

MEMORANDO

1900 – 202200005913

OAJ-004-2022

Medellín, 07 de julio de 2022

PARA: Doctor JUAN SEBASTIAN GÓMEZ PATIÑO
Subcontralor
Doctor JUAN EDUARDO CUADROS ACOSTA
Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

DE: OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

ASUNTO: Remisión respuesta concepto línea temática de multas y sanciones administrativas. Relación con la gestión fiscal. Viabilidad del proceso de responsabilidad fiscal.

El siguiente trabajo corresponde a una línea temática de imposición de sanciones y multas, que pueden dar lugar a la apertura del correspondiente Proceso de Responsabilidad Fiscal, elaborada por la Oficina Asesora de Jurídica de la Contraloría General de Medellín a partir conceptos referenciales de índole doctrinal de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, de la Auditoría General de la República, Contraloría General de Medellín y pronunciamientos jurisprudenciales que pueden constituir material de soporte para la confección del **PROBLEMA JURÍDICO** y su correspondiente **TESIS**¹, y contribuir a la orientación de los temas propuestos que como materia específico del debate, se ventilan dentro de los Procesos de Responsabilidad Fiscal e Indagaciones Preliminares que se adelantan en la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de Medellín, en lo referente a las aludidas materias.

¹ Es decir proferir la correspondiente decisión de fondo en torno a la materia debatida dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal.

La tesis que se desarrollará en la presente línea temática será que las multas o sanciones impuestas a las entidades públicas que generan responsabilidad fiscal son aquellas que están vinculadas con actos propios de gestión fiscal.

Con el fin soportar las conclusiones del lineamiento temático, se desarrollarán los siguientes aspectos:

I. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El concepto de sanción y multa impuestas por las entidades públicas
2. Noción de gestión fiscal
3. Multas de las que se puede predicar que se ocasionó un detrimento patrimonial producto de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal.
4. Posición de las altas cortes en torno a las multas y la responsabilidad fiscal
5. Posición de la Contraloría General de la República respecto al tema de las sanciones y/o multas pagadas y la gestión fiscal
6. Antecedentes en la Contraloría General de Medellín
7. Las sanciones fiscales y el proceso de responsabilidad fiscal

II. CONCLUSIONES DE LA LÍNEA TEMÁTICA

En el orden enunciado se desarrollará la temática planteada de la siguiente manera:

I. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El concepto de sanciones y multas impuestas por las entidades públicas

La multa como medida correccional, tiene como finalidad corregir, desalentar y sancionar el incumplimiento de las normas vigentes en una actividad determinada. No necesariamente tiene como objetivo reparar o compensar a los afectados por la infracción. La multa pecuniaria, puesto que debe pagarse en dinero es usualmente coercitiva. Existen varios tipos de sanciones: Tributarias, cambiarias, policivas, administrativa, urbanísticas, ambientales, fiscales (contralorías), tránsito, disciplinarias, contables, seguridad en el trabajo, entre otras. Pueden provenir en Colombia de las superintendencias, ministerios, entidades territoriales, órganos de control, entre otras. Y son aplicadas por transgredir conductas prescritas por el legislador.

Cuando el patrimonio público resulte afectado por el pago de una sanción o multa, el servidor público o el particular que maneja bienes o recursos públicos deberán responder fiscalmente, cuando esa multa o sanción sea consecuencia de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna. Contrario sensu, cuando la multa es impuesta por un acto desprovisto de la condición de acto de gestión fiscal, no es procedente acudir al proceso de responsabilidad fiscal para recuperar lo desembolsado por la entidad para sufragar la sanción o multa, ello por cuando la responsabilidad que se genera, en este caso, para el presunto responsable no sería la fiscal en tanto podría ser cualquier otra, como: la disciplinaria, administrativa, civil o penal.

En este orden de ideas, no es de recibo la tesis según la cual, el pago de una multa o sanción es igual a daño fiscal, pues debe establecerse en grado de certeza qué actos revisten la categoría de gestión fiscal, y sólo en el evento de comprobarse la existencia de conductas o actos de gestión fiscal, en el marco de los deberes funcionales, que contemplen una obligación expresa de impedir el resultado o de realizar la acción omitida, podría eventualmente adelantarse un proceso de responsabilidad fiscal.

