo costo deba ser revertido a la sociedad como lo prevé el artículo 8º de la Ley 610.

El concepto de deterioro al patrimonio público en la forma en que es entendido por la CGR conduce a aceptar que solo hay daño fiscal cuando existe una pérdida efectiva de recursos. Se pasa por alto que el artículo 8º de la Ley 610 de 2000 ha previsto que constituye deterioro no sólo esta clase de pérdidas, sino adicionalmente todo menoscabo de la Nación, perjuicio, deterioro e incluso, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado.

Con la definición introducida por la ley se debe saber que cuando se consiente con la concepción adoptada con relación a la gestión con los alcances y cobertura del control fiscal, pues como se recorda, éste ya no se limita a la revisión numérica legal sino que se ha ampliado al análisis de la gestión de los responsables del recurso público.

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



rola, de...

Intereses de mora y sanciones (multas) como consecuencia de su actuación onitiva.

De igual forma es imputable al agente que, bien es cierto que el artículo 8º de la Ley 810 de 2000 regula la contabilidad, dando, al patrimonio público, el mismo carácter de patrimonio del Estado, esto no impide que los bienes o recursos públicos que se destinan a las actividades del Estado, esta no pueda servir de fundamento para el pago de intereses de mora o sanciones de clase de daño cuando éste se produce como consecuencia del pago de intereses de mora o sanciones que debe hacer una entidad pública a favor de otra, pues ambas forman parte del Estado.

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

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

En relación con este tema, se cita lo que la AGR que éste debe empezar a contabilizarse a partir de la adquisición de la propiedad, esto es, el momento en que se produce el pago de los intereses moratorios o de las sanciones que se generan por el hecho que genera la distinción sobre los recursos de la entidad de pago o canceladas.

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

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

7. J Artículo 9º. Configuración y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurrido el término de prescripción no se ha profiere auto de generador del daño o el patrimonio público no se ha profiere auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse desde el día de la adquisición de los bienes o hechos instantáneos desde el día de su realización y de los hechos sucesivos.

EL ABOGADO GENERAL DE LA NACIÓN

01.153.39 - 11-18 Hno 3º
2114100 - (R- 318013)
0990910225 A.A. 1246
Teléfono 6011106, Bogotá

do carácter permanente o continuado basado en el último hecho o acto." -Resaltado por su autor.

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

El Archivo de procesos de la República, en su fundamento en estos criterios no se debe seguir presentando, ya que, ha sido el procedimiento necesario acudir ante el Despacho en ejercicio del deber de salvaguardar el Interés general, con el objeto de solicitar que se modifique el texto constitucional por la Contraloría General de la República en relación con el tema.

Cordialmente,

CLARA EUGENIA LOPEZ OBREGÓN
Auditora General de la República

TELÉFONO: 22-1111111
FAX: 22-1111111
CORREO: CLARA@CONTRALORIA.GOB.CU

EL AUTOCONTROL ES LA SALIDA



Rogosa, D.C.,

Doctor
Hilión Edilson Ovalle Celis
JEFE DE DIVISION
CONTADORIA MUNICIPAL
Florenza-Cagueta
Carrera 12 calle 15 piso 5º

REF: NOR-2001-4539

Consulta-fuentes del daño.

Respetado doctor,

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

I. LA CONSULTA

Manifiesta que, mediante concepto de 20 de julio del año próximo pasado emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, ese organismo de control considera que no hay lugar a dicha figura "cuando la afectación se produce de una entidad a otra" pues los recursos no salen del erario.

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

Adora, finalmente, que la consultada, oriunda teniendo en cuenta tanto el principio de autonomía de las entidades territoriales ya aludido, como la labor de control fiscal que deben desplegar los organismos de control.



II. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

26



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

1. El concepto de daño y su reparación integral

Ha señalado un autor que el daño, luego de aludir a las varias definiciones existentes en el derecho, que el mismo conculca la "anotación patrimonial" hecha por la víctima². Esta génerica delinción debe, no obstante, corresponder a una específica determinación de las circunstancias en las cuales el mismo ocurre y a las consecuencias que un determinado actor produce. Éste es, además, el ámbito de la responsabilidad que nuestra Constitución Política proclama y sobre el cual se erigen los fundamentos de la misma.

Por ello ha sido evidente que, dentro del causalismo propio de esta responsabilidad, la consecuencia jurídica sea que el responsable deba resarcir esa amortización patrimonial causada, en este caso, por una gestión fiscal irregular de la entidad, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que se impone el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal³. Es un principio general de derecho universalmente aceptado en el mundo la responsabilidad, que la víctima de un daño debe quedar indemne de la afectación que se le produce. Se ha sostenido, entonces:

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

El DAÑO, Juan Carlos Henao, Universidad Nacional de Colombia, 1998, pág. 84.

