

Artículo de revisión de tema

# La gestión fiscal como presupuesto sustantivo y procesal de la responsabilidad fiscal

**Fiscal management as a substantive and procedural presupposition of fiscal responsibility****A gestão fiscal como pressuposto substantivo e processual da responsabilidade fiscal**

Recibido: 02/04/2024 - Aceptado: 18/09/2024 - Publicado: 10/10/2024

**Uriel Alberto Amaya Olaya\***<https://orcid.org/0009-0004-2993-1543>Citar como: Amaya O., U. A. (2024). La gestión fiscal como presupuesto sustantivo y procesal de la responsabilidad fiscal. *Control Visible*, 4. <https://doi.org/10.70254/controlvisible.2024.4.55>

## Resumen

El concepto de la gestión fiscal es un presupuesto de la responsabilidad fiscal, y solo en la medida en que se produzca una conjunción entre la conducta desplegada por el agente (público o privado) a partir de una competencia o habilitación constitucional, legal (en sentido material), estatutaria, reglamentaria o contractual, según sea el caso, para administrar o manejar el patrimonio público, y el elemento daño, surgirá a su vez la competencia del Órgano de Control Fiscal para promover legítima y válidamente la acción fiscal a través del proceso correlativo. Por ende, identificar correctamente su contenido y estructura jurídica es una labor de capital importancia que atañe, de un lado, a la legitimidad y validez institucional de las actuaciones de las Contralorías y, de otro, al principio de la seguridad jurídica, en el sentido de que esa garantía de certeza y previsibilidad objetiva se proyecte sobre las conductas de las personas (como eventuales sujetos pasivos de la acción fiscal), en términos de igualdad, buena fe, confianza legítima y por supuesto bajo el plexo *iusfundamental* del debido proceso (principios de legalidad y al juez natural, entre otros). En ese sentido, se planteará un análisis de la *gestión fiscal* que permitirá desbrozar su configuración como *principio* y *regla* de derecho positivo, y como un concepto transversal en la responsabilidad fiscal, y el propio proceso, así como su proyección en el ámbito de los particulares, todo a modo de *enunciado interpretativo*, y en un contexto de *realidad jurídica*.

**Palabras clave:** gestión fiscal, responsabilidad fiscal.

## Abstract

The concept of fiscal management is a presupposition of fiscal responsibility, and only to the extent that there is a conjunction between the conduct deployed by the agent (public or private) based on a constitutional, legal (in a material sense), statutory, regulatory or contractual competence or authorization, as the case may be, to administer or manage public assets, and the element of damage, the competence of the Fiscal Control Body to legitimately and validly promote the fiscal action through the correlative process will arise. Therefore, correctly identifying its content and legal structure is a task of capital importance that concerns, on the one hand, the legitimacy and institutional validity of the actions of the Comptroller's Office and, on the other hand, the principle of legal certainty, in the sense that this guarantee of certainty and objective foreseeability is projected on the conduct of individuals (as eventual passive subjects of the fiscal action), in

---

\* Profesor Universitario. Socio de la firma Amaya Serrano Consultores Legales.  
Correspondencia al e-mail: [urielalbertoamaya@gmail.com](mailto:urielalbertoamaya@gmail.com)

terms of equality, good faith, legitimate trust and, of course, under the *iusfundamental* plexus of due process (principles of legality and natural judge, among others). In this sense, an analysis of the fiscal management will be presented, which will allow us to unravel its configuration as a principle and rule of positive law, and as a transversal concept in fiscal responsibility, and the process itself, as well as its projection in the field of individuals, all by way of an interpretative statement, and in a context of legal reality.

**Keywords:** fiscal management, fiscal responsibility.

### Resumo

O conceito de gest3o fiscal 3 um pressuposto da responsabilidade fiscal, e somente na medida em que houver uma conjun3o entre a conduta desdobrada pelo agente (p3blico ou privado) com base em uma compet3ncia ou autoriza3o constitucional, legal (em sentido material), estatut3ria, regulamentar ou contratual, conforme o caso, para administrar ou gerir bens p3blicos, e o elemento dano, 3 que surgirá a compet3ncia do 3rg3o de Controle Fiscal para promover legítima e validamente a a3o fiscal por meio do processo correlativo. Portanto, identificar corretamente seu conte3do e estrutura jur3dica 3 uma tarefa de suma import3ncia que diz respeito, por um lado, 3 legitimidade e validade institucional das a3o3es da Controladoria e, por outro, ao princ3pio da seguran3a jur3dica, no sentido de que essa garantia de certeza e previsibilidade objetiva se projeta sobre a conduta dos indiv3duos (como eventuais sujeitos passivos da a3o fiscal), em termos de igualdade, boa-f3, confian3a legítima e, claro, sob o plexo *iusfundamental* do devido processo legal (princ3pios da legalidade e do juiz natural, entre outros). Nesse sentido, ser3 apresentada uma an3lise da gest3o fiscal que nos permitir3 desvendar sua configura3o como princ3pio e regra de direito positivo, e como conceito transversal na responsabilidade fiscal, e o pr3prio processo, bem como sua proje3o na esfera dos indiv3duos, tudo por meio de um enunciado interpretativo, e em um contexto de realidade jur3dica.

**Palavras chave:** gest3o fiscal, responsabilidade fiscal.

### Introducci3n

El concepto de la gesti3n fiscal surge de la propia competencia org3nica que la Constituci3n le atribuye a la CGR para ejercer la vigilancia y el control fiscal justamente sobre la “gesti3n fiscal de la administraci3n y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes p3blicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos p3blicos” (art. 267 C.P.), concepto del cual se deriva del mismo modo la competencia subjetiva para establecer la responsabilidad que se derive de aquella gesti3n fiscal (num. 5º, art. 268, C.P.).

En efecto, (i) en el plano org3nico a la GCR se le atribuye la funci3n de “ejercer vigilancia –y el control fiscal como uno de sus instrumentos–, sobre la gesti3n fiscal de la administraci3n y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes p3blicos” (arts. 119 y 267 C.P.), y (ii) en el plano subjetivo al Contralor General de la Rep3blica la competencia para “establecer la responsabilidad que se derive de la gesti3n fiscal” (num. 5º art. 268 C.P.), atribuci3n que se extiende a los contralores territoriales y al Auditor General de la Rep3blica (inc. 6º arts. 272 y 274 de la C.P., respectivamente).

Respecto de la competencia *org3nica* de la Contraloría de ejercer *vigilancia y control fiscal* sobre la gesti3n fiscal debe indicarse que el concepto “vigilancia”<sup>1</sup> tiene una mayor amplitud que el de “control”<sup>2</sup>. As3, y de acuerdo con el inciso 4º del art3culo 267 de la C.P., la “vigilancia” de la gesti3n fiscal del Estado incluye, entre otras competencias, el ejercicio del “control financiero, de gesti3n y de resultados”, siendo estos sistemas o modalidades del “control” fiscal, agregando que “la Contraloría General de la Rep3blica tendr3 competencia prevalente o preferente para ejercer control sobre la gesti3n de cualquier entidad territorial”. (inc. 6º art. 272 C.P.). Adem3s, el “control” fiscal que tiene car3cter posterior, selectivo, podr3 ser tambi3n preventivo y concomitante. El Decreto Ley 403 de 2020, por su parte, concibe la “vigilancia” como la “observaci3n” del desarrollo o ejecuci3n de

los procesos y su toma de decisiones, con el fin de obtener información útil para el control fiscal,<sup>3</sup> mientras que el “control” se define en ese entorno normativo como la función de “fiscalización” de la gestión fiscal<sup>4</sup>.

Así las cosas, es dable afirmar que el *género* vigilancia de la gestión fiscal,<sup>5</sup> deriva en dos *especies*,<sup>6</sup> de un lado, el control fiscal (competencia orgánica de la Contraloría), y de otro, en la determinación de la responsabilidad fiscal (competencia subjetiva del contralor o del área a la cual se le haya delegado dicha competencia).<sup>7</sup>

Pues bien, la **gestión fiscal** tiene adicionalmente un doble espectro:<sup>8</sup> de un lado, configura la *competencia* a partir de la cual un agente público o particular que en ejercicio de *esa* específica atribución le haya causado un daño al patrimonio público, puede ser sujeto pasivo de un proceso de responsabilidad fiscal, y de otro, configura y circunscribe a su vez la propia *competencia* de la Contraloría para promover dicha acción y para establecer la correlativa responsabilidad fiscal si se demuestran sus demás elementos.<sup>9</sup>

De este modo, entonces, tenemos que la *competencia* de la Contraloría se circunscribe a la *vigilancia* de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos (inc. 1º, art. 2º, Dcto. Ley 403 de 2020), a través del control fiscal (función de “fiscalización” – inc. 2º, art. 2º, Dcto. Ley 403 de 2020– de la gestión fiscal que se surte a través de las auditorías), así como la de determinar la responsabilidad que exclusivamente se derive de dicha gestión fiscal.<sup>10</sup>

### **En la responsabilidad fiscal los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal deben acotarse en una regla jurídica de habilitación**

El artículo 4º de la Ley 610 de 2000 (L610 en adelante) al señalar el “objeto de la responsabilidad fiscal” determina que para su *establecimiento* en cada caso “se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la

*función administrativa y de la gestión fiscal,” principios que tienen rango constitucional (arts. 209 y 267 inc. 4º de la C.P.). Se sabe que los principios no obstante tener carácter prescriptivo,<sup>11</sup> son “mandatos de optimización”, “normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy, 2003, p. 95)<sup>12</sup>.*

Pues bien, en un primer lugar, se resalta que tales *principios* de la *función administrativa* y la *gestión fiscal* adquieren un carácter normativo directivo y funcional disímil, dependiendo del ámbito legislativo de la gestión pública en el que operen: así, *v.gr.* el *principio de economía* es objeto de un desigual desarrollo legal en las normas de la primera parte del procedimiento administrativo,<sup>13</sup> en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública<sup>14</sup> y en el terreno de los principios de la vigilancia y el control fiscal<sup>15</sup>.

En un segundo lugar, los principios tienen una dimensión dual en lo que atañe a la competencia de la Contraloría General de la República de ejercer la *vigilancia* sobre la *gestión fiscal* (arts. 119 y 267 de la C.P.), replicada para las Contralorías territoriales (art. 272 C.P.) y la Auditoría General de la República (art. 274 C.P.). Aquella *misión* (la *vigilancia* fiscal) otorgada a los Órganos de Control Fiscal se subdivide en dos grandes vertientes no concurrentes pero complementarias: el ejercicio del *control fiscal*, a través del instrumento técnico de las auditorías (art. 267 C.P.) y la determinación de la *responsabilidad fiscal* (art. 268 num. 5º C.P.).

En lo que corresponde y para los específicos efectos del control fiscal la ley determina los que allí denomina “principios de la vigilancia y el control fiscal” (art. 3º Dcto. 403 de 2020), mientras que para la responsabilidad fiscal prescribe otros con su propia grafía jurídica para ese entorno procesal que la ley denomina “los principios orientadores de la acción fiscal”, que incluyen los del debido proceso, la función administrativa y la gestión fiscal (art. 2º L610).