2. Noción de gestión fiscal

Para comprender el concepto de gestión fiscal se debe acudir a la interpretación textual del artículo 3º de la Ley 610 de 2000, así, la gestión fiscal comprende los siguientes elementos:

- a) Es 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,
- b) cuya finalidad es 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,
- c) con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

De lo dicho se colige que para determinar si un servidor público o particular desempeña funciones públicas es gestor fiscal, basta en principio con revisar las funciones que tiene asignadas por Ley o el acto que lo investió de funciones públicas, y, si ellas, tomando en cuenta la definición que trae el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, comportan el manejo de fondos y bienes del Estado, es decir, implican la titularidad administrativa o dispositiva de los mismos, materializada mediante planes de acción, programas, actos de recaudo,

inversión y gasto, entre otros, o comprendan actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, fuerza afirmar que se configura gestión fiscal.

En consonancia con lo anterior, se encuentra el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que señala lo siguiente:

"3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.

Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la Ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal (...).

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

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

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

Y la Sala reitera: la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados². SFT.

Por su parte, los actos a examinar por parte de los entes de control, el Decreto Ley 403 de 2020 preceptúa que ellos incluyen las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuenta, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho, y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal o que involucren bienes, fondos o recursos públicos.

Ahora, el proceso de responsabilidad fiscal permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario.

En tal sentido, el objeto del proceso de responsabilidad fiscal se consolida con la declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros o bienes públicos.

² Corte Constitucional. Sentencia C-840/01. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C., 9 de agosto de 2001.

3. Multas de las que se puede predicar que se ocasionó un detrimento patrimonial producto de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal.

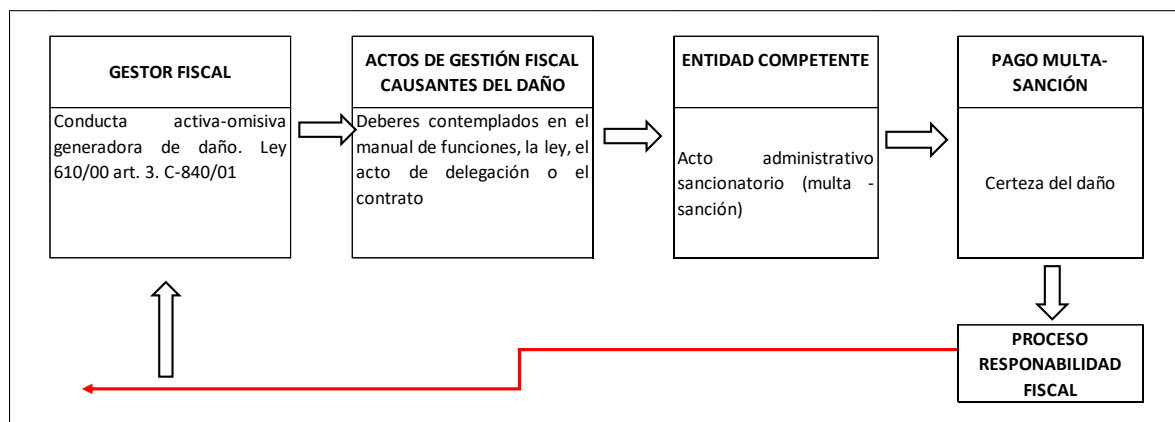
En el tema de la multas las preguntas de auditoría³ o hipótesis que debe plantearse el Equipo Auditor es ¿El valor pagado (operación) por concepto de la multa es imputable a un gestor fiscal, y la conducta sancionada es violatoria del manual de funciones, la Ley o el acto de delegación o el contrato? ¿La multa o sanción impuesta fue consecuencia de una gestión fiscal en tanto implicó el manejo y disposición de fondos y bienes del Estado?

Si la repuestas son positivas se configuraría un hallazgo fiscal, de lo contrario podría surgir otro tipo de responsabilidad diferente a la fiscal. En este sentido el Consejo de Estado de consuno con la Corte Constitucional han precisado, que si se ocasiona un daño patrimonial al Estado por un servidor o exservidor público o por un particular en ejercicio de funciones públicas **sin que medie gestión fiscal**, la entidad puede acudir a i) Acción de repetición, ii) acción de reparación directa, iii) acción disciplinaria y iv) acción civil dentro del proceso penal.