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

[...] La reparación del daño se ha concebido como la acción encaminada a eliminar los efectos nocivos de un hecho, satisfacción de esa misma culpa o lesión causada a otro.

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

[...] En principio, la reparación debe ser completa, esto es, exactamente igual al daño causado, cubierto en su totalidad. Reparar un daño es restituir las cosas en el estado anterior como si el daño no hubiera existido, restablecer el patrimonio de la víctima el valor destruido por el ilícito, o bien, otorgarle el mismo valor.⁶

De aquí fluyen las consecuencias siguientes:

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

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

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

[...] La reparación, en su forma plena, es el restablecimiento del daño causado y debe ser completa.

[...] La reparación comprende todo el daño sufrido por la víctima, moral y material, que sea consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito, en su forma completa.

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

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

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

A su turno, los artículos 4º y 5º de la Ley 610 que tratan acerca del objeto de la responsabilidad fiscal y el daño patrimonial al Estado no limitan la facultad persecutoria en materia fiscal en cuanto existen elementos constitutivos del daño como son: "menoscabo, disminución, perjuicio, deterioro, pérdida, uso indebido, deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado producida por una gestión fiscal antieconómica, negligencia, impericia e inoportuna". Es más, el artículo 4º resulta ser una descripción de aquello que ha sostenido la Corte Constitucional sobre el particular, tal y como se desprende del siguiente texto:

El perjuicio material se repite mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne; esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite".⁷ Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto del perjuicio un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido y el aumento (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). A lo cual se suma la indemnización correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal señalada, prevalece en el inciso segundo del artículo 55 de la ley 610.

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

⁶ DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL, Arturo Alessandri Rodríguez, Ediar editores, Santiago 1963, Páginas 533 y siguientes.

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

se hayan causado, esto es, incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indemnización, así como el valor de los bienes adquiridos por el deudor, por lo que da lugar al deterioro del valor adquisitivo de los bienes. Las razones por demás suficientes para desestimar el cargo de lucro cesante, según el cual el lucro cesante debería ser declarado por una autorización diferente que haga parte de la rama judicial, son:

De esta modo, una comisión que realice la figura de la responsabilidad no puede conllevar y que, por lo tanto, las ganancias patrimoniales derivadas de la actividad de la administración pueden ser consideradas netas cuando éstas se producen entre entidades públicas, así se las ubique bajo las locuciones "transferencias de recursos". Dentro de esa integralidad, que es propio del control fiscal, el menor debe atender varios factores de posición de recursos públicos que no son susceptibles de una conexión como lo que se pretende construir. En consecuencia, esta dependencia discrepa del sentido de lo "obvio" que aparece en el concepto de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República y enfatiza que la problemática planteada tiene un más profundo calado, apenas constatada en aquél que se plasma en las nuevas directrices del control fiscal en nuestro país, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991. El concepto de "administración patrimonial" relacionado con el "patrimonio" en primer lugar, la determinación del patrimonio afectado, y, a renglón seguido, los diversos efectos sobre el mismo y el resarcimiento pleno.

2. La gestión fiscal como un principio inderogable del control fiscal

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

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

4. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-002 de 19 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería. Resolvió Agravio.

5. Ver, por ejemplo en EL CONTROL FISCAL RESPECTO DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y ORGANIZADAS POR ACCIONES, Contraloría de Sanidad de Bogotá, Jaime Orlando Simulcúnio y otros. Bogotá, D.C., 1997.

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

Por ello se ha afirmado:

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

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

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

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

¹⁰ *Id.*, págs. 13. Resolando fuera del control fiscal a los particulares.
¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-529 de 11 de noviembre de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Resolando fuera del control fiscal el mismo sentido la sentencia C-167 de 1995.

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

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

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

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

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

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-940 de 9 de agosto de 2001, M.P. Jaime Arturo Rentería. Se resalta.

para la sección que tiene la competencia o capacidad para realizar uno o más de los servicios que el fideicomiso económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir las fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como presupuesto, ejecución y sentido teleológico de las respectivas subfunciones y facultades. Escibiria dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el administrador, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público (sic) puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes deben someterse a esos principios y que de ordinario son predecibles que los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la consecución de los fines del Estado.

[...] Bajo tales condiciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal, con el fin de asegurar el cumplimiento y determinación de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición de público o privada del respectivo responsable, cuando se establecen responsabilidades fiscales se trata.⁵³

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

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

Estas actividades deben estar destinadas a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, consumo, gasto, inversión y disposición de bienes públicos. Existe, pues, un calificativo el cual se predica de una serie de actividades respecto de los bienes o recursos públicos.