Pero bien, en esta última dimensión, la de la responsabilidad fiscal, ¿cuál es el enfoque metodológico que se debe privilegiar para desdoblarse aquellos principios y delimitarlos en una situación concreta? Los pasos para alcanzar ese objetivo, normativamente, son los siguientes:

- El artículo 3º de la L610, al *definir* la *gestión fiscal*, y luego de enunciarla como el conjunto de “actividades económicas, jurídicas y tecnológicas” de quienes administren o manejen recursos o fondos públicos, tendientes a un *adecuado y correcto* desarrollo de las acciones allí enunciativamente señaladas, focaliza tales actividades 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”. (énfasis añadido). Como se aprecia, la *gestión fiscal*, para efectos de la responsabilidad fiscal, debe estar dirigida al (i) cumplimiento de los fines esenciales del Estado, con (ii) sujeción a los principios formulados.
- No obstante, la concreción de las finalidades y principios de la *gestión fiscal* adquieren mayor especificidad en la ley precisamente en el terreno del daño, pues el artículo 6º de la L610 al desarrollar el concepto del “daño patrimonial al Estado” lo define como la “lesión al patrimonio público” (compuesto por los bienes, los recursos públicos y 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*”. (Énfasis añadido). Según se aprecia, no basta con la comprobada existencia de una conducta contraria a los principios de

la *gestión fiscal*, o que no se aplique al cumplimiento de la *teología esencial* adscrita a la actividad estatal, sino que además esa conducta negativa (a partir de aquellos parámetros principalistas y finalísticos) debe *particularizarse, programáticamente*,<sup>16</sup> en los demarcados *objetivos funcionales y organizacionales, programas o proyectos de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías*. Esta concreción indica que es, a partir de la propia estructura funcional y orgánica de los *sujetos vigilados* por la Contraloría, que se debe establecer y determinar la *gestión fiscal* especificada en los delimitados *niveles gerenciales*<sup>17</sup> y jerárquicos<sup>18</sup> y en la *caracterización y clasificación* del empleo público,<sup>19</sup> “cuadros funcionales”,<sup>20</sup> “acuerdos de gestión”<sup>21</sup> etc., en que se ubiquen tales funciones, junto con ámbito de la *gerencia pública* (sistemas de gestión –*buen gobierno*–,<sup>22</sup> políticas de gestión y desempeño institucional,<sup>23</sup> *Modelo Integrado de Planeación y Gestión*,<sup>24</sup> *sistema de control interno*,<sup>25</sup> políticas, normas, procesos y sistemas en materia de compras y contratación pública,<sup>26</sup> etc.) y la esfera *organizacional* de las entidades y organismos del Estado (misión, visión, objetivos y direccionamiento estratégicos y de planeación, modelo de operación por procesos, etc.).

- Finalmente, bajo el previo anterior entendido, y dado que uno de los sujetos pasivos del proceso de responsabilidad fiscal son los *servidores públicos*<sup>27</sup> (art. 1º L610), con aún mayor especificidad el concepto de *la gestión fiscal* y los *principios* que la rigen (incluidos los fines del Estado y los objetivos funcionales y organizacionales, programas o proyectos de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías), deben a su vez delimitarse a las *específicas funciones* que constitucional, legal, estatutaria y reglamentariamente le sean exigibles al referido agente en el caso concreto. En efecto, el artículo 122 de la C.P. advierte que “*no habrá*



*empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento*”, y el 123, inc. 2º *Id.*, reitera que los servidores públicos “*ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento*” (énfasis añadido), precisamente porque esas *funciones* entrañan el ejercicio del poder estatal jurídicamente calificado como *función pública*,<sup>28</sup> es decir la asunción reglada de “*potestades inherentes al Estado*” o el “*ejercicio de la autoridad inherente al Estado*”.<sup>29</sup> La *función pública* implica a su vez una *competencia* (que imbrica el concepto de *potestad*), pues ese es el modo jurídico en que se expresa el principio *positivo*<sup>30</sup> de legalidad (arts. 6º, 123 y 124, entre otros, de la C.P.), bajo el estigma de las denominadas *relaciones especiales de sujeción*<sup>31</sup> que vinculan al servidor público –y al particular, según el caso–, con el ejercicio del poder público (estatus político).

Entonces, en suma, será en la competencia,<sup>32</sup> derivada de la función pública plasmada y adscrita al servidor público en sus funciones establecidas de manera expresa y deslindada en la Constitución, la ley, el reglamento, estatuto o manual, el concepto en el cual se concretan los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el propio entorno orgánico y funcional relevante de la entidad en la que se encuentre vinculado el agente.

La competencia funcional, por tanto, será la *regla* jurídica<sup>33</sup> (vista como una especificidad normativa de los *principios*) a partir de la cual se evalúe y verifique en el caso concreto la adscripción de una gestión fiscal respecto de la conducta del agente (público o privado), por cuyo ejercicio incumplido (infracción de los deberes que objetivamente le eran exigibles) se provocó el daño patrimonial.

### La estructura normativa de la gestión fiscal

En primer lugar, la ley incorpora el concepto de la *gestión fiscal* como un *presupuesto sustantivo* y *procesal* de la responsabilidad fiscal, ofrecien-

do una *definición*<sup>34</sup> confinada a indicar las características básicas del concepto (conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas) asignadas a unos sujetos (servidores públicos y particulares habilitados) dirigidas a administrar y manejar patrimonio público, bajo una formulación meramente enunciativa de acciones finalísticas y sujetas a los propios principios de la gestión fiscal que allí se determinan.

No obstante –deletreando a Alchourrón y Bulygin (1991, pp. 439 y ss.)–, si partimos del supuesto según el cual las “definiciones son, pues, definiciones de palabras, no de las cosas referidas por esas palabras” (p. 455) y que las “definiciones legales no son ni normas de conducta, ni reglas técnicas” (p. 453), sino que su “única función es la de contribuir a la identificación de normas” (p. 453), y en esa medida las definiciones “no oficiales” también “constituyen indicios o elementos de prueba para el descubrimiento del sentido de texto” (p. 451) (es decir, la identificación de la norma), bajo tales entendidos entonces podemos proponer la siguiente definición –estipulativa–, de la gestión fiscal: La gestión fiscal es una competencia administrativa adscrita a un servidor público o a un particular (persona natural o jurídica) para administrar o manejar el patrimonio público. Esa competencia da origen a varias situaciones jurídicas relevantes para quien la ejerce: (i) Una disponibilidad jurídica sobre el patrimonio público administrado o manejado por parte del “gestor fiscal” habilitado –más allá de una mera disponibilidad material– y, (ii) una posición de garante frente a la protección de ese patrimonio público (Amaya, 2013, p. 171).

Dicha competencia, además, se le otorga normativamente (constitucional, legal o estatutaria o reglamentariamente) a un **servidor público**, pero del mismo modo también es posible que para tales efectos se habilite a un **particular**, caso en el cual el particular entra a ocupar el lugar funcional de aquél para ejercer la **gestión fiscal**. En este evento, la habilitación jurídica (la adscripción de esa competencia), puede pro-

venir de la ley, mediante acto administrativo y convenio (arts. 110 y 111 de la Ley 489) o de un contrato estatal.

Por último, esa *competencia* para administrar el patrimonio público comporta a su vez el ejercicio simultáneo de una función administrativa<sup>35</sup> y como consecuencia de una función pública,<sup>36</sup> en el contexto funcional de la acción estatal, conforme se observa en la figura 1.

### La gestión fiscal es un concepto transversal en la responsabilidad fiscal

Pero de otro lado, la ley, además de darle aquella entidad normativa propia a la gestión fiscal, la proyecta de manera transversal sobre los demás *elementos* de la responsabilidad fiscal. En efecto, la citada L610 en su artículo 5º, determina como elementos de la responsabilidad fiscal una “*conducta dolosa o culposa*”<sup>37</sup> atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.”<sup>38</sup> Sobre tales elementos también se proyecta el concepto de la gestión fiscal.

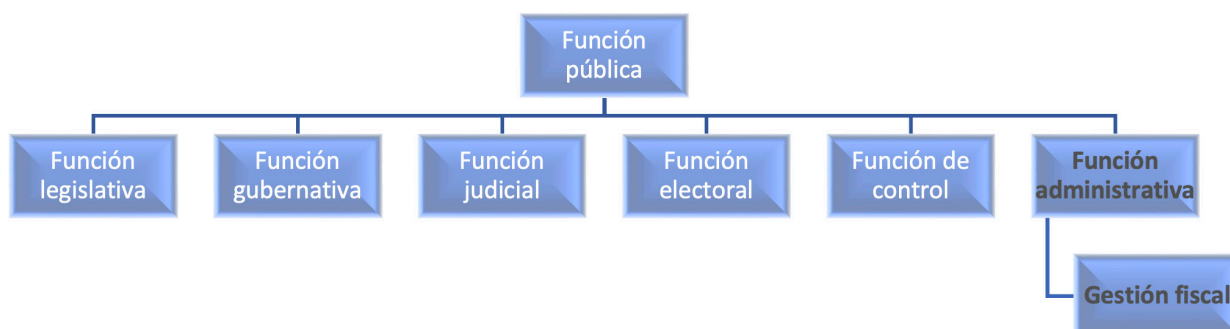
Así lo hace la L610 al configurar la estructura normativa del “daño patrimonial al Estado”, en el artículo 6º, definiéndolo como “la *lesión* del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses 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.* (...)”. (Énfasis añadido).

Según se aprecia, la gestión fiscal (sus principios) constituye un *elemento normativo*<sup>39</sup> del daño fiscal. De este modo, y conforme al sentido *normativo* señalado del daño al patrimonio del Estado, no toda *disminución* de dicho patrimonio constituye daño, pues no basta sólo con la afectación fenoménica del patrimonio público (el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro, etc.), sino que además se requiere que tal afectación se haya producido en virtud del quebrantamiento de los *principios* de la gestión fiscal, principios que en todo caso son orientadores, guías para la acción estatal, y no son por tanto un fin en sí mismo.<sup>40</sup>

Pero además tal perspectiva jurídica de la “lesión al patrimonio público” es holística, precisamente porque la gestión fiscal tiene esa dimensión. Esto quiere decir que los principios orientadores de dicha gestión pública deben ser vistos en forma global (la eficacia, la eficiencia, le economía, etc.), y con base en un análisis objetivo. Es decir, no puede verificarse el cumplimiento o no de tales principios en forma aislada, disociada y por fuera del contexto integral de los supuestos fácticos, ni menos aún de manera subjetiva y con una simple vista *ex post*.

Figura 1



Fuente: elaboración propia.

“La antijuridicidad –subraya la doctrina– es un juicio de realidad”<sup>41</sup>, lo que es aplicable no sólo cuando se trata de analizar la responsabilidad, sino en general cuando se trata de contrastar la conducta del agente con las normas y principios que la rigen.

Piénsese en el subsidio que de conformidad con la ley se otorga a las personas menos favorecidas con cargo al patrimonio público. Claramente hay una *disminución* del patrimonio, un egreso sin ninguna compensación directa a cambio, pero no hay lesión porque no se configura el elemento normativo del daño asociado a los principios de la gestión fiscal.

Véase el caso de la demolición de un puente ordenada por el gestor fiscal. Dependiendo del contexto en el que se adopte la decisión y la finalidad que con ella se persiga, se estará o no enfrente de una gestión fiscal antieconómica, ineficiente e inoportuna y de una lesión al patrimonio público. Si se procedió a la demolición sin ninguna razón técnica o económica atendible y sin ningún propósito concreto tendiente al cumplimiento de los deberes y fines del Estado, habrá daño al patrimonio público, pero si la decisión se tomó porque *v. gr.*, la edificación amenazaba ruina dada su antigüedad y se pretendía evitar la concreción del riesgo inminente que la edificación comportaba para la vida y la integridad física de las personas –cuya garantía le corresponde al Estado como parte de sus fines esenciales–, no podrá afirmarse que existe un daño indemnizable en el marco de la responsabilidad fiscal.

La misma lógica aplica al principio de economía, el cual no puede ser solamente visto en términos de “calidad de bienes y servicios” o de “menores costos”, sino del mejor aprovechamiento de los recursos públicos para lograr los resultados predeterminados por la administración.<sup>42</sup>

Por último, como ya se analizó en otro aparte previo, es necesario como paso siguiente a la valoración *normativa* que aquellos principios,

junto con el concreto entorno finalístico, programático y organizacional de la entidad respectiva, la adecuación de la gestión fiscal a los deberes funcionales del agente (la regla jurídica), para determinar la competencia asociada a la administración del patrimonio y a partir de ella deónticamente calificar la conducta tachada de irregular y dañina.