Lo anterior guarda coherencia con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011, según el cual, *“Cuando los órganos de control fiscal adviertan por cualquier medio el quebrantamiento del principio de legalidad, podrán interponer las acciones constitucionales y legales pertinentes ante las autoridades administrativas y judiciales competentes (...).”*

Como síntesis de lo dicho hasta ahora, podemos apreciar en el siguiente diagrama cómo opera la responsabilidad fiscal en el caso de la imposición de multas, sanciones o pago de intereses de mora en el pago de la respectiva sanción o multa para los gestores fiscales:

³ GAT 2020. 3.10.2.3 Hallazgos de auditoría. Los hallazgos de Auditoría son el resultado de analizar y evaluar la evidencia específica y su relación con los criterios de auditoría. En lo sucesivo, los hallazgos van a ser utilizados para responder las preguntas de auditoría, que a su vez sirven de base para extraer conclusiones de acuerdo con el(los) objetivo(s). Una vez definido el(los) objetivo(s) de la auditoría, estos se desglosan en una o varias preguntas o hipótesis que lo desarrollen.



4. Posición de las altas cortes en torno a las multas y la responsabilidad fiscal

El Consejo de Estado en Sentencia del 3 de abril de 2014 sobre el tema de las declaraciones tributarias⁴ y responsabilidad fiscal afirmó:

Es claro, entonces, que la **omisión de los deberes tributarios de declarar y consignar lo retenido configura un detrimento patrimonial** para el agente retenedor, habida cuenta de los mayores valores que por concepto de **intereses y sanciones** se han de generar a su cargo hasta el momento en que se cumplan las respectivas obligaciones. (...). SNFT.

En este orden de ideas, es de inferir que la generación del daño patrimonial al Estado **se gesta a partir del instante en que el agente retenedor omite presentar la declaración** de retención en la fuente y la consignación de los dineros retenidos en la fecha límite fijada para cada periodo. (...). SNFT.

La Sala de Consulta y Servicio Civil en torno al daño patrimonial por pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes públicos sostuvo:⁵

En materia de responsabilidad fiscal, esto no es diferente, ya que el daño aparece cuando se produce una lesión, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos de una entidad u órgano público, por una gestión antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal. (Artículo 6º de la Ley 610 de 2000).

⁴ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA. Ref.: Expediente 850012331000200600390 01. Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C., tres de abril de dos mil catorce. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.

⁵ Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS Bogotá, D. C, quince (15) de noviembre de dos mil siete (2007) Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00077-00(1852).

En el caso concreto del pago de **multas, sanciones e intereses de mora** entre entes de carácter público, hay que determinar si ellos se produjeron por la **conducta** dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna **o por** una **omisión** imputable a un gestor fiscal. **Si así se concluye, surge para el ente que hace la erogación, un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal.** Es claro, entonces, que dicho gasto implica una disminución o merma de los recursos asignados a la entidad u organismo, por el cual debe responder el gestor fiscal. SNFT.

El conjunto 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 autónoma⁶, 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 **pagán multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas** por las entidades u organismos públicos. SNFT.

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**”*

Por último, considera esta Sala que el pago de sumas por concepto de **intereses de mora, sanciones o multas entre entidades u organismos públicos originados en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal,** no puede calificarse contable, ni presupuestalmente como una mera transferencia de recursos, sino como un **gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones de dicho gestor fiscal.** En consecuencia, tiene razón un sector de la doctrina cuando afirma que en estos casos no puede hablarse simplemente de que el dinero público pasa de un bolsillo a otro de la misma persona. SNFT.

La Sala responde:

1 y 2 De acuerdo con lo dispuesto en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, en concordancia con el **Estatuto Orgánico del Presupuesto**, cuando una entidad u organismo de carácter público paga a otro de su misma naturaleza una suma de dinero por concepto de multas, intereses de mora o sanciones, se produce un daño patrimonial. Dicho daño puede dar lugar a responsabilidad fiscal del gestor fiscal comprometido, cuando en el proceso de responsabilidad se pruebe que

⁶ Amaya Olaya, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Universidad Externado de Colombia. 2002.

existió una conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal entre ésta y el daño.

Igualmente el Consejo de Estado en Sentencia del 19 de mayo de 2016⁷ afirmó:

Al respecto, se debe precisar que si bien es cierto que la Jefe de Oficina Asesora de Jurídica de CORMAGDALENA desplegaba actividades jurídicas con relación al contrato núm. 0086 de 2005, éstas no se encontraban relacionadas o comportaban gestión fiscal, pues dentro de las **funciones aplicables** a ella no tenía las de manejo, administración, dirección o disposición de los recursos de la entidad, conforme se dijo anteriormente. (...) Por consiguiente, las omisiones y equivocaciones cometidas por ella, al asesorar al Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, sobre la imposición de **multas y sanciones** frente al contratista incumplido, la caducidad, y supervisión y seguimiento de las pólizas contractuales, **si bien podrían acarrear una acción disciplinaria**, pues las mismas podrían estar relacionadas con el incumplimiento u omisión de sus deberes, contenidos en el **Manual de Funciones** aplicable a su cargo, **no generan consecuencias desde el ámbito de la responsabilidad fiscal**. SNFT.

