

SUJETOS PASIVOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN COLOMBIA

Mallerly Hidalgo Cárdenas¹

mallerly.hidalgo@udea.edu.co

Resumen

El presente documento tiene como propósito principal fijar una posición conceptual, procesal y académica sobre la responsabilidad en Colombia, partiendo de la definición de la misma y de quiénes pueden ser sujetos pasivos de ella. Específicamente, se determinan, aquellos eventos en los cuales una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de responsabilidad fiscal por ser gestora fiscal, con el objeto de servir de base para que las contralorías territoriales, fijen posiciones institucionales únicas y homogéneas, que permitan hacia el futuro evitar diversidad de interpretaciones en cuanto a la aplicación de la norma; de igual manera, en la toma de decisiones sancionatorias. Se concluye que, así se logra una mayor eficiencia en la implementación de los procesos de responsabilidad fiscal que adelantan los órganos de control fiscal en Colombia.

Sumario

Introducción. I. Antecedentes de la responsabilidad fiscal en Colombia. II. Responsabilidad fiscal y sus presupuestos. III. El Control Fiscal en Colombia. IV. Sujetos Pasivos de la responsabilidad fiscal. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Palabras claves: Responsabilidad fiscal, Persona jurídica, Gestión fiscal, Gestores fiscales, Detrimiento patrimonial, Contraloría General de la Nación, Daño Patrimonial, Dolo, Culpa, Nexos de Causalidad.

¹* Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana; Especialista en Seguridad Social, Asesora jurídica en materia laboral. Este artículo se presenta para optar por el título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, sede Medellín.

Introducción

Si bien la Responsabilidad Fiscal es una figura Jurídica que se ha manejado en Colombia desde el siglo pasado, es importante precisar que en la actualidad tiene fundamento normativo en la Constitución Política (artículos 267 y siguientes), y se regló a través de la Ley 610 de 2000 (modificada y adicionada por el Decreto Ley 403 de 2020), y Ley 1474 de 2011. De manera que corresponde a las Contralorías del país, adelantar los procesos de índole administrativa con los cuales se logre el cometido de tales normas.

Según lo establecido en el artículo 6 de la ley 610 de 2000, son llamados a responder fiscalmente los servidores públicos y las personas de derecho privado, naturales o jurídicas, que manejen o administren recursos o fondos públicos, que en forma dolosa o gravemente culposa produzcan directamente o que con su conducta contribuyan al acaecimiento de un detrimento al patrimonio público. Estas personas son los denominados "Gestores Fiscales".

Por esta razón, el factor determinante para ser llamado a responder fiscalmente es pertenecer a la categoría de gestor fiscal. Esto es, ejercer actos de gestión fiscal, concepto en el que tendremos que ahondar para determinar aquellos eventos en los que una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de responsabilidad fiscal.

El presente documento se compone de cuatro capítulos, en los que se pretende abordar las diferentes inquietudes y cuestionamientos que se han presentado en la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal. Se inicia con un análisis previo de la posición jurisprudencial en la materia para estudiar la literalidad de las normas que regulan el proceso de responsabilidad fiscal y llevar dichos preceptos al ámbito práctico; esto con el fin de determinar claramente los eventos en los que la persona jurídica puede ser sujeto pasivo de responsabilidad fiscal.

Para la elaboración de este documento se realizó la recopilación y consulta de diversos escritos e informes de entidades públicas, jurisprudencia de la Corte Constitucional,

Consejo de Estado y tribunales administrativos; de igual manera, se estudia la doctrina de expertos en el tema y de algunas monografías que se encuentran publicadas.

Asimismo, en las conclusiones del presente artículo se podrá evidenciar como en Colombia existen diversas posiciones institucionales frente al concepto de responsabilidad fiscal, lo que impide la implementación y ejecución con eficiencia de los procesos de responsabilidad fiscal que adelantan los órganos de control fiscal en Colombia.

I. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN COLOMBIA

El primer antecedente legislativo que tenemos de control fiscal se encuentra en la Ley Principal Contra los Empleados de Hacienda en el año 1819. Mediante la cual se comunicó a todos los empleados de hacienda pública que a partir de ese momento al servidor que se le comprobara mala administración de los recursos públicos se le sancionaría hasta con pena de muerte. Posteriormente, en 1873, se expidió el Código Fiscal. Pero el primer avance importante que se realizó en materia de organización del sistema de control fiscal en Colombia tuvo lugar bajo el gobierno de Pedro Nel Ospina, quien en 1923 contrató un grupo de expertos con el fin que analizaran la situación económica del país.

Más adelante, la Misión Kemmerer realizó comentarios importantes a la situación económica que atravesaba el país, surgiendo la necesidad de crear un Departamento de Contraloría. En virtud de ello, se expidió la Ley 42 de 1923, a través de la cual se instituyó el citado departamento. Desde este momento y hasta el año 1975, año en que se expidió la ley 20, no se tenía un régimen jurídico-fiscal unificado, acorde con las necesidades que la misma modernización y evolución del Estado reclamaba para el organismo de control, el cual debía ser ágil, técnico y moderno con el fin de velar por el adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la nación.

Con la expedición de la Ley 20 de 1975 se pretendió entonces unificar la legislación dispersa que sobre control fiscal existía y crear mecanismos de control que

podieran ofrecer como resultado positivo una vigilancia acorde para cada una de las entidades del Estado, cuyo objetivo primordial fuera garantizar al mismo Estado, el adecuado rendimiento de los bienes o ingresos de la nación y obtener de esa manera la eficiencia del gasto público.

Aunque el Proceso de Responsabilidad Fiscal ha tenido una larga trayectoria legislativa, es pertinente analizarlo a partir de la Constitución Política de 1991, donde se encuentra su actual fundamento y se le otorgó una característica especial al proceso. A partir de este momento, se constituyó como un control posterior y selectivo.

Es así como el Proceso de Responsabilidad Fiscal encuentra su fundamento en el artículo 267 de la actual norma constitucional colombiana. Sin embargo, este artículo debió ser desarrollado mediante una Ley, razón por la que el Congreso de la época tramitó lo que hoy en día se conoce como la ley 42 de 1993, en la cual se organiza el sistema de control fiscal y financiero y se regla lo relacionado con los entes u organismos que lo ejecutan.

No obstante, la Ley 42 de 1993 realizó una regulación básica, no profunda, del Proceso de Responsabilidad Fiscal, pues únicamente se referían al procedimiento los artículos 72 a 89 de la mencionada Ley, por lo que en el año 2000 se expidió la Ley 610, en la cual se reguló de manera más específica el proceso de responsabilidad fiscal, ante la necesidad de precisar su alcance y las reglas de procedimiento aplicables para llegar a su declaración,

La Ley 610 de 2000 continúa vigente, sin embargo, la Ley 1474 de 2011 estatuto anticorrupción, consagró una modificación al proceso de responsabilidad fiscal, introduciendo un proceso de tipo verbal para aquellos casos que cumplan con las características especiales contenidas en su artículo. Adicionalmente, se encuentra el Decreto-Ley 403 del 2020, mediante el cual se dictaron normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 del 2019 y el fortalecimiento del control fiscal. En cuanto al fortalecimiento de los procesos de responsabilidad fiscal, el Decreto-Ley 403 del 2020 realizó varias reformas a la Ley 610 del 2000.

Acorde con los cambios sustanciales en la estructura del Estado colombiano, la gestión fiscal ha cobrado una gran importancia; específicamente, en asuntos relacionados con el gasto social. La existencia de una gestión fiscal ha implicado el desarrollo de diferentes normas y mecanismos tendientes a velar por el patrimonio del Estado y cuidarlo de aquellos detrimentos causados, directa o indirectamente, por sus ejecutores y ordenadores del gasto.

El Proceso de Responsabilidad Fiscal se define, de acuerdo con la Ley 610 de 2000, como aquel conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado. Se entiende por daño patrimonial aquella lesión del patrimonio público que se traduce en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión antieconómica e ineficaz que en términos generales no se aplique al cumplimiento de los fines del Estado

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 267 y 268, numeral 5° de la Constitución Política, corresponde a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, municipales y distritales “establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma”.