Por otro lado, y en lo que atañe al elemento *conducta*, en el contexto de la *culpa grave*, este criterio subjetivo de imputación fue delimitado por la Corte Constitucional en el mismo rango de la *culpa grave* que la Constitución determinó para la acción de repetición en el inciso 2º del artículo 90,<sup>43</sup> analogía a partir de la cual sería válido afirmar la aplicación al proceso de responsabilidad fiscal de los mismos parámetros definitorios de dicha forma de culpabilidad –o *criterios generales* como los denomina la Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002–, contenidos en el artículo 6º de la Ley 678 de 2001, estos son, “cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una manifiesta e inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”<sup>44</sup> (énfasis añadido), atados a las presunciones de dolo y culpa grave previstas en la ley especial (art. 118 de la Ley 1474<sup>45</sup>).

No obstante lo afirmado, se debe destacar que mientras la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado con amplitud el alcance de la culpa grave establecida en la ley –y circundados por la jurisprudencia constitucional–, para efectos de la determinación de la responsabilidad patrimonial derivada del medio de control de repetición, señalando que “para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos

o manuales respectivos”,<sup>46</sup> la Sección Primera, por su lado, al verificar la legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal emitidos por las Contralorías, restringe la visión de la culpa grave exclusivamente a los parámetros establecidos en el Código Civil,<sup>47</sup> (El estándar de “*no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios*” o el modelo del “*buen padre de familia*” (art. 63 del Código Civil) –que más bien debería corresponder al modelo del buen servidor público—<sup>48</sup>), criterios que en todo caso no son aptos jurídicamente frente a la estructura de derecho público inmersa en la competencia para administrar patrimonio público en el marco de la función pública.

En suma, no obstante la dificultades normativas de la L610 por su visión *naturalística* de los elementos de la responsabilidad fiscal, nuestra opinión es que el discernimiento del talante *subjetivo* de la responsabilidad fiscal<sup>49</sup> debe ser complementado con una visión *normativista*,<sup>50</sup> entendida como la atribución de un sentido *normativo* al conocimiento configurador de la conducta del agente en su rol específico de “gestor fiscal”, conocimiento concreto que *debía tener* en el contexto funcional de su acción. Este entendido jurídico supone que la imputación subjetiva no se agota en el plano psico-físico del agente, sino que debe incorporar el marco concreto y relevante de los deberes funcionales y roles de gestión asociados a esa competencia, es decir la específica *gestión fiscal* deónticamente considerada. La *gestión fiscal* necesariamente es, por tanto, un concepto entrabado en el propio ámbito de la *imputación “jurídica” subjetiva* respecto de la conducta del agente (acto u omisión, conectados con el resultado dañino), en el sentido definitorio del *conocimiento-intención voluntaria*, o del *grave incumplimiento*,<sup>51</sup> en el contexto de los deberes de administración y manejo (con las particularidades de cada caso<sup>52</sup> que pudiéramos enmarcarlas como *deberes institucionales posicionales*) en función del patrimonio público puesto bajo su titularidad jurídica dispositiva.

Por otra parte, y en la perspectiva del *nexo causal*, son visibles los indudables defectos de técnica legislativa de la L610, tanto formales –pues no es usual que el legislador circunscriba normativamente elementos cuyo desarrollo más bien es propio de la doctrina y la jurisprudencia–, como sustanciales, pues a esa visión meramente naturalista y “causalista”<sup>53</sup> (con la teoría de la *causa adecuada*<sup>54</sup> predominante en nuestra jurisprudencia<sup>55</sup>), la teoría de la “imputación objetiva”<sup>56</sup> –cuyo desarrollo teórico ha sido mayor en el Derecho Penal–,<sup>57</sup> le ha incorporado criterios fundamentados en una visión del “riesgo”,<sup>58</sup> normativizado a partir de la configuración de “roles” sociales o institucionales que permiten, de manera *objetiva*, estructurar títulos jurídicos –*ex ante*– de imputación de daños, que se integran y complementan con la causalidad física en términos de relevancia jurídica de las conductas acotadas fácticamente (imputación jurídica de la relación causal).<sup>59</sup>

De este modo el análisis se deberá enfocar en determinar la *imputación objetiva* no sólo de las “causas empíricas relevantes” (Cfr. Peña, 2011, p. 143), sino de aquellas que tienen un rango jurídico, las cuales en todo caso tienen un estatus, como se señaló, *normativo-funcional* (además, *v.gr.*, *contractual*, en el caso del contratista, si se trata de un gestor fiscal).<sup>60</sup>

Por tanto, consideramos que una adecuada dimensión *normativa* de la responsabilidad y del concepto de gestión fiscal imbricado, comporta verificar tanto el “hecho generador del daño” (la conducta) como el rol de *gestión fiscal* asociado (*deber especial*) para fundamentar la *imputación del daño*,<sup>61</sup> es decir una *atribución* conforme con ese deber jurídico, dado que a través de dicha *imputación (objetiva* en todo caso) es posible fijar los *criterios normativos* por los cuales un *resultado* –en el que reside la lesión al bien jurídico– es atribuible a un comportamiento –activo u omisivo– (Jakobs, 1996, p. 279). La conducta del gestor fiscal (activa, como omisiva<sup>62</sup>), pues, es sometida a una valoración *objetiva* (ya se ha señalado, *normativizada*), con el fin de configurar



el nexo objetivo de imputación en el plano de la “relación de causalidad” determinada en la ley.<sup>63</sup>

En el caso de la “omisión” (haciendo de lado la discusión doctrinaria sobre si en la *omisión* es posible<sup>64</sup> —o no—<sup>65</sup> hablar de un verdadero nexo causal), dados los connaturales *deberes funcionales* de la **gestión fiscal**, y el rol de garante y de protección especial que entraña *esa* administración del patrimonio público, será la *valoración normativa* de los deberes omitidos y si la hipotética acción exigida tenía la capacidad de evitar el daño, los supuestos que permiten *objetivamente* imputar la omisión misma como “causa” del daño producido.<sup>66</sup>

Con todo, pues, tenemos que el ejercicio válido y legítimo de la acción fiscal y en consecuencia de la determinación de la responsabilidad fiscal, solamente se podrá establecer en relación con los servidores públicos y particulares cuando estos se encuentren “*jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal*”, es decir, “*que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición*”<sup>67</sup> (*sistema normativo primario*), y bajo el ejercicio —concreto y predeterminado— de esa *competencia* le hayan provocado una lesión al patrimonio público, cuyo resarcimiento es dable establecerlo por vía de la responsabilidad fiscal y su proceso (sistema normativo secundario). Por tanto, la gestión fiscal es una condición jurídica *sine qua non* de la responsabilidad fiscal que la Corte Constitucional ha calificado como la “tipicidad administrativa” (Sentencia C-840 de 2001) de la responsabilidad fiscal. En esa medida de *competencia*, por tanto, la responsabilidad fiscal “únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal”,<sup>68</sup> es decir “que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición” (Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2001 y, entre muchas, la C-832 de 2002).

Incluso, la propia Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la expresión “con oca-

sión de ésta”, contenida en el artículo 1° de la L610,<sup>69</sup> lo hizo condicionando su interpretación en el entendido de que los actos que la materialicen comporten una *relación de conexidad próxima y necesaria* con el desarrollo de la gestión fiscal,<sup>70</sup> precisando en la *ratio decidendi* de la sentencia que aquella expresión —si bien unitaria—, en todo caso deriva y depende de la entidad material y jurídica propia que ostenta el concepto de gestión fiscal,<sup>71</sup> lo cual descarta cualquier aplicación *objetiva* del referido parámetro, como lo ha puesto de presente el Consejo de Estado.<sup>72</sup>

De este modo tenemos, entonces, que la determinación de la calidad de *gestor fiscal* respecto del patrimonio público lesionado constituye, por lo tanto, un *presupuesto sustancial necesario y estructural* de la responsabilidad fiscal, al punto que el concepto, como se ha visto, es transversal a los propios elementos que la estructuran y al proceso mismo, como se verá a continuación.

### La gestión fiscal es un presupuesto procesal objetivo

La gestión fiscal, como *situación jurídica especial* de la persona que le produjo el daño al patrimonio público, determina la *competencia* de la Contraloría para ejercer válidamente la acción fiscal, a través del correspondiente proceso. Por tanto, la gestión fiscal, como requisito que nutre dicha competencia, es un *presupuesto procesal* objetivo, de un lado, y de otro una garantía de la persona avocada con la actuación, en términos de debido proceso fundamental<sup>73</sup> y convencional.<sup>74</sup>

Pero adicionalmente, para efectos de iniciar formalmente el proceso a través del auto de apertura (art. 40 L610-proceso ordinario) o del auto de apertura e imputación (art. 97 Ley 1474-proceso verbal), la ley no sólo impone la configuración estricta de la gestión fiscal en cabeza de la persona cuya conducta se relaciona con el daño patrimonial, sino que, con base en el principio de la necesidad de la prueba (art.

22 L610), además exige que esté demostrada la existencia en su contra de “indicios serios” como “posible” “autor”<sup>75</sup> del daño.

En el contexto de la prueba indiciaria,<sup>76</sup> la adjetivación legal de los *indicios* como “serios”, en su núcleo semántico, alude a que se trate de un indicio “real” y “verdadero”,<sup>77</sup> y en su perspectiva jurídica corresponde a un juicio apreciativo – crítico y lógico–, para connotar ponderadamente la “gravedad” del indicio, en términos de su jerarquía (indicio necesario, contingente-grave, contingente-leve<sup>78</sup>). Como lo advierte la doctrina, en la valoración subjetiva “la gravedad (lo que pesa, lo que importa) mira al efecto serio y ponderado que los indicios produzcan en el ánimo del juzgador” y que el “criterio para clasificar de esa manera estriba en su seriedad y fuerza de convicción” (Londoño, 1990, p. 327), todo determinado mediante un procedimiento de “cognición”<sup>79</sup> plasmado con la debida motivación (como “garantía epistemológica”<sup>80</sup> y por tanto expresión del debido proceso).

En resumen, la exigencia normativa glosada de la demostración suplementaria a la condición de gestor fiscal de un “indicio serio” de autoría para efectos de proferir el auto de apertura (auto que inicia formalmente el proceso, según los dispone el artículo 40 de la L610), corresponde a: (i) una *regla* jurídica procesal sobre la carga de la prueba (*onus probandi*); (ii) de orden público, imperativa y cuya consecuencia<sup>81</sup> implica otorgar *validez sustancial* al ejercicio de la acción fiscal frente al *gestor fiscal* vinculado a través del auto de apertura; (iii) establecida en aras de garantizar la seguridad jurídica del procedimiento;<sup>82</sup> (iv) y con el carácter de “carga subjetiva” en el sentido que corresponde al inicio de la actuación.<sup>83</sup>

Pero adicionalmente, entre otras consecuencias jurídicas relevantes, debe tenerse en cuenta que la correcta adecuación y configuración *procesal* de la gestión fiscal en cabeza del presunto responsable vinculado (cumplido el requisito adicional del *indicio serio* de autoría), tiene un efecto de *validez consecuencial* res-

pecto de la *vinculación de la compañía de seguros* como *tercero civilmente responsable* al proceso,<sup>84</sup> en el sentido de que dicha vinculación debe cumplir tanto con el (i) requisito sustantivo que habilita a la Contraloría para llamarla al proceso bajo aquella condición<sup>85</sup>, como con el que precisamente se encuentre demostrado sustantiva y procesalmente (ii) la condición de *gestor fiscal* (más el *indicio serio* de *autoría*) del agente público o el particular amparado (por su conducta,<sup>86</sup> contrato,<sup>87</sup> o el bien público<sup>88</sup> administrado, entre otras aristas).