Al estar ausente la **gestión fiscal**, elemento vinculante y determinante para establecer la responsabilidad fiscal, en las actividades desplegadas por la Jefe de Oficina Asesora de Jurídica de CORMAGDALENA, con relación al referido contrato, no podía la Gerencia Departamental Colegiada Santander de la Contraloría General de la República, vincularla al proceso de responsabilidad fiscal. SNFT

La Corte Constitucional en Sentencia C-160 de 1998 expresó:

“En Sentencia C-690 de 1996, se señaló que, **en tratándose de asuntos tributarios, es admisible que la ley presuma que la actuación del contribuyente no está provista de buena fe, cuando éste ha incumplido sus obligaciones tributarias.** Es decir, que en esta materia, el principio consagrado en el artículo 83 de la Constitución, no tiene una aplicación absoluta. Dijo la Corte:

“Finalmente, en general **es razonable suponer que ha actuado de manera dolosa o negligente quien ha incumplido un deber tributario** tan claro como es la presentación de la declaración tributaria en debida forma, por lo cual resulta natural considerar que la prueba del hecho -esto de la no presentación de la declaración- es un indicio muy grave de la culpabilidad de la persona. Por consiguiente, teniendo en

⁷ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 68001-23-33-000-2013-01024-01 Actor: HORACIO ARROYAVE SOTO Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

cuenta que las **sanciones** impuestas en caso de no presentación de la declaración tributaria son de orden monetario, que el cumplimiento de este deber es esencial para que el Estado pueda cumplir sus fines, y conforme al principio de eficiencia, **la Corte considera que una vez probado por la administración que la persona fácticamente no ha presentado su declaración fiscal, entonces es admisible que la ley presuma que la actuación ha sido culpable, esto es, dolosa o negligente.** SNFT.

5. Posición de la Contraloría General de la República respecto al tema de las sanciones y/o multas pagadas y la gestión fiscal.

Concepto N° 0073 de 2022. Tema: 4.3. Daño entre entidades-Pago de Intereses

En este orden jurídico, al presentarse entre entidades estatales la cancelación de multas, sanciones e intereses de mora, el organismo de control fiscal debe proceder a examinar la conducta del gestor fiscal a fin de determinar si éste obró con dolo o culpa grave con miras a determinar la viabilidad de adelantar el proceso de responsabilidad fiscal.

CGR-Concepto 002.2022. Tema: Acción fiscal por pago de multas y sanciones.

Tratándose de multas y sanciones, su imposición constituye el hecho que genera el daño, que se produjo por la **omisión o la negligencia en el cumplimiento de una obligación,** pero el daño mismo solo se genera cuando se produce el efecto negativo para el tesoro público, que es la cancelación o pago de la sanción o la multa. SNFT.

En el evento de la imposición de una **multa, una sanción o el pago de intereses** por parte de una entidad, originada por la culpa grave o el dolo de una persona que en **ejercicio de su gestión fiscal, dio lugar a la misma,** la vía de reparación no es otra que el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal (...)

5. Conclusión. El mecanismo de reparación patrimonial, cuando **se cancelan multas, sanciones o pago de intereses a cargo del Estado, producto de una gestión fiscal que a título de culpa grave o dolo generó su imposición,** es la acción fiscal mediante el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal a cargo del organismo de control fiscal competente. SNFT.

CGR-Concepto N° 099 de E 2016. Multas cuotas partes pensionales

Caso contrario, si el funcionario competente no adelantó ninguna diligencia, o las que realizó fueron incipientes que no tendieron al recobro de las obligaciones y también hizo un traslado tardío o nunca lo realizó, y con ocasión de esto se generó

el hecho trienal liberatorio de la obligación. Cabe precisar que en uno y otro caso habrá de determinarse la **calidad de gestor fiscal** del servidor público. SNFT.

Ha señalado este Despacho en Concepto jurídico No. 20151E0058746 de 23 de junio de 2015, que *"se reitera que si es posible el daño generado entre entidades estatales, y que éste se hace exigible en cabeza del **servidor público titular de la gestión fiscal** en cuyo desarrollo se generó la merma o detrimento patrimonial, como consecuencia de su acción u omisión dolosa o gravemente culposa y en su **condición de titular de la capacidad decisoria** sobre el cumplimiento de sus objetivos misionales y sobre la ordenación funcional del 'gasto. Así las cosas, es posible que responda fiscalmente, **quién dio lugar a la obligación resarcitoria** de una entidad a otra; y, por otra parte, quien al estar en la obligación de hacer resarcir la merma del patrimonio de una entidad pública afectada, omite adelantar las acciones correspondientes."* SNFT.

