



Radicado No: 20181100003171

Fecha: 06-02-2018

Bogotá,
110

Doctor
DIEGO FRANCO BARCO
Jefe de Control Interno
Alcaldía Municipal de Balboa
controlinterno@balboa-risaralda.gov.co

Referencia: **RADICADO 20182330000082 SIA ATC 2018000004 Y 2018000014.**
Concepto detrimento patrimonial.

Cordial saludo:

En atención a su solicitud del concepto referido en el asunto, sobre la siguiente inquietud planteada:

“teniendo en cuenta la normatividad vigente sobre el control fiscal y los procesos de responsabilidad que se generan de los mismos, nos ha surgido varios interrogantes sobre los cuales requerimos una mayor ilustración a efectos de poder revisar procesos internos en la administración municipal, se trata de lo siguiente:

1. *Las contralorías departamentales y municipales tienen la facultad legal para vigilar y controlar la gestión fiscal de las entidades sin ánimo de lucro que lleguen a tener o tengan una relación contractual con las alcaldías o gobernaciones?*
2. *En el proceso auditor de una Contraloría a un contrato de un municipio o gobernación con una entidad sin ánimo de lucro, puede la Contraloría revisar facturas y documentos privados de la contabilidad de la Entidad sin ánimo de lucro y tomarlos como base para determinar un presunto hallazgo fiscal, aún sin definir la fuente de mismo recurso empleado por el contratista?*
3. *Es procedente que los supervisores de un contrato y la Contraloría exijan a los contratistas **la presentación de las facturas de los gastos** en que incurrieron para cumplir con una actividad determinada en el objeto del contractual? Verificamos los gastos y la fuente del recurso empleado o el cumplimiento de la actividad por parte del contratista?*
4. *Si un municipio o entidad descentralizada deja de cobrar un impuesto o tasa en un hecho generador del mismo, estas sumas no cobradas se constituyen en un detrimento patrimonial?*



5. *Los detrimentos fiscales se generan sobre los recursos efectivamente recibidos y administrados por una entidad oficial o particular que maneje estos recursos? O también por los no recibidos o dejados de cobrar?*
6. *Que contratistas son realmente GESTORES FISCALES, que condiciones debe cumplir para ser considerado como Gestor Fiscal y ser objeto de control fiscal por parte de las Contralorías?"*

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, es necesario manifestar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000, donde se establece la organización y funcionamiento de la Entidad, y específicamente el numeral 2 de artículo 13, donde se reglamentan las funciones de la Oficina Jurídica, instituyendo:

"Oficina Jurídica. Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad".

Este ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que se ejerce un control posterior y selectivo de la gestión fiscal. Por lo anterior no se emiten conceptos de situaciones particulares o concretas que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia.

No obstante, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una clarificación sobre los temas, pasa esta Oficina Jurídica a formular algunas consideraciones de manera general y abstracta teniendo en cuenta las inquietudes formuladas por el consultante.

Referente a las inquietudes uno y dos, nos permitimos manifestarle, que de acuerdo al artículo 119 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República tiene la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración. A su vez el artículo 267 define el control fiscal como una función pública, el cual se ejercer sobre la administración pública, sobre los particulares y las entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

El artículo 272 de la Carta, señala que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios, es ejercida por las Contralorías, atribuyéndole a los contralores territoriales las mismas funciones del Contralor General de la República.



De conformidad con el Decreto 092 de 2017, por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, este Decreto es aplicable a los contratos entre las entidades estatales del gobierno nacional, departamental, distrital y municipal y entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades previstas en los planes de desarrollo, independientemente de la denominación del acto jurídico.

Por lo tanto los contratos con asociaciones sin ánimo de lucro se encuentran autorizados por mandato legal, pero es necesario precisar que la contratación estatal es una actividad pública reglamentada y regulada, para lo cual deben cumplirse a cabalidad todas las condiciones exigidas para la relación contractual.

Conforme al artículo 25 de la Ley 42 de 1993 establece:

Artículo 25º.- Las contralorías ejercerán control fiscal sobre los contratos celebrados con fundamento en el artículo 355 de la Constitución Nacional a través de las entidades que los otorguen.

De lo anterior se concluye que los contratos con las Entidades Sin Ánimo de Lucro están sujetos al control fiscal de las Contralorías, y labores de auditoria que adelanten los equipos auditores, se deben desarrollar dentro de un ambiente de responsabilidad, integración, cooperación, apoyo, el cual se debe efectuar mediante la aplicación de procedimientos que integren los sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, y de resultados entre otros.

Con referencia al punto tercero, es necesario, como primera medida, entender claramente cuál es la definición de contrato público y supervisión en contratación estatal. El contrato público es un tipo de contrato en el cual una de las partes es la Administración Pública, y está sometida a un régimen jurídico, colocando al contratista en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración.