Pues bien, bajo el anterior marco de derecho descrito, la ley añade a las principales actuaciones, definiciones y elementos del proceso la condición procesal de la *gestión fiscal*, –claro está, demostrado el presupuesto complementario de la prueba del *indicio serio* para efectos de la apertura del proceso–, reiterando dicho parámetro, entre otras disposiciones, así:

i) El artículo 1º de la L610, define el proceso de responsabilidad fiscal como 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”.

ii) El artículo 16 de la L610 dispone que “procederá el archivo del expediente (...) cuando se demuestre que el hecho (...)no comporta el ejercicio de gestión fiscal (...)”. (Énfasis añadido).

iii) El artículo 4º de la L610 señala 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”. (Énfasis añadido).

iv) El artículo 5º de la L610, configura los elementos de la responsabilidad fiscal, indicando:

“La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.”

v) El artículo 6º de la L610, del mismo modo advierte que el daño patrimonial al Estado se configura por “una gestión fiscal antieconómica”.

vi) El artículo 7º de la L610 preceptúa que “únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables”. (Énfasis añadido).

En resumen, la gestión fiscal es un presupuesto del propio proceso, y no solo de la decisión en virtud de la cual se declare la responsabilidad fiscal.

### **La gestión fiscal referida a los particulares y contratistas del Estado**

#### ***La atribución de funciones públicas a los particulares: rasgos esenciales***

La transferencia de *funciones administrativas* (comprendida la gestión fiscal) y *públicas* en general a los particulares tiene los siguientes esenciales rasgos puestos así por la jurisprudencia:

i) Surge tal posibilidad del denominado principio de la “descentralización por colaboración” (Corte Constitucional, sentencias C-226 de 1994, C-308 de 1994, C-166 y C-167 de 1995, C-492 de 1996, C-1508 de 2000, C-543 de 2001, C-1150 de 2003, T-690 de 2007 y C-909 de 2007, entre otras).

ii) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado; (Corte Constitucional sentencias C-037 de 2003, C-308 de 1994, en la que se analizó el caso de los recursos confiados a la Federación Nacional de Cafeteros, y la C-543 de 2001).<sup>89</sup>

iii) Para asignar funciones públicas a los particulares, la Constitución no exige que ellos ex-

presen su consentimiento previamente (Corte Constitucional, sentencia C-091 de 1997 y C-866 de 1999).

iv) La autorización legal general a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo, el directo ejercicio de aquellas funciones (Corte Constitucional sentencia C-037 de 2003).

v) En el caso de las personas jurídicas de derecho privado, conservan su condición jurídica (Corte Constitucional, sentencia C-166 de 1995).<sup>90</sup>

vi) El particular ocupa la posición de la autoridad pública (Corte Constitucional, sentencias C-166 de 1995, C-1142 de 2000).<sup>91</sup>

vii) El particular es sujeto del régimen de responsabilidad por el ejercicio de la función pública;<sup>92</sup>

viii) La atribución de funciones administrativas tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga” (Corte Constitucional, sentencia C-866 de 1999. *Cfr.* Ley 489 de 1998, arts. 110 a 114).

ix) La ley establece las condiciones para su ejercicio, y determina si las mismas son remuneradas o se deben ejercer a título gratuito (Corte Constitucional, Sentencias C-091 de 1997, C-866 de 1991 y C-037 de 2003).

x) Existen funciones cuyo ejercicio se encuentra vedado a los particulares (Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003).<sup>93</sup>

xi) “el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función” (Ley 489 de 1998, art. 10, inc. 2º);

xii) El régimen de inhabilidades e incompatibilidades del servidor público se le traslada al particular a quien se le ha atribuido el ejercicio de la función (Corte Constitucional, sentencia C-866 de 1999).

xiii) El control que opera sobre la función administrativa se proyecta integralmente respecto del particular delegatario de la misma (Corte Constitucional, Sentencia C-866 de 1999).<sup>94</sup>

xiv) La asignación de funciones públicas a los particulares no muta su estatus de particular ni los convierte en servidores públicos, no obstante lo cual quedan ellos sometidos al principio de legalidad que rige dicha función, y al mismo régimen de responsabilidad que le sería aplicable al servidor público titular primigenio de la función;<sup>95</sup>

xv) La prestación de un servicio público por parte de un particular –bajo ese régimen especial–, no implica por ese solo hecho el ejercicio simultáneo de una función pública o una de naturaleza administrativa (Corte Constitucional, sentencias C-866 de 1999 y C-037 de 2003).

xvi) En el caso del *contratista estatal sólo se entenderá que ejerce funciones públicas cuando en “determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público”* (Corte Constitucional, sentencias C-037 de 2003, C-563 de 1998, C-543 de 2001 y C-233 de 2002.). (Énfasis añadido).

Del mismo modo, la *gestión fiscal* (la competencia para administrar patrimonio público), según ya se dijo como una subespecie de la *función administrativa* y por tanto de la *función pública*,<sup>96</sup> puede ser atribuida a los particulares,<sup>97</sup> y en esa medida respecto de los particulares se proyectará la caracterización jurídica acreditada en los acápites precedentes con las adicionales singularidades que se pasan a verificar.

### ***La atribución de competencias de gestión fiscal a los particulares incluidos los contratistas del Estado***

Los eventos en los cuales los particulares administran fondos o bienes públicos, normalmente devienen por la atribución directa de la ley. Tal es el caso de las Cámaras de Comercio,<sup>98</sup> todas

aquellas personas que manejan recursos para-fiscales<sup>99</sup>, tales como los del sistema integral de seguridad social<sup>100</sup> (EPS,<sup>101</sup> Fondos de pensiones,<sup>102</sup> ARL,<sup>103</sup> Cajas de Compensación Familiar,<sup>104</sup> entre otras), los Curadores Urbanos,<sup>105</sup> el Fondo Nacional de Café,<sup>106</sup> los Fondos de Fomento del sector agrícola y pecuario,<sup>107</sup> las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios,<sup>108</sup> entre otras.

No obstante, en otras ocasiones aquella competencia adscrita en la gestión fiscal se les transfiere a los contratistas del Estado. En efecto, la condición esencial, bajo los parámetros jurídicos que se han venido esbozando, es que el propio contrato estatal comporte la *adscripción* de dicha *competencia* (expresa y delimitada) para *administrar o manejar* el patrimonio público (fondos o bienes públicos), que a su vez le otorgue al contratista, como se ha advertido, una *disponibilidad jurídica* sobre tales haberes, y en consecuencia un *rol de garante* frente a la protección de los mismos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha reiterado, en precedente unívoco y sin matices jurídicos:

(...) 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 identificados.*<sup>109</sup> (Énfasis añadido)

Y de manera reciente:

Entonces, los particulares también son gestores fiscales siempre y cuando tengan *habilitación* legal, administrativa o *contractual*, con *capacidad decisoria* frente a los fondos, recursos o bienes del patrimonio público *puestos bajo su administración, manejo o destinación.*<sup>110</sup> (Énfasis añadido).

La Sección Primera del Consejo de Estado, ratificando la anterior *subregla* del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, ha señalado en precedente uniforme: ***“que no se pueden hacer juicios generalizados (...) en el sentido de que siempre que un particular suscriba un contrato estatal -que per se debe involucrar la ejecución de recursos públicos de lo contrario no tendría esta condición-, por este sólo hecho, el particular desplegó gestión fiscal y por ende estaría incurso en este tipo de responsabilidad. Lo anterior, por cuanto para que tenga acogida esta afirmación, se debe mirar cada caso en particular para determinar con fundamento en el tipo de contrato cuestionado, si el particular que manejó o administró bienes o recursos públicos, se desempeñó como gestor fiscal”.***<sup>111</sup> (Resaltado original). Y en reciente decisión: “En ese sentido, para la Sala es claro que la parte demandante cuando se desempeñó como contratista *no fue gestor fiscal* de los recursos públicos, por cuanto *no tenía atribuciones para manejar recursos públicos o bienes del Estado ni fue autorizado por un funcionario competente para el efecto.* Así las cosas, del análisis integral y conjunto del acervo probatorio, la Sala advierte que la parte demandante no ejerció gestión fiscal y su conducta omisiva imputada no constituyó la causa eficiente y determinante del detrimento,

por cuanto como contratista no se encontraba *facultado* para adelantar la actuación”.<sup>112</sup> (Énfasis añadido).

La Sección Tercera del Consejo de Estado, por su parte, en sentencia de tutela, en la cual la Contraloría promovió esa acción constitucional en contra de un Tribunal Contencioso Administrativo que declaró nulo un fallo con responsabilidad fiscal proferido en contra de un contratista particular, reiteró:

1) En atención a lo expuesto, la Sala entiende que ese control fiscal puede recaer sobre servidores públicos o particulares, y pueden ser sujetos de responsabilidad cuando se les ha encomendado el manejo o administración de recursos o fondos públicos. 2) Para la Sala, en el presente asunto, no se vulneró el derecho al debido proceso de la parte demandante pues pese que es cierto que de las disposiciones enunciadas se deriva que los contratistas pueden ser sujetos de responsabilidad fiscal, como se advirtió, ello solamente ocurre cuando se *demuestre que tenían a cargo la gestión fiscal o el manejo de recursos públicos.* 3) Así lo ha entendido el Consejo de Estado<sup>113</sup> y la Corte Constitucional<sup>114</sup>, quienes a través de distintas decisiones han hecho referencia a que es necesario que exista una gestión o manejo de recursos públicos por parte de contratistas, para que estos puedan ser sujetos de responsabilidad fiscal. 4) En el presente asunto, se evidenció, tal como lo indicó en su momento el juez de la nulidad, que la empresa Cafeaseo SA ESP no tuvo a su cargo el manejo o gestión de recursos públicos, pues lo cierto es que las sumas recibidas por esa empresa, provenían de la suscripción de un contrato de prestación de servicios con la Alcaldía de Quimbaya. 5) Adicionalmente, está demostrado que el dinero fue recibido como consecuencia de la presentación de órdenes de pago y facturas de venta, por parte de Cafeaseo SA ESP, con lo cual se descartó que las sumas entregadas debían ser manejadas como recursos públicos por el contratista. 6) No desconoce la Sala que

algunos de los valores recibidos por la empresa Cafeaseo SA ESP, de acuerdo a lo señalado por la Contraloría, podían sobrepasar lo pactado en el referido contrato de prestación de servicios. No obstante, esa circunstancia no genera que al contratista se le encomendara la gestión o manejo de esos recursos y de esa manera adquiriera la calidad de sujeto de responsabilidad fiscal.<sup>115</sup>

En el anterior caso, dado que de manera errada la Contraloría<sup>116</sup> entendió que la jurisprudencia (particularmente la sentencia C-840 de 2001 de la Corte Constitucional) había admitido que si una persona “contribuye” en la producción del daño patrimonial se le puede atribuir responsabilidad fiscal *por ese solo hecho* (así no fuera gestor fiscal),<sup>117</sup> la precitada sentencia del Consejo de Estado aclaró:

(...) En lo relacionado con la Sentencias SU-620 de 1996, C-840 de 2001 y C-599 de 2009 de la Corte Constitucional, contrario a lo sostenido por la parte actora, *ellas no establecen que el contratista, es responsable fiscal por contribuir a la generación del daño patrimonial, pues lo cierto es que, como se mencionó líneas atrás, esa afectación al patrimonio debe estar ligada a que el contratista maneje o gestione recursos públicos*, lo cual no ocurrió en este caso.<sup>118</sup> (Énfasis añadido)

En suma, la demostración fehaciente de la gestión fiscal en cabeza del particular contratista es un requisito sustantivo de competencia para activar la acción fiscal por parte de la Contraloría, hace parte del principio de legalidad que rige el proceso y del derecho fundamental al debido proceso administrativo que se proyecta sobre dicha actuación.