El espectro se amplía a la recaudación, manejo e inversión de las rentas, acciones que también conllevarían dicha gestión.

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

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

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

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

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

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

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

3.1. El concepto de Estado y patrimonio.

Lo primero que es necesario aclarar es que el concepto Estado, que es utilizado en la Ley 610, no contiene un elemento generalizador como se pretende, sin perjuicio, de las exclusiones contenidas en los artículos 1°, 5° y 6° mencionados. El artículo 1°, al señalar el objeto de la responsabilidad fiscal, establece que "el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culpable que realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal" (se resalta). La misma redacción aparece en el artículo 15, sobre acumulación de procesos, cuando se permite tal figura "siempre que se trate de la misma entidad afectada".

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

En este orden de ideas, el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, al Estado se materializa en el daño o detrimento a una respectiva entidad estatal y no a la Inversa, es decir, como epígonos del Estado. En efecto, en el lenguaje jurídico cuando se alude al daño patrimonial siempre se alude a esa noción que es la que se maneja desde el artículo 1° de nuestra Constitución Política dentro de una República que, además, es unitaria. De allí que resulte mejor, y más técnico sin duda, afirmar "le causó daño al Estado" en lugar de "ocasionó un perjuicio a la Contraloría General de la República o a una determinada entidad estatal". Pero ello implica que, en el primer caso, deba concretarse este daño en alguna de las entidades que lo componen y que, por tanto, ese agravio se materialice en una de ellas, muchas de las cuales, además, cuentan con personería jurídica y, lo que es más importante, constituyen una sección presupuestal (art. 36 del Artículo Primero del Decreto 111 de 1996), es decir, están dotadas de un margen de autonomía y la ejecución de los recursos que le han sido apropiados. En este caso, es aún más clara la situación que usted somete a consideración la cual, sin entrar a analizar pues no es función de esta dependencia adentrarse en los niveles de profundidad propios del proceso de responsabilidad fiscal, se plasma en los niveles de autonomía de los cuales están dotadas las entidades territoriales como atributo que se destaca en varias disposiciones de nuestro ordenamiento constitucional (arts. 1° y 266, *inter alia*) y que aparece reiterado en las normas orgánicas del presupuesto.

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

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

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

Téngase en cuenta que tampoco el argumento de la unidad de cuenta itra a favor de la supuesta compensación, pues existen dentro del territorio recursos de la Nación que los tiene cada una de las entidades descentralizadas territoriales que se conserven los que son independientes, cualquier operación entre ellos son indiferente.

3.2. La multa como distorsión del proceso presupuestal

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

Tales reflexiones van en consonancia con la Constitución Política cuando en el artículo pertinente destaca que la responsabilidad proviene de la gestión fiscal la cual, por otra parte, como hemos visto es el objeto mismo del proceso de responsabilidad fiscal. Al reiterar el contenido de lo que se entiende por gestión fiscal, el artículo 5° de la Ley 610 introduce un objetivo teleológico cual es el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Salvo que estuviéramos en presencia de una organización política que no primordial fuera recibir sanciones y financiarse con multas que no en el caso se admitía que una conducta como la revisada no afectaría la gestión fiscal y bien podría ser calificada

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

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

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

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

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

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

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

Se ha dicho al respecto:

[...] es procedente llamar a responder fiscalmente cuando los responsables del ente moraron sin justa causa la cancelación o pago de los compromisos adquiridos por la administración, dando lugar por ello, al reconocimiento de intereses moratorios, pues se admite que con ello se causa detrimento al fisco. En estos casos a las personas responsables del pago del recurso público se les ordena el reintegro de los intereses moratorios cancelados por la administración.¹¹

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

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

¹¹ CONTROL FISCAL, HERRAMIENTA DE GESTIÓN, Mauricio Bogotá Muñoz, Editorial Carrera 7ª, Bogotá, D.C., 2000, pag. 133.



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

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

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

Cordialmente,

Juan Fernando Romero Tobón
DIRECTOR DE LA OFICINA JURÍDICA

Copias: AUDITOR DELEGADO
GERENTES SECCIONALES

22

Alirio Bustos Guerra

De: Alirio Bustos Guerra
Enviado el: lunes, 04 de abril de 2016 04:05 p.m.
Para: 'geriv.gr.consulting@gmail.com'
CC: Roberto Enrique Arrazola Merlano
Asunto: Respuesta Radicado No. 2016-233-000644-2 de febrero 19 de 2016
Datos adjuntos: Respuesta German Rivera.pdf

Buenas tardes señor German,

Por instrucciones del Dr. Roberto Enrique Arrazola Merlano Director de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, me permito enviarle respuesta a la solicitud relacionada en el asunto.

Cordialmente,

Alirio Bustos Guerra
Tecnólogo Grado 02 – Oficina Jurídica