Ahora, **para determinar si un servidor público o particular que desempeña funciones públicas es gestor fiscal, basta en principio con revisar las funciones que tiene asignadas por ley o el acto que lo investió de funciones públicas**, y, si ellas, tomando en cuenta la definición que trae el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, comportan el manejo de fondos y bienes del Estado, es decir, implican la titularidad administrativa o dispositiva de los mismos, materializada mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, inversión y gasto, entre otros, o comprendan actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, fuerza afirmar que se configura gestión fiscal. SNFT.

CGR-Concepto N° 221 de 2017. Imposición de multas a Entidades Promotoras de Salud.

Ante el pago de una sanción pecuniaria impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud y sufragada con recursos públicos deberá analizarse el caso a la luz del artículo 5° de la Ley 610 de 2000, para establecer si están presentes los elementos de la responsabilidad fiscal, a saber: i) que exista una **conducta** dolosa o culposa **atribuible a una persona** que realiza **gestión fiscal**, ii) un daño patrimonial al Estado, y iii) un nexo causal entre éstos dos elementos. (...). SNFT

El **pago de sanciones** pecuniarias que realicen la Entidades Promotoras de Salud, con recursos parafiscales, serán objeto de investigación por parte de las contralorías competentes cuando dicha sanción se ocasione por la conducta dolosa, ineficaz o inoportuna o por una omisión que sea **imputable a un gestor fiscal**. SNFT.

La Auditoría General de la República, en Concepto 110.037.2018 sobre la estructuración de los hallazgos fiscales ponía de presente que una infracción de tipo contable tipificaba un hallazgo administrativo, no fiscal. Igualmente recomendaba que los hallazgos con connotación fiscal deben partir de una conclusión contundente sobre el daño patrimonial, con la debida fundamentación jurídica, enunciación concreta de los hechos relevantes, la identificación de los servidores o contratistas explicando su participación en los hechos, es decir en la GESTIÓN IRREGULAR, así las normas violadas y su concepto. La idea es que el área de responsabilidad fiscal apertura el proceso con elementos probatorios y jurídicos suficientes.

Por tanto una adecuada configuración del hallazgo fiscal, permite una gestión de los procesos de manera eficaz, económica y eficiente.

6. Fallos de responsabilidad fiscal. Antecedentes en la Contraloría General de Medellín.

Auto N° 409. Radicado 032 de 2019

Mediante Auto N° 409 del 2020, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de Medellín, archivó el proceso de responsabilidad fiscal, radicado 032-2019, argumentado entre otros tópicos:

Llegado a este punto es claro que la omisión de remisión de una información solicitada por la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC – y que generó la imposición de una multa en contra de la entidad afectada **no constituyó un acto que comporte gestión fiscal** en los términos definido por la Ley 610 de 2000 y como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ello por cuanto remitir una información a un ente de vigilancia y control no implica manejo o disposición de bienes o de recursos públicos, que es lo implica ejercer gestión fiscal. SNFT.

Ahora si bien es cierto el Consejo de Estado en Concepto No 1.852 del 15 de noviembre de 2007, se ocupó de evaluar el *“Daño patrimonial por pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes públicos”* también se desprende del aludido concepto que el presupuesto para que las multas, sanciones e intereses de mora devenga en daño patrimonial es necesario que sea consecuencia de un incumplimiento de obligaciones previamente contraídas por la entidad pública afectada. En esta oportunidad expreso el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

(...)

Del referido concepto del Consejo de Estado se desprende que las multas, sanciones e intereses de mora a los que se refiere que **constituyen daño fiscal cuando constituyen actos de gestión fiscal** y esta relacionados con una ineficaz ejecución del presupuesto en la medida que no se cumple con obligaciones previamente contraídas. Veamos lo que dice el Honorable Tribunal: (...). SNFT.

Así las cosas, tampoco se puede concluir que el pago de la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC – a la entidad afectada constituía la cancelación de un obligación previamente contraída y que por lo tanto fue una omisión del deber de disponer de un recurso que previamente estaba afectado.