Pero ¿cuáles son los eventos en que el contratista particular es cobijado por esas competencias a partir del contrato estatal? Si bien no es posible detallar un catálogo integral de dicha tipología, se pueden señalar los siguientes eventos característicos:

Cuando el objeto del contrato comporte, precisamente, el manejo o administración de fondos o bienes públicos. Este evento es típico de ciertos contratos, tales como los de fiducia o encargo fiduciario, los contratos de obra pública celebrados bajo la modalidad de pago por administración delegada, los de concesión cuando impliquen la administración de bienes o recursos públicos, los contratos especiales<sup>119</sup> para administrar recursos parafiscales, los contratos celebrados con Bancos para el recaudo de impuestos y los de cuenta corriente o de ahorros,<sup>120</sup> entre otros.

Cuando el contratista administra el anticipo, asume el rol de gestor fiscal respecto de esos recursos que tienen la naturaleza de recurso público.<sup>121</sup>

El interventor en el contrato estatal, dado su rol que consiste no solo en asegurar a partir de su condición de experto el cumplimiento del objeto del contrato vigilado, sino además proteger el recurso público en él invertido, actividad –de supervisión y control–, que comporta materialmente una gestión fiscal.<sup>122</sup>

Así, bajo este claro entendido de Derecho, y de acuerdo con todo lo ya expuesto, cuando la ley 1474 en su artículo 82 señala que los consultores y asesores externos responderán fiscalmente, entre otras responsabilidades, debe entenderse que responderán fiscalmente sólo en la *medida en que el contrato de consultoría o asesoría* comporte en su *objeto* el ejercicio de *atribuciones* específicas y expresas para *administrar o manejar* patrimonio público (gestión fiscal).

Del mismo modo al prescribir la Ley 1474 en su artículo 119 que en los eventos en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos (no justificados, se entiende) en la contratación u otros hechos irregulares responderán fiscal y solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante

con el contratista (y con las demás personas que concurren al hecho), también debe entenderse que el contratista (o las terceras personas involucradas) podrá ser sujeto pasivo del proceso de responsabilidad fiscal siempre y cuando el contrato celebrado con el Estado (del cual derivan los sobrecostos no justificados que comportan el daño patrimonial u otras irregularidades), entrañe del mismo modo *atribuciones concretas de gestión fiscal* para el contratista.

Lo expuesto, pues, nos permite concluir que el contrato estatal es un instrumento jurídicamente idóneo para investir a los particulares contratistas de potestades de gestión fiscal (y colaterales por consecuencia de *función pública*), con todo lo cual pueden ellos ser a su vez sometidos tanto a la vigilancia como al control fiscal, y a su vez por esa vía configurarlos como sujetos pasivos de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre que en el caso concreto se tipifique el supra-elemento de la *gestión fiscal* (y los demás elementos que estructuran este tipo especial de responsabilidad), es decir que el contrato estatal haya otorgado al contratista *competencias públicas o habilitación jurídica* para administrar o manejar el patrimonio público.

Pero ¿qué sucede cuando se produce un daño al patrimonio público por parte de un contratista o en general por un agente (público o privado) que no ostenta la condición de gestor fiscal, y que por tanto no es admisible adelantar en su contra el proceso de responsabilidad fiscal para resarcir el daño? En estas situaciones el ordenamiento jurídico consagra distintos mecanismos autónomos y de distinta raigambre jurídica para restablecer el patrimonio afectado,<sup>123</sup> varios de los cuales incluso pueden ser promovidos por la propia Contraloría, tal y como lo autoriza el artículo 125 de la Ley 1474, modificado por el artículo 153 del Decreto 403 de 2020, con todo lo cual se advierte que el patrimonio público queda jurídicamente debidamente resguardado.

## Declaraciones de transparencia y ética en la investigación

*Financiación.* Ninguna.

*Conflictos de interés.* Ninguno

*Uso de herramientas de inteligencia artificial (IA).* No utilicé ninguna herramienta asociada a la AI.

*Consideraciones éticas.* No requirió aval ético.

## Bibliografía

### Normatividad

Corte Constitucional, las sentencias: C-046 de 1994, C-374 de 1995, SU-620 de 1996, C-110 de 1998, C-635 de 2000, C-543 de 2001, C-557 de 2001, C-840 de 2001, C-1105 de 2001, C-127 de 2002, C-290 de 2002, C-309 de 2002, C-712 de 2002, C-716 de 2002, C-832 de 2002, C-460 de 2004, C-1176 de 2004, , C-382 de 2008, C-406 de 2013, C-338 de 2014, SU-431 de 2015, T-416 de 2016, C-101 de 2018, C-306 de 2019, C-140 de 2020, C-090 de 2022, C-438 de 2022.

Consejo de Estado, las Sentencias:

Sección Tercera, Subsección B, 23/11/2021, Rad. 2193059-11001-03-15-000-2021-05312-00 AC, M.P. Alberto Montaña Plata.

Sección Tercera, Subsección C, 23/11/2021, Rad. 2193566-25000-23-26-000-2011-00203-0251962, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Sección Tercera, Subsección C, 21/10/2021, Rad. 219358652001-23-33-000-2016-00340-0163490, M.P. Nicolás Yepes Corrales.

Sección Segunda, Subsección B, 20/10/2021, Rad. 11001-03-15-000-2021-06419-00(AC), M.P. Nubia Margoth Peña Garzón

Sección Primera, 24/06/2021, Rad. 25000-23-41-000-2019-00408-01, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

Sección Tercera, Subsección A, 19/03/2021, Rad. 217572076001-23-31-000-2003-01744-0147811, M.P. María Adriana Marín.

Sección Primera, 11/03/2021, Rad. 217182225000-23-41-000-2016-02476-01, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

Sección Segunda, Subsección B, 20/10/2021, Rad. 11001-03-15-000-2021-06419-00(AC), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Sección Primera, 28/11/2019, Rad. 25000-23-41-000-2012-00710-01, M.P. Oswaldo Giraldo López.

Sección Primera, 19/05/2016, Rad. 68001-23-33-000-2013-01024-01, M.P. María Elizabeth García González.

Sección Quinta, 23/08/2018, Rad. 25000-23-24-000-2011-00214-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Sección Primera, 12/11/2015, Rad. 23-31-000-2004-01667-01, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

## Referencias

- Alarcón, C. (1999). *Validez, lógica y derecho*, Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho, No. 14. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (1991). Definiciones y norma. En C. E. Alchourrón & E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho, No. 28.
- Alexy, R. (2011). Deber ideal. En *Desafíos a la ponderación*. G. Beade y L. Clérico (Eds.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Amaya O., U. A. (1996). *Fundamentos constitucionales del control fiscal*. Bogotá: Umbral Ediciones.
- Aragón, M. (1989). *Constitución y democracia*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Amaya O., U. A. (2002). *Teoría de la responsabilidad fiscal, aspectos sustanciales y procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Amaya O., U. A. (2003). La responsabilidad patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio de la moralidad administrativa, en IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arroyo J., L. (2009). *Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo*, en *Ponderación y Derecho Administrativo*, L. Ortega y S. de la Sierra (Coords.). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Atienza M., & Ruiz M., J. (1991). Sobre principios y reglas. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, Alicante.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Beladiez Rojo, M. (1994). *Los principios jurídicos*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Benfeld-Escobar, J. (2020). A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de *onus probandi*. *Estudios de Derecho*, No. 170, jul-dic, Universidad de Antioquia. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/342393/20803412>
- Caro John, J. A. (2006). Imputación subjetiva. VIII Curso Internacional de Derecho Penal: "El funcionalismo jurídico-penal a debate". Lima, junio. Organizado por el Instituto Peruano de Ciencias Penales, la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Editora Jurídica Gri-



- jley. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Lima.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Pacto de San José, *Gaceta Oficial* 1.
- Cordini, N. S. (2013). La teoría de la imputación en Hruschka y sus implicancias en la teoría del delito. *Revista Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, No. 11, Santa Fe, Argentina.
- Corte IDH. (1997). Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte IDH. (2006). *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte IDH. (2011). *Caso Barbani Duarte Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011 Serie C No. 234.
- Corte IDH. (2014a). Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.
- Corte IDH. (2014b). Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.
- Corte IDH. (2019). Control de Convencionalidad. *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, No. 7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/4.pdf>
- Destéfánis, J. I. (2022). Doctrina clásica de la imputación: un camino alternativo. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXV, Fascículo 1, Agencia Estatal Boletín Oficial de Estado, Madrid.
- Fabra Zamora, J. L. (2015). Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate. En J. Fabra & E. Spector (Eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 3, México DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Feijóo S., B. (2002). *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Editorial Grijley.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2012) El Constitucionalismo entre principios y reglas. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 35, Alicante.
- Fierro, G. J. (2002). *Causalidad e Imputación*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Frosini, V. (1995). *La letra y el espíritu de la ley*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Galindo, M. (2000). *Teoría de la administración pública*. México: Editorial Porrúa.
- García Aran, M. (1993). Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, No. 16.
- García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás (1993). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.
- Gascón A., M. (2010). *Los hechos en el derecho, Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Goldenberg, I. (1984). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Guastini, R. (2011). *Disposición vs norma*. Lima: Palestra Editores.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Henao, J. C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado, en *La responsabilidad extracontractual del Estado*.

- J. C. Henao & A. F. Ospina (Eds.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hruschka, J. (2009). Reglas de comportamiento y reglas de imputación. En *Imputación y Derecho Penal, Estudios sobre la teoría de la imputación*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F.
- Jakobs, G. (1995a). *Imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1995b). *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Jescheck, H.-H. (1981). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Editorial Bosh.
- Klug, U. (1990). *Lógica jurídica*. Bogotá: Editorial Temis.
- Landecheo V., C., & Molina B., C. (1996). *Derecho penal español. Parte general*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Londoño J., H. (1990) El indicio grave de responsabilidad. *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 49, Editorial Temis.
- López Benítez, M. (1994). *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Editorial Civitas.
- Mans Puigarnau, J. M. (1969). *Lógica para juristas*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Marienhoff, Miguel. (1960). *Tratado del dominio público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora.
- Martínez Arrieta, A. (1993). La prueba indiciaria. En N. González-Cuéllar Serrano et al. *La prueba en el proceso penal*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Martínez, L., & Fernández, J. (1994). *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Mir Puig, S. (2005). Límites del normativismo en el Derecho Penal, en *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*, M. Bolaño González, (Comp.), Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela.
- Mir Puigpelat, O. (2000). *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: organización, imputación y causalidad*. Madrid: Editorial Civitas.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Julio César Faira, B de F Ltda.
- Nino, C. S. (1994). *Derecho, moral y política, una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Papayanis, D. M. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons.
- Pardo, J. E. (2012). *Lecciones de Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Peña López, F. (2011). *Dogma y realidad del Derecho de Daños: Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL*, Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Pérez Luño, A. E. (2000). Seguridad jurídica. E. Garzón Valdés y F. Laporta (Eds). *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta S.A.
- Pizarro, R. D. (2006). *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*, tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Prieto-Castro, L. (1998). *Derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Tecno.
- Reglero, L. F., & Bustó, J. M. (2013). *Lecciones de responsabilidad civil*, 2. ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- República de Colombia. (2022). *Guía para la Administración del Riesgo y el diseño de controles en entidades públicas*, versión 6. Departamento Administrativo de la Función Pública.
- República de Colombia. (2023). *Manual Operativo del Modelo Integrado de Planeación y*

*Gestión. Consejo para la Gestión y Desempeño Institucional, Versión 5*, marzo. Departamento Administrativo de la Función Pública.