La Corte Constitucional, por su parte, a través de reiterados pronunciamientos, ha manifestado que el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado no es otro que el de garantizar el patrimonio económico estatal. Este debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, en los términos de lo estatuido por los artículos 2° y 209 de la Constitución Política.

Ahora bien, en cuanto a las características del proceso de responsabilidad fiscal, la Corte, en las sentencias SU-620 de 1996, en vigencia de los correspondientes apartes de la Ley 42 de 1993, y C-619 de 2002, ya bajo el régimen de la Ley 610 de 2000, se refirió a éstas, en los siguientes términos:

a. La materia del proceso de responsabilidad fiscal es determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado. Se trata de un proceso de naturaleza administrativa, a cargo de la Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales.

b. La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de quienes están a cargo de la gestión fiscal, pero es, también, patrimonial, porque se orienta a obtener el resarcimiento del daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. c. Como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio -ni penal, ni administrativo-, sino que su naturaleza es meramente reparatoria. Por consiguiente, la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma, distinta de las responsabilidades penal o disciplinaria que puedan establecerse por la comisión de los hechos que dan lugar a ella.

La existencia de una gestión fiscal ejercida por la administración pública, necesariamente implica la implementación de mecanismos que controlen dicha gestión, pero deben ser mecanismos idóneos y resarcitorios del detrimento patrimonial que potencialmente pudiese causarse por parte de los administradores al erario público.

Ahora bien, para hablar de responsabilidad fiscal es estrictamente necesario entender el concepto de gestión fiscal y control fiscal. De acuerdo con nuestra doctrina y jurisprudencia, dichos conceptos se entienden como: el primero, aquel conjunto de operaciones y procesos que desarrolla la administración en todos los niveles o los particulares que administran bienes públicos en ejercicio de funciones administrativas, tendientes al cumplimiento de los fines generales del Estado; el segundo, como aquella actividad de estricto carácter administrativo que persigue el aseguramiento de los intereses generales de la comunidad a través de un buen manejo de los recursos públicos y del cumplimiento de los fines del Estado.

Es aquí donde surge la responsabilidad fiscal, como aquel control que se ejerce sobre la gestión fiscal desplegada por la administración y los particulares en ejercicio de funciones administrativas. El control es regulado por la ley y pretende vigilar todo lo relacionado con esta actuación administrativa y que se despliega a través de actividades eminentemente administrativas.

Para ahondar un poco más en la forma en que se materializa la responsabilidad fiscal para la defensa del patrimonio público, se debe hacer entonces una breve reseña sobre la naturaleza, causas, competencias y trámite que debe surtir ante las contralorías y demás entidades autorizadas por la constitución y la ley, en desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal, proceso administrativo se desarrolla con base en principios generales consagrados en la Constitución Política y en la ley, tales como la economía, la celeridad, la eficacia, la imparcialidad, la publicidad, la equidad y la valoración de costos ambientales.

II. LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y SUS PRESUPUESTOS

En cuanto a la responsabilidad fiscal, el artículo 1 de la Ley 610 de 2000 establece que “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”.

Asimismo, el artículo 4° de la citada ley señala que 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, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Encontramos entonces que el proceso de responsabilidad fiscal tiene varios propósitos, así:

- ✓ Su objetivo principal es velar por la protección del patrimonio público.
- ✓ Pretende garantizar la aplicación de los principios de transparencia y moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo, inversión y uso de los bienes y recursos públicos.
- ✓ Busca verificar la eficiencia y eficacia de la administración en la realización de los fines del Estado.

Adicionalmente, los procesos de responsabilidad fiscal tienen algunas características relevantes, de las cuales se resaltan las siguientes: son netamente administrativos, tienen naturaleza esencialmente indemnizatoria o resarcitoria, y no sancionatoria, pues buscan obtener el pago de una indemnización pecuniaria por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal; están regulados en la Ley 610 de 2000 y las leyes que la modifican o complementan, como la Ley 1474 de 2011, y el Decreto-Ley 403 de 2020; y deben observar las garantías sustanciales y procesales propias de las actuaciones administrativas.

Ahora bien, para establecer la responsabilidad fiscal, se requiere examinar si la conducta comporta **gestión fiscal** o guarda alguna relación de conexidad con ésta, pues como ya se mencionó, la responsabilidad fiscal será consecuencia de aquella afectación del patrimonio público, tanto en forma dolosa como culposa, en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos y particulares, que manejen o administren bienes y recursos del Estado.