Y **tampoco se puede predicar que la multa se generó en virtud de un acto de disposición de los recursos o bienes públicos** de la entidad afectada cuestión que desvirtúa la presencia de gestión fiscal. Ello por cuanto la sanción se ocasionó simplemente por la omisión de remitir una información a un ente de inspección, vigilancia y control. Ente que cuenta con la competencia para imponer sanciones correctivas a sus vigilados y cuyas consecuencias que derivan para los funcionarios contumaces son de carácter disciplinario y escapan a la órbita del control fiscal en tanto la simple renuencia a enviar una información no constituye un acto de gestión fiscal como se explicó precedentemente. SNFT.

Así las cosas, se comunicará a EDATEL S.A. E.S.P. los hechos investigados para que inicie las correspondientes investigaciones disciplinarias de los servidores comprometidos a que haya lugar por las presuntas faltas cometidas.

En coherencia con lo dicho, existe antecedente administrativo en es esta Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva dentro del trámite de la Indagación Preliminar con Radicado 055 – 2019, en el cual se calificaba la averiguación inicial ordenada mediante Auto 609 del 27 de agosto de 2019 por hechos similares a los investigados en esta indagación preliminar. En esta oportunidad se trataba de establecer el presunto daño patrimonial por el siguiente hecho:

“Pago de una multa interpuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por deficiencia en los reportes al sistema único de información (SUI), por la suma de \$16.534.083, lo cual transgredió el principio de eficiencia de la gestión fiscal consagrado en la Ley 42 de 1993, originando un presunto detrimento patrimonial.”

Corolario de lo expuesto deberá esta Autoridad Fiscal proceder al archivo de la Indagación Preliminar con Radicado 032 - 2019 por ausencia de gestión Fiscal en el hecho que dio origen a la imposición de la sanción administrativa de multa. Todo ello por cuanto no se reúne el requisito para proferir el correspondiente Auto de Apertura y así lo ordena el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, modificado por el

artículo 131 del Decreto Ley 403 de 2020, cuando dice: “Artículo 16. Archivo de la Indagación Preliminar.

Auto 031 de 2019. Radicado 055 de 2019

El Despacho del Contralor afirmó:

De conformidad con las anteriores consideraciones, y toda vez que la conducta que se reprocha y se sanciona por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos en ejercicio de las facultades conferidas por el legislador, consistió en el incumplimiento del deber de reportar la información necesaria o en su reporte de manera extemporánea, puede afirmarse que tal supuesto no se compadece con las previsiones y el propósito del legislador contemplados en los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley 610 de 2000, y en los que puede deducirse de forma clara y sin que haya lugar a dubitaciones, que para que una afectación al patrimonio de una entidad pública, sea objeto de reproche e investigación por medio de un **proceso de responsabilidad fiscal, debe tener su génesis en una conducta o actividad que revista el ejercicio de gestión fiscal**, es decir, el manejo o administración de recursos o fondos públicos en orden a cumplir los fines esenciales del Estado. Únicamente este supuesto, dará lugar a responsabilidad fiscal, por lo que los hechos acaecidos en la empresa AGUAS REGIONALES EPM. S.A. E.S.P. que derivaron en la imposición de la sanción por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no tienen la entidad para ser objeto de reproche a través de un proceso de responsabilidad fiscal. SNFT.

Auto 027 de 2019⁸. Radicado N° 027 DE 2012

En esta ocasión el Despacho del Contralor sostuvo:

Ahora bien, tal y como lo advierte el funcionario de primer grado, en este mismo medio de prueba, se colige **que la sanción impuesta obedeció fue a una indebida notificación de la respuesta dada** frente al derecho de petición del 12 de agosto de 2015 elevado por el señor FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, y así lo determina la SIC en la citada resolución, expresando:

De conformidad con lo anteriormente expuesto, y cotejada la definición del acto de notificación con el alcance del concepto y expresión de gestión fiscal, el Despacho no tiene el mínimo asomo de duda que la conducta que dio origen a la sanción impuesta a **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, y que eventualmente podría configurarse como el daño patrimonial, no se típica o se ajusta dentro de los verbos rectores consignados en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, como tampoco

⁸ Proyectó Jorge Ospina

presenta relación con los lineamientos jurisprudenciales para considerar la actividad de notificación este ligada a la responsabilidad el manejo de los recursos presupuestales, circunstancia que sencillamente aniquila la existencia del elemento de gestión fiscal que se exige para la prosecución del proceso de responsabilidad fiscal.

Auto 036 de 2021 Rad. 034 de 2014. Grado de consulta.

En esta oportunidad se hicieron estas consideraciones, en un proceso de responsabilidad fiscal en un caso de pago de sumas de dinero a Corpourabá por la contaminación del río Apartadó en el Municipio de Turbo.