Sieckmann, J. (2015). Norma jurídica. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. 2, J. Fabra & A. Núñez (Eds.). México DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/4.pdf>

Soriano, R. (1986). *Compendio de teoría general del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

Tamayo J., J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*, tomo I. Bogotá: Editorial Legis.

Valcavi, G. (s.f.). Sobre el principio de causalidad jurídica en la responsabilidad civil por incumplimiento y por acto ilícito, en *Textos Jurídicos de Derecho Civil*. <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/espagnol/derecho-civil/textos-juridicos-de-derecho-civil.htm>

## Notas

1. Según el DRAE, vigilancia significa: “Cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno”.

2. Según el DRAE, control se entiende como “Comprobación, inspección, fiscalización, intervención”.

3. Gramaticalmente el DRAE define el verbo intransitivo vigilar, como la acción de “examinar atentamente”.

4. El DRAE define el verbo intransitivo fiscalizar, como “criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien”.

5. “la vigilancia fiscal es una atribución exclusiva de los organismos de control fiscal”. Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1995.

6. En este sentido, Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-557 de 2009 y C-103 de 2015.

7. No obstante, la determinación de la responsabilidad fiscal no necesariamente es una consecuencia o una derivación del propio control fiscal, ni tampoco puede hablarse que entre las dos potestades subsista una conexión teleológica per se, sino que se trata

de una diversa y autónoma función, aunque eventualmente interrelacionada. En efecto, no obstante usualmente los procesos de responsabilidad fiscal se derivan de los “hallazgos fiscales” (hallazgos administrativo con efectos fiscales) que determina la Contraloría en las auditorías –instrumento técnico para aplicar el control fiscal–, puede acaecer que dicho proceso derive por traslado de “copias” o información de otras autoridades públicas, denuncias, quejas, o por los mecanismos de participación ciudadana, incluso respecto de situaciones administrativas sobre las cuales no se ha ejercido el control fiscal. Al respecto la jurisprudencia ha precisado: “Ha dicho esta Corporación que la competencia atribuida a los órganos de control fiscal se ejerce en dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos deba darse necesariamente en todos los casos. Así, en un primer momento dichos órganos realizan el control fiscal dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal sobre los que se lleve a cabo su examen. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de un daño al patrimonio público, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2002. En el mismo sentido cfr., entre otras, las sentencias C-189 de 1998, C-499 de 1998, C-401 de 2001, C-409 de 2001 y C-1148 de 2001.

8. Se debe relieves que el derecho público de la acción fiscal en cabeza de los Órganos de Control Fiscal (que representa el derecho sustantivo a la integridad del patrimonio público), se enmarca en la denominada justicia correctiva (dado que la responsabilidad fiscal es de carácter patrimonial y exclusivamente “tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público”, conforme lo señala el artículo 4º de la Ley 610). En ese contexto la gestión fiscal estructura los “deberes primarios” que le son exigibles al agente, (“Deberes primarios” en los que se encuentra “el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal” –art. 4º L610–, debidamente acotados en el caso concreto a la “regla” funcional que le sea exigible al gestor fiscal) y el estatuto de responsabilidad fiscal corresponde a los “deberes y derechos secundarios”: es decir el “deber” que se proyecta en favor del Estado y respecto de sus agentes que administran el patrimonio público de no dañarlo, y el “derecho” correlativo en favor del propio Estado de que el

patrimonio público no sea dañado, junto con un “deber de compensar el daño causado, correlativo con un derecho a ser indemnizado”. (Papayanis, 2014, p. 134). De otro modo, la gestión fiscal entraña el sistema normativo primario, y la responsabilidad fiscal el sistema normativo secundario. “En la mayoría de los ordenamientos modernos existe implícitamente un deber de no dañar en ciertas circunstancias, correlativo con un derecho a no ser dañado, y un deber de compensar el daño causado, correlativo con un derecho a ser indemnizado. Estos derechos y deberes están relacionados; pues los referidos a la compensación, que podemos llamar secundarios, se activan cuando se infringen los primarios. En otras palabras, los derechos y deberes secundarios de compensación tienen su fundamento en la vulneración de los derechos y deberes primarios en la interacción injusta”. (Papayanis, 2014, p. 134). Por otra parte, los fundamentos filosóficos de la responsabilidad extracontractual en el ámbito de la justicia correctiva, -aplicable mutatis mutandis a la responsabilidad fiscal-, son explicados por la doctrina así: “Las teorías de la justicia correctiva surgen de la “simple y elegante idea” de que cuando una persona ha sido dañada por otra, el dañador debe compensar a la víctima. La responsabilidad extracontractual es vista como la rectificación de una situación dañosa, y esta rectificación encarna un tipo particular de justicia –cuya primera formulación la encontramos en el libro *v de la Ética a Nicómaco*– requiere que las víctimas sean compensadas, sin considerar su estatus particular o los recursos que tienen”. (Fabra, 2015, Cap. 67, p. 2547).

9. Bajo esta perspectiva se entiende la correlación normativa entre el principio de responsabilidad previsto en el artículo 6º de la C.P. y el propio principio de legalidad inmerso en tal postulado, pues la responsabilidad es una correlativa consecuencia por la violación de dicho principio de legalidad, en el caso del servidor público por infringir la Constitución o la ley o por omitir o extralimitar el ejercicio de sus funciones, es decir por incumplir sus deberes funcionales acorde con las funciones que la propia Constitución y la ley (en sentido material) le atribuyen como autoridad estatal (art. 121 C.P.).

10. La jurisprudencia de la Corte Constitucional delimita la “gestión fiscal” como un parámetro propio de la “acción” fiscal, en términos del principio de legalidad que rige las competencias de la Contraloría: “De lo anterior puede colegirse, que la responsabilidad fiscal no es necesariamente una acción dirigida indistintamente a todo tipo de funcionarios públicos, particulares en el ejercicio de funciones públicas o agentes que causen un daño patrimonial al Estado

en los términos descritos, so pena de desconocer las competencias penales, contenciosas administrativas o disciplinarias de otras autoridades. Para la procedencia de esta acción, se requiere que los asuntos en cuestión estén dentro de la órbita de las funciones de las Contralorías, y que por consiguiente deban tratarse de asuntos conexos con la gestión fiscal”. Corte Constitucional, sentencia C-083 de 2015.

11. Las normas no son proposiciones descriptivas (ya que no se limitan a transmitir información), ni proposiciones valorativas (pues ellas no se limitan a expresar juicios de valor), sino que son proposiciones prescriptivas, dado que con ellas se pretende influir en el comportamiento de sus destinatarios para que ellos actúen de conformidad con tales estipulaciones normativas. Cfr. Alarcón (1999, p. 16). La norma jurídica, perteneciente en cuanto “proposición” al lenguaje “prescriptivo”, implica “un acto lingüístico que consiste en formular un juicio normativo con la intención de que ese mismo acto lingüístico constituya parte de una razón del destinatario para realizar la acción normada, dado algún juicio normativo al que el destinatario se adhiere.” (Nino, 1994, p. 110). Por tanto, la “norma jurídica” es la “prescripción” de un acto jurídico ordenado por los órganos de poder. Cfr. Soriano (1986, p. 40) agrega que ese “acto jurídico” puede ser de “creación” o “aplicación” del derecho. Cuando ese acto se aplica –a través de la interpretación–, se convierte en una “proposición normativa”, es decir, la descripción de la norma jurídica llevada a cabo por la ciencia del Derecho.

12. En el mismo sentido, Alexy (2012, p. 67). Los principios constitucionalizados gozan de la misma fuerza normativa de la Constitución: “Los principios constitucionalizados ocupan, en las fuentes del Derecho, el lugar de la Constitución, simplemente porque son Constitución”. (Aragón, 1989, p. 83). No obstante, “se caracterizan por ser un tipo de prescripción jurídica con una estructura peculiar: no son una proposición jurídica” (Beladiez, 1994, p. 83).

13. Así, el artículo 3º, num. 12 del CPACA señala: “12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas”.

14. El artículo 25 de la Ley 80 indica: “Del Principio de Economía. En virtud de este principio: 1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamen-



te necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”.

15. El artículo 3º, literal d) del Decreto 403 de 2020 afirma: “Principios de la vigilancia y el control fiscal. La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios: (...) d) Economía: En virtud de este principio, la gestión fiscal debe realizarse con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados”.

16. En este punto es útil la distinción que realizan Atienza y Ruiz entre principios que ellos denominan en sentido estricto, y las normas programáticas: refiriéndose a las normas programáticas las califican como aquellas dirigidas a “guiar la conducta de la gente [la administración, en nuestro caso] que no consiste en el ejercicio de poderes normativos.” (Atienza & Ruiz, 1991, p. 106). (Énfasis añadido). Por su parte, el Diccionario panhispánico del español jurídico, define la “norma programática” como una “que no contiene proposiciones imperativas ni establece mecanismos suficientes para asegurar su aplicación, sino que se limita a formular un programa de actuación, criterios u orientaciones de política legislativa”. En el terreno gerencial público las normas programáticas se articulan “normativamente a través de principios o mandatos de optimización, esto es, de programas finales que la Administración está obligada a actualizar en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible”. (Arroyo, 2009, p. 34).

17. El artículo 47 de la ley 909 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, determina: “Empleos de naturaleza gerencial. 1. Los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial tendrán, a efectos de la presente ley, el carácter de empleos de gerencia pública. 2. Los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. No obstante, en la provisión de tales empleos, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza, los nominadores deberán sujetarse a las previsiones establecidas en el presente título. 3. La gerencia pública comprende todos los empleos del nivel directivo de las entidades y organismos a los cuales se les aplica la presente ley, diferentes de: a) En el nivel nacional a aquellos cuya nominación dependa del Presidente de la República; b) En el nivel territorial, a los empleos de secretarios de despacho, de director, gerente; rec-

tor de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos. / Estos empleos comportan responsabilidad por la gestión y por un conjunto de funciones cuyo ejercicio y resultados son posibles de ser medidos y evaluados”. (Énfasis añadido).

18. Así, v.gr., el Decreto Ley 770 de 2005, Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004, dispone en su artículo 3º: “Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades u organismos a los cuales se refiere el presente decreto se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial”. (Énfasis añadido). Cfr. artículo 2.2.2.1 y ss del Decreto 1083 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

19. El concepto de “empleo público” lo concibe y define el artículo 19 de la Ley 909 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, así: “1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado” (Cfr. art. 2º del Decreto-Ley 770 de 2005). Y agrega que el “diseño de cada empleo debe contener: a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular; b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo; (...)”. El artículo 5º de la precitada Ley 909 prescribe además: “Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de: 1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación. 2. Los de libre

nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: (...) b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así: (...) c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado; d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos. e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera”. (Énfasis añadido).