Por su parte, la Ley 610 de 2000 define la gestión fiscal en los siguientes términos:

ARTICULO 3o. GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a

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

En este sentido, y de acuerdo a la mencionada Ley, la definición de gestión fiscal enmarca en un todo las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, para aquellos que tienen la competencia o capacidad para ejecutar acciones relacionadas con el manejo, administración y/o supervisión del patrimonio público, orientados a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios determinados. En este escenario, encontramos tanto a quienes fungen como servidores públicos como a aquellos particulares que tienen capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público.

De acuerdo con lo expuesto, se puede inferir que la órbita 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 indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.

Adicionalmente, es necesario realizar un análisis de los demás requisitos que se deben cumplir para hablar de responsabilidad fiscal, tanto en el contexto normativo, como en el jurisprudencial y doctrinario, pues adicional a la gestión fiscal, concepto ya explicado, existen otros presupuestos que deben coexistir obligatoriamente para configurar este tipo de responsabilidad.

De acuerdo a la definición legal, los elementos de la responsabilidad fiscal son: 1) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; 2) un daño patrimonial al Estado; y 3) un nexo causal entre los dos elementos anteriores; esto, teniendo en cuenta la definición original del artículo 5° de la Ley 610 de 2000 (es decir, previo a la modificación realizada por el artículo 125 del Decreto Ley 403 de 2020), así:

ARTÍCULO 5°. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Ahora bien, para que pueda declararse la responsabilidad fiscal de un Gestor Fiscal, es necesario que se analice su conducta, puesto que el reproche fiscal debe hacerse únicamente a título de **dolo o de culpa grave** y no a título de otra clase de culpa.

La jurisprudencia y la doctrina, han definido el dolo o la culpa grave como aquel incumplimiento grave que un agente Estatal comete de las funciones que estaban a su cargo; aclarando que para predicar la existencia de dolo, se deberá analizar si dicho incumplimiento fue debido a un actuar consciente y voluntario del Gestor, es decir, con el conocimiento y la intención de causar daño; mientras que para imputar a título de culpa grave, se deberá analizar la previsibilidad que tenía el agente de la producción del daño que podría haber causado con su conducta.

Al respecto el Consejo de Estado, en Sentencia con Rad.23.049, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, ha señalado:

En consideración a lo anterior, la Sala ha explicado que, para establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y, si respecto de ellas, se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas - actuación dolosa -, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aun así no lo hizo, o confió en poder evitarlo -actuación culposa-

En suma, para el análisis del actuar de ese agente, es indispensable realizar el estudio de las funciones a su cargo y, si respecto de ellas, se presentó un incumplimiento grave, pues de no ser así, no podría operar la responsabilidad fiscal de plano.

Ahora bien, en lo que respecta a la noción **de daño patrimonial**, podría decirse que es aquel que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa, sobre las cosas que lo componen, o indirecta, como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades. Y, en cuanto a la expresión intereses patrimoniales del Estado, se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública.

Indica el artículo 6 original de la Ley 610 de 2000 (previo a la modificación realizada por el artículo 126 del Decreto Ley 403 de 2020), lo siguiente:

...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.

En consecuencia, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a manera de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.

Es menester recordar que la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Se advierte que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que, hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley.

Es claro entonces que, la gestión fiscal, está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.

Finalmente, tenemos el último de los tres elementos esenciales de la responsabilidad fiscal, que es **la relación de causa a efecto entre el daño y la culpa**, llamado nexo de causalidad. Este nexo, cuya existencia es indispensable para que se pueda derivar responsabilidad fiscal, implica en su formulación más simple que el daño fiscal debe ser consecuencia directa de la conducta culposa del gestor fiscal. Por tanto, no existe dicho nexo, cuando en la producción del daño opera causa extraña, es decir, fuerza mayor, caso fortuito o el hecho de un tercero.

Por lo anterior, resulta entonces claro que para atribuir responsabilidad fiscal no basta simplemente con la acreditación del daño patrimonial al Estado, sino que, además, es necesaria la prueba de que ese daño se haya cometido con dolo o culpa grave, es decir, debe existir un nexo causal entre la conducta y el daño, lo cual se configuraría en el tercer elemento que se requiere para imputar dicha responsabilidad.