Por otra parte, se puede entender el concepto de supervisión estatal como el proceso por el cual se ejerce la actividad de dirección, supervisión, seguimiento, control de desarrollo y consecución satisfactoria del objeto contractual, el cual se debe realizar bajo los parámetros técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato.

La Ley 1474 en su capítulo VII, en su artículo 84 establece:

"Art. 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos indebidos, tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente."

Por lo anterior están facultados por la Ley los supervisores del contrato público a tener injerencia en las diferentes acciones que se realicen sobre el contrato celebrado. Con el fin de dar cumplimiento a una de las obligaciones que tiene la supervisión de los contratos como lo es rendir informes, conceptos, avances, etc., con el fin de presentar el estado existente del contrato ante el ordenador del gasto.

Con relación a los puntos cuarto y quinto esta Oficina Jurídica realiza las siguientes apreciaciones:

El daño patrimonial consiste en una lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, por una mala gestión fiscal, fenómeno que sucede en el caso del pago de multas, sanciones e intereses de mora, de una entidad pública a otra.

El artículo 6° de la ley 610 de 2000, define el daño patrimonial en los siguientes términos:

"Artículo 6°.- Daño patrimonial al Estado.- Para efectos de ésta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los 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."

La pretensión del artículo fue la de definir claramente el daño, estableciendo que ese daño es producto de que los recursos percibidos se han utilizado para un fin distinto al que tienen por no haberse administrado de la manera más correcta y eficaz, generando una situación de detrimento patrimonial a la Entidad.



La Corte Constitucional por medio de la sentencia, SU-620-96, de unificación jurisprudencial, con ponencia del magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell, se ocupó de precisar el concepto de daño en materia fiscal en los siguientes términos:

“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 considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.”

El daño patrimonial al Estado, como su nombre lo indica, es un fenómeno de carácter estrictamente pecuniario o económico; consiste en la pérdida de recursos por parte del Estado, causando un empobrecimiento del erario.

Podemos establecer que el daño patrimonial al Estado es un perjuicio material, el cual debe establecerse por medio de un proceso de responsabilidad fiscal, mediante el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por la Contraloría, con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal, o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un daño al patrimonio del Estado.

Por lo anterior se puede concluir que el detrimento patrimonial al Estado se genera sobre los recursos percibidos o por la omisión de no efectuar el recaudo de los mismos.

Con relación al sexto punto, referente a que si los contratistas realmente son gestores fiscales, es necesario aclarar que como función complementaria del control y de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales, existe igualmente, a cargo de estas, la de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal.

El artículo 3º de la Ley 610 de 2000, es claro en la definición de la gestión fiscal, y estipula que un gestor fiscal puede ser un servidor fiscal o personas de derecho privado donde estipula:

“Artículo 3º. Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación,

conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”

Al respecto la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 840/2001 del 9 de agosto de 2001, Magistrado ponente, Jaime Araujo Rentería, respecto a la Gestión Fiscal, manifestó:

“...Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares [1], sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

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



Por medio de la expedición de Ley 1474 de 2011, el Gobierno Nacional y el congreso de la Republica, pretendieron contrarrestar el fenómeno de la corrupción en materia de contratación, entrando a implementar y a regular el procedimiento ordinario y el verbal de responsabilidad fiscal, en su artículos 118, hace referencia a los contratos de interventoría, en el literal c) preceptúa:

“...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...”.

El Legislador en su análisis consideró que la deficiente supervisión o interventoría constituía una de las principales razones por las cuales los contratos no eran ejecutados, en especial, los de obra pública, por ello estipuló que la omisión en las citadas labores conllevarían a la presunción de culpa grave imponiendo necesariamente que los supervisores e interventores realicen adecuadamente sus funciones so pena de ser vinculados al proceso de responsabilidad fiscal, con la presunción que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave.

En el artículo 119 de la precitada Ley, establece que los contratistas son solidarios dentro del proceso de responsabilidad fiscal, cuando el daño patrimonial proviene de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, pues al ser referida la solidaridad a la responsabilidad fiscal (de carácter patrimonial), siempre en el evento concreto deberán configurarse frente a cada gestor fiscal los elementos estructurales de dicha responsabilidad, en punto del daño, la conducta (imputación subjetiva a título de dolo o culpa grave), y el nexo causal.

De acuerdo a los anteriores planteamientos se puede concluir que la solidaridad que establece el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de la precitada ley, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.

Bajo las anteriores consideraciones se emite el presente concepto, dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aclarando que el presente análisis se limita a precisiones de carácter general y abstracta, sin que se entre a evaluar ningún caso en concreto, ni la relación de hechos allí consignada.

Confiando en que se despejen las inquietudes planteadas, me suscribo de usted.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica

*Proyecto: Ilba Edith Rodríguez Ramírez
Profesional Grado 02*