20. Artículo 20 de la Ley 909 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

21. Artículo 50 de la ley 909 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

22. El artículo 133 de la Ley 1753 prescribió: “Integración de Sistemas de Gestión. Intégrese en un solo Sistema de Gestión, los Sistemas de Gestión de la Calidad de qué trata la Ley 872 de 2003 y de Desarrollo Administrativo de que trata la Ley 489 de 1998. El Sistema de Gestión deberá articularse con los Sistemas Nacional e Institucional de Control Interno consagrado en la Ley 87 de 1993 y en los artículos 27 al 29 de la Ley 489 de 1998, de tal manera que permita el fortalecimiento de los mecanismos, métodos y procedimientos de control al interior de los organismos y entidades del Estado”. Desarrollando aquel mandato, el artículo 2.2.22.1.1. del Decreto 1499 de 2017 Por medio del cual se modifica el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, en lo relacionado con el Sistema de Gestión establecido en el artículo 133 de la Ley 1753 de 2015, precisó: “El Sistema de Gestión, creado en el artículo 133 de la Ley 1753 de

2015, que integra los Sistemas de Desarrollo Administrativo y de Gestión de la Calidad, es el conjunto de entidades y organismos del Estado, políticas, normas, recursos e información, cuyo objeto es dirigir la gestión pública al mejor desempeño institucional y a la consecución de resultados para la satisfacción de las necesidades y el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos, en el marco de la legalidad y la integridad”. El artículo 2.2.23.1, el decreto 1499 agregó: “Articulación del Sistema de Gestión con los Sistemas de Control Interno. El Sistema de Control Interno previsto en la Ley 87 de 1993 y en la Ley 489 de 1998, se articulará al Sistema de Gestión en el marco del Modelo Integrado de Planeación y Gestión - MIPG, a través de los mecanismos de control y verificación que permiten el cumplimiento de los objetivos y el logro de resultados de las entidades. / El Control Interno es transversal a la gestión y desempeño de las entidades y se implementa a través del Modelo Estándar de Control Interno – MECI”. Cfr. NTC ISO 031000 y República de Colombia (2022).

23. El artículo 2.2.22.2.1. del Decreto 1499 de 2017, señala: “Políticas de Gestión y Desempeño Institucional. Las políticas de Desarrollo Administrativo de que trata la Ley 489 de 1998, formuladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública y los demás líderes, se denominarán políticas de Gestión y Desempeño Institucional y comprenderán, entre otras, las siguientes: 1. Planeación Institucional 2. Gestión presupuestal y eficiencia del gasto público 3. Talento humano 4. Integridad 5. Transparencia, acceso a la información pública y lucha contra la corrupción 6. Fortalecimiento organizacional y simplificación de procesos 7. Servicio al ciudadano 8. Participación ciudadana en la gestión pública 9. Racionalización de trámites 10. Gestión documental 11. Gobierno Digital, antes Gobierno en Línea 12. Seguridad Digital 13. Defensa jurídica 14. Gestión del conocimiento y la innovación 15. Control interno 16. Seguimiento y evaluación del desempeño institucional”.

24. El artículo 2.2.22.3.2. del Decreto 1499 de 2017, define el MIPG así: “El Modelo Integrado de Planeación y Gestión - MIPG es un marco de referencia para dirigir, planear, ejecutar, hacer seguimiento, evaluar y controlar la gestión de las entidades y organismos públicos, con el fin de generar resultados que atiendan los planes de desarrollo y resuelvan las necesidades y problemas de los ciudadanos, con integridad y calidad en el servicio”. Cfr. República de Colombia (2023).

25. El artículo 2.2.23.1. del Decreto 1499 de 2017, precisa: “Articulación del Sistema de Gestión con los Sistemas de Control Interno. El Sistema de Control

Interno previsto en la Ley 87 de 1993 y en la Ley 489 de 1998, se articulará al Sistema de Gestión en el marco del Modelo Integrado de Planeación y Gestión - MIPG, a través de los mecanismos de control y verificación que permiten el cumplimiento de los objetivos y el logro de resultados de las entidades. / El Control Interno es transversal a la gestión y desempeño de las entidades y se implementa a través del Modelo Estándar de Control Interno – MECI”.

26. Cfr. Decreto Ley 4170 de 2011, Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura, y artículos 2.2.1.1.1.1.1. y ss del Decreto 1082 de 2015 Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional.

27. “La progresiva comprensión de la unidad del Estado a través de la interrelación de los tres poderes públicos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial ha permitido establecer la categoría común de servidores públicos para incorporar en ella a todas las personas que ejercen la función pública”. Corte Constitucional, sentencia C-185 de 2019. (Énfasis y subraya originales).

28. “(...) el concepto de función pública admite su asimilación, en ciertos casos, con el desenvolvimiento de potestades públicas, y en otros, con el ingreso de manera formal a un cargo creado por el Estado, de acuerdo con los requisitos previstos en la Constitución y la ley, a través de una vinculación legal o reglamentaria, con el fin de atender y satisfacer los intereses generales de la comunidad”. Corte Constitucional, sentencia C-185 de 2019.

29. Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

30. “Se ha de entender entonces el principio de legalidad en su concepción positiva: la Administración sólo puede hacer aquello para lo que está facultada o habilitada por la ley, por el ordenamiento. Es necesario, pues, que la legislación afirme positivamente –diga sí–, de ahí la caracterización como vinculación positiva- la capacidad de actuación de la Administración en un frente determinado y en el modo en que la propia ley lo precise. Ésta es la concepción que se impone en la actualidad y la que, desde luego, resulta más coherente con los postulados constitucionales”. (Pardo, 2012, p. 97).

31. “Las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de libertad y de los derechos

fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”. (López Benítez, 1994, p. 161).

32. “Las normas de competencia establecen que ciertos actores son capaces de determinar la situación normativa por su propia acción. Algunos ejemplos son la competencia de legislar, de emitir un acto administrativo, de pronunciar una sentencia, de celebrar un contrato o de hacer una promesa. En estos casos, la situación normativa está determinada (y puede ser cambiada) por el acto que se ejerce sobre la base de la competencia (...) las normas de competencia conectan normas en sentido semántico con la dimensión de validez de actos intencionales. Otorgan el poder de determinar intencionalmente la situación normativa a ciertos actores. Alguien tiene la competencia para tal determinación cuando cumple las condiciones establecidas en la norma de competencia, que pueden referirse, por un lado, a propiedades del actor y, por otro lado, a propiedades del acto o de la situación. Cuando el actor cumple con las condiciones personales, tiene una competencia en sentido abstracto. Cuando todas las condiciones están dadas, tiene la competencia para cierto acto normativo concreto”. (Sieckmann, 2015, pp. 911-912).

33. La regla jurídica expresa un deber real o definitivo (Alexy, 2011, p. 16.) “(...) en la reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado” (Atienza & Ruiz, 1991, p. 108). “Conforme a esto puede afirmarse que son reglas, y de manera más precisa, reglas deónticas, todas y solo las normas de las que cabe configurar los actos que son su observancia o su inobservancia”. (Ferrajoli, 2012, p. 801). Graficado el concepto, conforme con la doctrina tenemos: Supuesto de hecho (acto jurídico-hecho jurídico) + cópula (“deber ser”-imputación) = consecuencia jurídica. Cfr. Martínez y Fernández (1994, p. 115.). La consecuencia jurídica es, en suma, “el juicio de deber ser concreto” (Klug, 1990, p. 61).

34. “Artículo 3°. 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, eco-

nomía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

35. “La gestión fiscal que cumplen los funcionarios del erario, comprendida en la órbita de la función administrativa (...)”. Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994. Bajo este entendido el artículo 4º de la L610 prescribe: “Objeto de la responsabilidad fiscal. 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. Para 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”. (Énfasis añadido). La Corte Constitucional ha señalado que la función administrativa “activa”, “es aquella por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos”, es decir, realizando “actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines”, mientras que la función administrativa “pasiva” o de control, “cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa”. Corte Constitucional, sentencia C-189 de 1998.

36. “Ello, por cuanto que la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública”. Corte Constitucional, sentencia C-181 de 2002.

37. Gravemente culposa conforme con la sentencia C-619 de 2002 de la Corte Constitucional, título subjetivo de imputación éste posteriormente incorporado normativamente en el artículo 118 de la Ley 1474.

38. “Del contenido de las normas citadas supra, en la responsabilidad fiscal confluyen tres elementos: i) elemento objetivo, consistente en que exista prueba que acredite con certeza, por un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, por el otro, su cuantificación; ii) elemento subjetivo, que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquél haya actuado al menos con culpa; y iii) elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal”. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 9 de marzo de 2023, Rad: 25000234100020190024301, C.P. Hernando Sánchez Sánchez. En el mismo sentido, Cfr. entre otras, las sentencias de la Sección Primera de 10 de diciem-

bre de 2021, Rad: 470012333000201400428011, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, y de 7 de abril de 2022, Rad: 66001 23 33 000 2013 00236 01, C.P. Oswaldo Giraldo Gómez.

39. Es decir “aquellos en los que predomina una valoración y que, por lo tanto, no pueden ser percibidos sólo mediante los sentidos” (Bacigalupo, 1999, p. 226), a diferencia de las normas penales en blanco (es decir aquellas “cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal” (Muñoz Conde, 2001, p. 48), el elemento normativo forma parte o integra el supuesto de hecho del tipo, solo que para su entendimiento “hay que invocar otras normas en la valoración de las características típicas”. (García Aran, 1993, p. 70).

40. Al respecto, Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-035 de 1999 y C-643 de 2012.

41. Como lo señalan Landecho y Molina (1996, pp. 176 y ss.) comentado el concepto de la antijuridicidad en el Derecho Penal, en la visión de Von Liszt.

42. “Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo. En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en sí mismo, pues su acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en materia ambiental. El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de esto último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado”. Corte Constitucional, sentencias C-035 de 1999 y C-643 de 2012. Y en otra ocasión: “La Corte, en cuanto al principio de economía, ha enfatizado que constituye una orientación, una pauta, para que el cumplimiento de los fines del Estado se proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo, sin que ello lo convierta en un fin en sí mismo.” Corte Constitucional, sentencias C-849 de 2005 y C-643 de 2012.

43. “Téngase en cuenta que ambas modalidades de responsabilidad –tanto la patrimonial como la fiscal– tienen el mismo principio o razón jurídica: la protección del patrimonio económico del Estado. En este sentido, la finalidad de dichas responsabi-



lidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable) sino eminentemente reparatoria o resarcitoria, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el 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 agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente –la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta– y se establezcan por distinto cauce jurídico –tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001–. Diferencias éstas que, además, tan sólo se orientan a imprimirle eficiencia a la actividad del Estado en lo que corresponde a la preservación de los bienes y recursos públicos, pero que no alteran el fundamento unitario que reside en un principio constitucional el cual es común e indivisible a ambas modalidades de responsabilidad: la garantía del patrimonio económico del Estado. (...) Así las cosas, el criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación por el solo hecho de que a la declaración de responsabilidad se accede por distinta vía”. Corte Constitucional, sentencia C-619 de 2002.

44. La Corte Constitucional ha señalado, en relación con el concepto “inexcusable”, que “sólo aquel que por sus dimensiones no pudo haber sido cometido sino mediante total o crasa negligencia del sujeto que emite el acto, podría ser juzgado con esa calificación”, y en relación con lo “manifiesto” precisó: “no cualquier error, en este caso uno poco evidente, recóndito o nimio, podría ser constitutivo de aquel tipo especial de culpa”. Corte Constitucional, sentencia C-455 de 2002.

45. Con toda razón, el Consejo de Estado señaló que no es válido aplicar al proceso de responsabilidad fiscal las presunciones de dolo y culpa grave previstas en la ley 678, afirmando, para ese caso: “123.- Siendo así las cosas, no resulta viable el traslado de conceptos ni de instituciones propias del medio de control de repetición a la responsabilidad fiscal”. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 26 de junio de 2020, Rad: 25000-23-41-000-2019-00329-01, C.P. Roberto Serrato Valdés.