Acerca de la necesidad de que exista un nexo causal entre la conducta dolosa o gravemente culposa del gestor fiscal y el daño producido al patrimonio del Estado, ha definido la doctrina, específicamente Uriel Alberto Amaya (2003) que: **“La doctrina es uniforme en señalar que hay relación de causalidad cuando el hecho, doloso o culposo, es la causa directa y necesaria del daño: cuando sin aquel éste no se habría producido”** (Pág. 186-187 y 190-191).

Por esta razón, una vez aclarado el alcance de cada uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal, y establecido que los tres deben figurar comprobados dentro del proceso de responsabilidad fiscal, es necesario indicar que, en si no se encuentra acreditado alguno de ellos no aplicaría de plano la responsabilidad.

III. EL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

El Control Fiscal, de acuerdo con el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, es una función pública a cargo de la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Es una función especializada, pública, mediante la cual se lleva a cabo la vigilancia de la gestión de los recursos públicos en sus diferentes etapas, de forma que su uso se base en los principios de eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de los costos ambientales, permitiendo el logro de los fines del Estado.

La Corte Constitucional en Sentencia C-103 de 2015, reitera que el Control Fiscal: “constituye una función pública especializada, que tiene por objeto vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que tienen a su cargo el manejo de fondos o bienes de la Nación, con el propósito de velar por la protección del patrimonio público”.

Por su parte, Correa y Tovar (2014) definen el Control Fiscal como:

Una función pública que tiene como objetivo fundamental vigilar o fiscalizar la ejecución del gasto de las entidades públicas centralizadas o descentralizadas del orden local, regional o nacional: ingresos, gastos y en general, operaciones relativas a los bienes públicos. También se ejerce a particulares o privados que manejen fondos o bienes públicos, en la medida en que el proceso de modernización del Estado ha llevado a ceder a particulares, funciones que en el Estado de Bienestar eran de resorte estatal. El Control Fiscal verifica la legalidad de las actuaciones financieras, pero también la eficacia, eficiencia y economía en la ejecución de políticas, programas y proyectos. Implica, no solamente cumplimiento de normas y procedimientos financieros, sino también un control basado en resultados y en el cumplimiento de las metas sociales propuestas.

En este sentido, es importante resaltar que Control Fiscal es una expresión propia de la responsabilidad que tiene el Estado para con sus ciudadanos de rendir cuentas de sus actividades y los resultados del uso de los recursos públicos, basados en sus planes y programas para cumplir con los objetivos estatales. Asimismo, contribuye al fortalecimiento de la capacidad del Estado para que la gestión de los recursos

públicos se produzca de manera efectiva, con los criterios de eficiencia, eficacia y economía y se mantenga la confianza en las instituciones públicas, rigiéndose por al principio de legalidad.

Por su parte, la Corte Constitucional al respecto, en la Sentencia C-529 de 1993 ha indicado que la importancia del Control Fiscal radica en que: “A través de él se determina si la gestión pública de los recursos del estado se adelantó conforme a las normas jurídicas, los principios constitucionales, contables, presupuestales los objetivos, planes programas y proyectos del Estado a través de sus gestores fiscales”.

Ahora bien, al interior de la estructura del Estado colombiano, la cual está integrada por órganos autónomos e independientes, indispensables en el cumplimiento de los fines del Estado, encontramos los órganos de control, particularmente la Contraloría General de la República, Contralorías departamentales, distritales y municipales. La función del Control Fiscal, que corresponde a estos órganos, ha sido definida como una función pública, que garantiza la vigilancia de la gestión fiscal de la administración pública y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado; la cual incluye la eventual imposición de sanciones pecuniarias, recaudar su monto y el ejercicio de la jurisdicción coactiva.

Para llevar a cabo este cometido de su función misional, sobre la reparación del daño, la Contraloría General de la República adelanta: indagaciones preliminares, proceso de responsabilidad fiscal, proceso de jurisdicción coactiva y se constituye en parte civil en procesos penales.