No obstante lo anterior, para esta superioridad, el sólo daño al patrimonio del sujeto de control, y de contera el ejercicio de gestión fiscal, no son criterios suficientes para pregonar la responsabilidad fiscal en el presente proceso objeto de consulta, sino que en la imposición de una **multa** y su correspondiente pago entre entidades públicas, como es el caso de Autos, deberá discernirse si se configura la ausencia de dolo o culpa grave. Aserción que no es temeraria, sino que se afinsa en lo que en tal aspecto ha señalado el Consejo de Estado, cuando en tal tópico ha indicado: *“En el caso concreto del pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes de carácter público, hay que determinar si ellos se produjeron por la conducta dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna o por una **omisión imputable a un gestor fiscal**. Si así se concluye, surge para el ente que hace la erogación, un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal, Es claro entonces que dicho gasto implica una disminución o merma de los recursos asignados a tal entidad u organismo, por el cual debe responder el gestor fiscal.* SNFT

En la causa fiscal, como acertadamente lo acotó el funcionario instructor de instancia, los presuntos responsables fiscales no tuvieron un compartimiento activo u omisivo doloso o culpuso (sic), en los términos que para tal efecto se ha disciplinado por la jurisprudencia.

Auto 44 de 2010. Radicado 048 de 2004. Grado de consulta

De las funciones anteriormente reseñadas se colige, que para el cabal ejercicio de las mismas por los imputados, les correspondía desplegar una actividad diligente y minuciosa de estudio y análisis de los **vencimientos de la obligaciones tributarias**, en aras de procurar el correcto, adecuado y eficaz y eficiente manejo de los recursos de la entidad, a fin de obtener para ésta el más alto rendimiento.

Para el Despacho está probado, fuera de toda duda, que el DAÑO Patrimonial, se originó en el pago realizado a la DIAN por concepto de la sanción aludida, se debió al **INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FUNCIONALES, O DE UNA OBLIGACIÓN LEGAL** a que estaban obligados los procesados, el cual fue CAUSADO **en ejercicio de ACTOS DE GESTIÓN FISCAL**, y su conducta merece el calificativo de GRAVEMENTE CULPOSA, tal como se ha demostrado anteriormente. SNFT.

Igualmente, de la jurisprudencia transcrita se infiere, que el incumplimiento de las obligaciones tributarias hace presumir la mala fe, la negligencia del contribuyente, y sería contra toda lógica jurídica, predicar la ausencia de culpa en materia de responsabilidad fiscal, pero a la vez dolosa o gravemente culposa en tratándose de asuntos relacionados con la administración tributaria.

Oficio 037200 – 007263 del año 2010

Sobre este tema, la Oficina Asesora de Jurídica⁹ hizo estas consideraciones:

En ese sentido, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, por erogaciones de dinero como consecuencia de la imposición de multas, intereses de mora y sanciones, es claro que se afectan los intereses económicos de la Entidad, lo que **exige verificar si se trata de un acto de gestión irregular, ineficiente, ineficaz o inoportuno, o por una omisión imputable a un gestor fiscal**, lo cual necesariamente deberá investigarlo el operador jurídico competente, mediante el Proceso de Responsabilidad Fiscal. SNFT.

Según lo expuesto en este acápite la postura que siempre se ha tenido de manera uniforme y reiterada es que el pago de las multas es constitutiva de daño patrimonial siempre y cuando medien el causante del mismo ostente la calidad de gestor fiscal.

7. Las sanciones fiscales y el proceso de responsabilidad fiscal

Ley 610 de 2000¹⁰ expresa en el artículo 4 que la responsabilidad fiscal tiene por objeto 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. Resalta que el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la **gestión fiscal**.

⁹ Oficio 037200 – 007263 del año 2010

¹⁰ Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías

Por su parte el artículo 6 de la Ley precitada dispone que se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, 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 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.

Lo anterior significa que el daño implica una valoración respecto a la magnitud y dimensión del incumplimiento del cometido estatal, y por tanto no cualquier daño supone la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal. Esta tesis la ha sostenido la Corte Constitucional desde la Sentencia SU-620/96.¹¹

Sobre este punto la Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia SU431/15

El daño en el campo de la responsabilidad fiscal tiene varios rasgos especiales: Por un lado, (i) debe obedecer a una **actividad propia de la gestión fiscal**, dándose a entender con ello que la responsabilidad fiscal no es universal o general para todos los servidores públicos o particulares, pues **aplica únicamente a los gestores fiscales** como elemento orgánico¹²; y, por otro, (ii) la conducta generadora de responsabilidad solo es aquella desarrollada de forma dolosa o gravemente culposa. (...)