Actualmente, este control se ejerce de forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, sin embargo, se requiere que La Contraloría sea más oportuna en la vigilancia del recurso público y que no solo llegue cuando el daño este consumado y las obras se conviertan en elefantes blancos sin utilidad alguna.

IV. SUJETOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

En tratándose del alcance del concepto de gestión fiscal y de los sujetos pasivos del proceso de responsabilidad fiscal, es preciso citar la Sentencia de 26 de agosto de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado Expediente núm. 05001-23-31-000-1997-2093- 01, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la que se señaló:

“Cabe señalar que la Ley 42 de 1993, a diferencia de lo que sucede con la Ley 610 de 2000, no consagra una definición de gestión fiscal; empero nada impide a la Sala acudir al concepto que sobre el tema trae la referida Ley 610 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”.

“El artículo 3° de dicha Ley prevé:

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

De la definición transcrita se deduce entonces que los sujetos pasivos en el proceso de responsabilidad fiscal son los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado.

Ahora bien, de acuerdo con los artículos 1°, 3°, 4° y 6° de la Ley 610 de 2000, con el antecedente jurisprudencial y del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, es viable

imputar responsabilidad fiscal, no sólo a quienes despliegan actividades que comportan gestión fiscal, sino que es extensiva a quienes contribuyan o concurran al detrimento al patrimonio público.

Así las cosas, se endilga responsabilidad fiscal a quien con su actuar doloso o gravemente culposo haya causado una afectación del patrimonio público, en el desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos o los particulares que administren o manejen bienes o recursos públicos.

Al respecto la Corte Constitucional, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1° de la ley 610, en Sentencia C840 de 2001, señaló:

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

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

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

Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.”

Se puede afirmar que, el control fiscal no se puede practicar con un criterio general, situación por demás importante si se tienen en cuenta las diferentes formas de asociación económica del Estado con los particulares en aplicación de la descentralización por servicios, tanto a nivel nacional como territorial. En estos eventos la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares, sin que importe su condición específica cuando tengan funciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas

De conformidad con lo transcrito, la Contraloría, como ente de control fiscal, es quien tiene la obligación de identificar quiénes ejercen gestión fiscal, y, adicionalmente, debe examinar si la conducta comporta gestión fiscal o guarda alguna relación de conexidad con ésta, pues como ya se ha dicho, la responsabilidad fiscal tiene origen en aquella afectación del patrimonio público que se genera tanto en forma dolosa como culposa, durante el desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella y en cumplimiento de los servidores públicos y particulares, que manejen o administren bienes y recursos del Estado.

Sin embargo, de acuerdo con las normas analizadas, objetivamente serán **sujetos de control fiscal** los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos

que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

En el orden territorial son sujetos de control fiscal los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el párrafo anterior.

En cuanto a la responsabilidad fiscal de las personas jurídicas de carácter privado, que sean gestoras fiscales por una atribución legal o contractual, y que en ejecución de su gestión produzcan un menoscabo al patrimonio público administrado, sería sujeto activo de la responsabilidad la persona jurídica, en primera instancia y si es del caso, comprobada la participación mediante conductas dolosas o gravemente culposas podría proceder a las personas naturales que obraron a nombre y representación de la empresa, sin perder de vista que la primera llamada a responder es la persona jurídica, en términos patrimoniales.

En este escenario, el proceso de responsabilidad fiscal debe tramitarse en contra de la persona jurídica, pero en cabeza de su representante legal, quien dispondrá del mismo arsenal procesal para defender a la empresa que representa. El fallo con responsabilidad fiscal afectaría el patrimonio de aquella, al igual que las medidas cautelares que se produzcan.

En lo que respecta a las personas jurídicas de derecho público, cuando por convenio ejecutan contratos, interventorías o consultorías, para los entes del estado, éstas no pueden ser vinculadas como presunto responsable fiscal. Esto bajo la teoría de la inexistencia de daño al Estado entre entidades públicas y por la misma conceptualización e interpretación del artículo 6º de la Ley 610 de 2000, el cual en su inciso segundo señala: “[...] 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 citado artículo define claramente los potenciales sujetos pasivos de la acción de responsabilidad fiscal y sin enunciar a las personas jurídicas de derecho público, lo cual tiene lógica, si entendemos que el Estado es uno sólo, independientemente que exista descentralización administrativa y territorial, por ello esta afirmación encuentra soporte no solamente en la definición de la norma, sino también en la teoría de la “inexistencia de daño entre entidades públicas”.

Es importante, en primer término, analizar el artículo 128 de la Constitución Política, que preceptúa, que se debe entender como patrimonio del Estado, el de la Nación, entidades territoriales y descentralizados e igualmente armonizar que la República de Colombia es un Estado Unitario, en el cual prima el principio de unidad de caja en materia presupuestal. En segundo lugar, debemos tener presente que existen varios pronunciamientos jurisprudenciales e institucionales que ratifican la inexistencia de daño al patrimonio del Estado cuando la afectación se produce de una entidad Estatal a otra, teniendo en cuenta que se confunde las calidades de deudor y acreedor en un mismo ente, denominado Estado; ello bajo el criterio, se reitera, de la unidad financiera y teniendo en cuenta nuestra concepción constitucional de República Unitaria.

Es decir, que bajo dichas premisas constitucionales no podrá existir daño al patrimonio entre entidades del Estado, razón por la cual, no deberían ser vinculadas las personas de derecho público al proceso de responsabilidad fiscal en el caso citado.

CONCLUSIÓN

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

La responsabilidad fiscal está determinada por un criterio normativo de imputación que se estructura con base en el dolo y la culpa grave, parte del daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del mismo.

La gestión fiscal, como presupuesto de la responsabilidad fiscal, hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las etapas de recaudo, adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición. Por su parte, el Control Fiscal es aquella vigilancia que busca establecer si las diferentes operaciones, acciones jurídicas, financieras y materiales de la gestión fiscal se cumplieron de conformidad con las normas prescritas, los principios de contabilidad aplicables, los criterios de eficiencia y eficacia y los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen las metas inmediatas de la administración.

Actualmente, el Control Fiscal se ejerce por parte de la Contraloría, de forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, sin embargo, debemos ser más oportunos en la vigilancia del recurso público y no solo llegar cuando el daño este consumado y las obras se conviertan en elefantes blancos sin utilidad alguna.

Para el cumplimiento de los propósitos constitucionales, así como los contenidos en la Ley 1474 de 2011, en cuanto a la lucha contra la corrupción y contra la ineficiencia en el manejo de los recursos públicos, resulta necesaria la modificación y el fortalecimiento de la institucionalidad del control fiscal y de sus instrumentos técnicos, tecnológicos, jurídicos y financieros.

La responsabilidad fiscal se dirige contra los servidores públicos y los particulares (personas naturales y jurídicas de derecho privado) cuando ejerzan funciones de gestión fiscal, es decir, de administración o manejo del patrimonio público. En otras palabras, dichas personas

son sujetos activos cualificados, cualificación que surge precisamente por la gestión fiscal que adelantan sobre el patrimonio público.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería, Bogotá, D.C. Agosto de dos mil uno (2001)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-619 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C. Agosto de dos mil dos (2002)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-340 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, D.C. 2007

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Fallo 1024 de 2016. Consejera ponente María Elizabeth García González. Bogotá, D.C. 2016

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 23.049. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá D, C. Noviembre de dos mis seis (2006)

Fajardo Peña, Santiago. “La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado” Universidad Externado de Colombia, Bogotá D, C. 2017

Santafé Alfonso, Lidia Yolanda. “La declaratoria de la responsabilidad fiscal ¿Función administrativa o Jurisdiccional? Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D, C. 2012

Corredor, E. Ariel. “Control Fiscal en Colombia: Apuntes desde el derecho comparados y el proceso de responsabilidad fiscal”. Universidad Católica de Colombia. Bogotá D, C. 2009.

Naranjo Galves, Rodrigo. Eficacia del control fiscal en Colombia: derecho comparado, historia, macroorganizaciones e instituciones. Universidad del Rosario, Bogotá D, C. 2007.

Contraloría General de la República. Concepto Jurídico No 50527. Bogotá D, C. Septiembre de dos mil seis (2006)

Amaya Olaya, Uriel Alberto. “Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos Sustanciales y Procesales”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D, C. 2003.