Por su parte, la **conducta** hace referencia al comportamiento activo u omisivo, doloso o culposos, que provoca un daño al patrimonio público, **atribuible a un agente** cuyas funciones **comportan el ejercicio de funciones administrativas de gestión fiscal**. SNFT.

Ahora bien, en cuanto a la relación de causalidad o nexo causal debe decirse que a la par que exige una **causalidad física** de la conducta antijurídica frente al daño imputado, requiere de una **causalidad jurídica, derivada de la exigibilidad personal, funcional o contractual producto de las normas generales y específicas**. Implica que entre la conducta desplegada por el gestor fiscal, o entre la

¹¹ Para la estimación del daño debe acudir 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. Agrega que la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal es “*meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal.*”

¹² La Corte Constitucional, en la Sentencia C-840 de 2003 expresó que “*el control fiscal no se puede practicar in solidum 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. La esfera de la gestión fiscal constituye un 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 lo tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.*”

acción relevante omitida y el daño producido, debe existir una relación determinante y condicionante de causa-efecto, de la cual solo puede predicarse una ruptura cuando entra en escena la llamada causa extraña que puede operar bajo la denominada fuerza mayor o el caso fortuito¹³. SNFT.

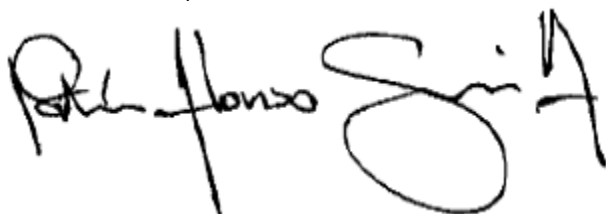
II. CONCLUSIONES DE LA LÍNEA TEMÁTICA

1. Según el Consejo de Estado, en el caso del pago de multas impuestas a los entes de carácter público, hay que examinar y determinar si ellos se produjeron por una conducta gravemente culposa o dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna, debido a una omisión imputable a un gestor fiscal. En estos casos la erogación realizada constituye un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal, emanado de la ley, el manual de funciones o el acto delegatario.
2. Según la Corte Constitucional los entes de control deben ser selectivos respecto de los i) servidores públicos a vigilar, ii) Los actos u operaciones a examinar, pues el control fiscal no se puede practicar in solidum o con criterio universal. Por tanto si la multa fue impuesta a una entidad y quien dio lugar a ella no reviste el carácter de gestor fiscal, no es viable el proceso de responsabilidad fiscal.
3. La Contraloría General de la República ha expresado que el pago de las sanciones puede constituir un daño patrimonial y por tanto es viable el proceso de responsabilidad fiscal siempre y cuando se esté en presencia de actos de gestión fiscal. Pero de todos modos debe analizarse si el daño patrimonial se produjo por la omisión o la negligencia en el cumplimiento de una obligación, y en todo caso en ejercicio de gestión fiscal.
4. El ente de control al evaluar los hallazgos fiscales debe examinar estos elementos:
a) El rol, estatus o la calidad de gestor fiscal de quien dio lugar a la imposición de la multa; b) El deber funcional o la obligación del gestor fiscal de impedir la multa plasmada en el manual de funciones, la Ley, el acto delegatario o el contrato; c) Que la multa o sanción impuesta tenga relación con un acto de gestión fiscal; y d) Los demás elementos de la responsabilidad fiscal.
5. De la misma manera, las sanciones administrativas, que se imponen en la modalidad de multa, pueden tener distintas fuentes, según las conductas tipificadas, y no necesariamente con ocasión de actos de gestión fiscal, ni son impuestas a gestores fiscales.

¹³ Consultar, AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 203-204.

6. Por tanto solo en la medida en que obre una obligación expresa a cargo de un servidor público, relativa a actos de gestión fiscal, como en el caso de las obligaciones tributarias u otro tipo de obligaciones previamente contraídas, habría lugar a iniciar el proceso de responsabilidad fiscal.
7. Los antecedentes en la Contraloría General de Medellín en torno a los procesos de responsabilidad fiscal por causa del pago de multas impuestas a los sujetos de control, parten de la base de la existencia de actos de gestión fiscal al lado de los demás elementos de la responsabilidad fiscal.

Atentamente,



MARTÍN ALONSO GARCÍA AGUDELO
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Sigifredo Ch.