46. “El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 779 y 7810 del C. C. A.. Así, dijo que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. / Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución y en la ley. / Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio, Rad. 25000-23-26-000-2011-00478-01 (48384). “Es evidente entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta. / Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 27 de agosto de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio, Rad. 110010326000201300108 00 (48016). “De conformidad con lo anterior, el juicio subjetivo

de responsabilidad que recae sobre el agente estatal demandado en acción de repetición debe construirse bajo diversos criterios, pues para determinar la existencia del dolo o de la culpa grave, el juez debe observar lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 -a partir de su vigencia-, y además interpretar y aplicar el artículo 63 del Código Civil, y armonizar éstas con los fundamentos Constitucionales de esta acción patrimonial –analizados supra–, pero enfatizando en los postulados de los artículos 6, 91 y 123 de la Carta, los cuales le imponen a los agentes estatales la obligación de actuar conforme al ordenamiento jurídico, situación que lleva a considerar lo dispuesto, incluso, desde los manuales de funciones de la respectiva entidad”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero, Rad.: 25000-23-26-000-1998-01148-01 (16335). En el mismo sentido, de la citada Sección, cfr. entre tantas, las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, 28 de abril de 2001, expediente: 33407.

47. V.gr., “Por lo anterior, la Sala entra en el análisis de la conducta de la actora, el daño cierto causado a la entidad, y la relación de causalidad entre la conducta y el daño, teniendo en cuenta que el Código Civil en su artículo 63 define la culpa grave o lata como la negligencia consistente en no manejar los negocios ajenos (en este caso los públicos), con el cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 8 de mayo de 2014, C.P. María Elizabeth García González, Rad.: 76001-23-31-000-2007-00153-01. / “Ahora bien. Si nos atenemos a la definición de culpa grave o lata que trae el Código Civil en su artículo 63, en donde se define como la negligencia consistente en no manejar los negocios ajenos (en este caso los públicos), con el cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, ha de concluirse que las omisiones endilgadas en este caso a la Tesorera, encajan perfectamente en dicha definición”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de abril de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont, Rad.: 66001-23-31-003-2006-00102-01. / “Con todo, la Contralora General de la República no debió declarar responsable fiscal a la parte demandante a título de culpa grave por omisión al no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que

las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en los negocios propios (...).” Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 25 de febrero de 2021, Rad: 500012333000201500091012, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

48. “De aquí se desprende que si bien los conceptos de culpa penal y culpa civil pueden equipararse, el juez administrativo al momento de apreciar la conducta del funcionario público para determinar si ha incurrido en culpa grave o dolo, no debe limitarse a tener en cuenta únicamente la definición que de estos conceptos trae el Código Civil referidos al modelo del buen padre de familia para establecerla por comparación con la conducta que en abstracto habría de esperarse del ‘buen servidor público’, sino que deberá referirla también a los preceptos constitucionales que delimitan esa responsabilidad (arts. 6 y 91 de la C.P.)”. Sentencia de 31 de agosto de 1999. Expediente: 10.865. Actor: Emperatriz Zambrano. C.P. Ricardo Hoyos Duque. (énfasis del original). En el mismo sentido, Cfr. Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de septiembre de 2013, Rad.: 11001-03-26-000-2003-00037-01(25361), C.P. Enrique Gil Botero, y, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 30 de 2017, Rad.: 15001-23-31-000-1999-02107-01 (41230), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

49. Sobre el carácter subjetivo de la responsabilidad fiscal, Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-620 de 1996, C-619 de 2002, C-832 de 2002, C-340 de 2007 y C-382 de 2008.

50. Tal como acaece en la responsabilidad patrimonial derivada del medio de control de repetición: “73. Para la Corte resulta oportuno destacar que la atribución de responsabilidad de agentes del Estado, cuya fuente tiene origen en el artículo 90, y que involucra por tanto los conceptos culpa grave o dolo, implica una valoración más desde las aristas juspunitivas, sin que obviamente puedan asimilarse en esta sede; lo que se quiere decir es que el avanzar de la dogmática jurídica hacia el esclarecimiento de los conceptos de dolo o culpa de tintes subjetivistas y luego normativistas, obliga el trascender definiciones difícilmente concretables o reconducibles a una idea menos discutible, como lo es la de “buen padre de familia”, para ahora decantar las citadas ideas de dolo y culpa en perspectivas que aluden al conocimiento de hechos, voluntad de realizarlos y conciencia de su ilicitud (dolo) o a la realización de comportamientos que trasgreden reglas, por no tener el cuidado debido, en virtud de normas objetivas de comportamiento, o acaso sobre criterios de previsibilidad (imprudencia o culpa). (...) “75. Se trata entonces de una atribución normativa o jurídica de resultados, que va más allá de etéreos y

difusos criterios psíquicos (y por ello mismo, naturalistas) como el del buen padre de familia (...). Corte Constitucional, sentencia SU-259 de 2021. (Énfasis del original). Del mismo modo en el Derecho Penal, en el marco del “análisis de la tipicidad subjetiva” Cfr. Feijóo (2002, pp. 113 y ss), tal y como lo reseña la doctrina: Cfr. Caro John (2006, pp. 9 y ss).

51. A semejanza de la acción de repetición: “76. Así las cosas, en el análisis de dolo y culpa en punto de la acción de repetición, debe establecerse la responsabilidad a partir de contenidos de imputación jurídica, que en ese sentido, dejen ver: i) ya la 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, ii) en su defecto, el actuar que pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aun así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa”. Corte Constitucional, sentencia SU-259 de 2021. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de marzo 30 de 2017, Rad.: 15001-23-31-000-1999-02107-01(41230), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

52. Dado que se trata de una responsabilidad personal, sin descuidar, por supuesto, entres otras premisas relevantes, como lo resalta la Corte Constitucional para efectos de la acción de repetición -aplicables mutatis mutandi a la responsabilidad fiscal-, que “se está frente a la valoración de una conducta personal del agente público, no frente a la valoración de una conducta institucional” y que “la culpa grave impone valorar (i) el contexto en el que se produce la decisión del funcionario público; (ii) la naturaleza y complejidad de la organización de la que hace parte y (iii) la distribución de roles y responsabilidades para la toma de decisiones. Desconocer tales elementos al interpretar las disposiciones y aplicarlas a los casos concretos en punto de culpa grave, puede constituir de manera simultánea una violación directa de la Constitución y un defecto sustantivo”. Sentencia SU-259 de 2021. (Las primeras cursivas son de la cita es original, las segundas no). Y, bajo el principio de la buena fe, que “si bien (...) es el jefe de la entidad y, por ello, es responsable de todas las competencias que le corresponda ejercer, su cometido misional es otro, muy complejo, y que para las labores administrativas y de apoyo cuenta con un equipo de funcionarios. Entonces, no cabe señalarse que la responsabilidad siempre deba ser imputada al jefe de la entidad, así como que todas las fallas interpretativas o de criterio de las dependencias le sean directamente atribuibles”. Sentencia SU-354 de 2020.

53. El nexo de causalidad, entendido como la “necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido”. Cfr. Pizarro (2006, p. 87).

54. Concretada mediante una análisis ex post de los hechos, a través de un “juicio retrospectivo de probabilidad”. Cfr. Goldenberg (1984, pp. 33-34).

55. Comúnmente aceptada por nuestra jurisprudencia civil de contenciosa administrativa, como lo pone de presente el tratadista Javier Tamayo (2007, p. 393).

56. Karl Larenz adoptó el criterio de la “imputación objetiva”, con una perspectiva ontológica de la acción o conducta, siguiendo a Hegel, perspectiva que posteriormente el derecho penal –y en las vertientes más actuales de la dogmática–, la enfocó bajo una visión “normativista” a partir de la cual la “persona” (“construida” en ese nivel normativo) es portadora de un “rol” social específico (caracterizado a nivel normativo), de cuya infracción (bajo criterios de imputación “objetiva” normatizados –expresa o tácitamente–, y adosados a una imputación “subjetiva”) surge la responsabilidad penal, en este caso: “El mundo no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto”. (Jakobs, 1995a, p. 9). “El denominar atribución objetiva a las condiciones objetivas de la responsabilidad no debe entenderse en el sentido de que se trata sólo de imputación; de imputación se trata más bien en el tipo subjetivo y en la culpabilidad; tampoco debe suponerse que de la imputación objetiva se derive una imputación penal completa, pues para ésta se necesita aún un tipo subjetivo y la culpabilidad. Aquí se trata únicamente de las propiedades objetivas generales de la conducta imputable”. (Jakobs, 1995b, p. 225).

57. “El delito ha de ser un hecho dañoso o peligroso para un bien jurídico, que es lo que quiere evitarse a través de la prevención y exige el principio de lesividad. Cuando el bien jurídico tiene un substrato material (como la vida de una persona) su lesión se produce en el mundo fáctico (elemento fáctico), aunque tanto el concepto de bien como el de daño presuponen una valoración negativa de la realidad (elemento normativo) que en tal caso implican. En los delitos de comisión activa, para que la lesión del bien jurídico pueda imputarse objetivamente a una persona (base objetiva de la posibilidad de culparle del mismo, como exige el principio de culpabilidad en sentido amplio), ha de haber sido causada por una conducta de la misma (elemento fáctico) que se



encuentre en una determinada relación de riesgo con el resultado lesivo (el riesgo tiene una base fáctica, pero se calcula con arreglo al criterio normativo de un hombre prudente puesto en la situación del autor; el grado de riesgo necesario para no ser permitido es también normativo; asimismo, la determinación de si el riesgo se ha realizado en el resultado depende de una base fáctica y exige una apreciación normativa). En los delitos de comisión por omisión también es preciso el resultado lesivo, en lugar de su causación positiva por el autor es necesaria la posibilidad fáctica de que este lo evitase, y la imputación objetiva requiere la posición de garante, que tiene una base fáctica (a mi juicio, la de haber contribuido previamente a causar la situación de peligro) y supone una valoración normativa". Mir Puig (2005, pp. 55-56). En el Derecho Penal, en todo caso, la imputación objetiva tiene específica relevancia respecto de los delitos denominados de resultado (por oposición a los de mera conducta), y mucha más en ese ámbito relativo a los delitos de comisión dolosa. En el caso de los delitos de omisión por omisión, como lo señala Peña (2011, p. 23) parafraseando a Jescheck, "la lesión al bien jurídico protegido será imputable objetivamente a la omisión que se considere, si y solo si dicha lesión no se hubiese producido de haberse realizado la conducta a la que estaba obligado el autor de la omisión. En definitiva, la omisión habrá causado el resultado si añadiendo mentalmente la acción que se ha omitido al curso causal, ese resultado se hubiese evitado".

58. "la idea que dimana del concepto riesgo, es la de una contingencia adversa a la que se está dispuesto a afrontar, mientras que el peligro es una posibilidad perjudicial causalmente probable que es inherente a una determinada situación pero que el sujeto puede ignorar. El riesgo, por tanto, es algo que el sujeto actuante asume, es una expectativa completamente subjetiva, con mayor o menor grado de probabilidad de que ocurra en la realidad un evento indeseado mientras que ello no es necesariamente así con respecto al peligro". (Fierro, 2002, p. 397).

59. "El primer paso para determinar si se cumple el requisito causal es, pues, si la conducta o actividad del sujeto eventualmente responsable representa un antecedente físico o material del hecho dañoso. Es decir, si constituyó una *conditio sine qua non* de ese resultado (...). Esta operación previa constituye una cuestión de hecho y es un presupuesto de la imputación causal, pero, por sí solo, no es suficiente para ello. Si no existe nexo causal entre la conducta o actividad del demandado, ningún paso más hay que dar. No cabe hablar, en modo alguno, de responsabilidad. Si existe ese nexo, habrá de partirse de la

base de que si bien todos los antecedentes causales son físicamente necesarios para la producción de un determinado resultado, desde un punto de vista jurídico, no todos ellos generan, normalmente, el mismo aporte causal, a los efectos de la imputación objetiva. (...) los creadores de la teoría de la imputación objetiva no discuten la idoneidad de la teoría de la *conditio sine qua non*. Para ellos, la teoría de la equivalencia de las condiciones constituye el modo en que debe determinarse la causalidad natural; lo que sucede es que a esa relación de causalidad natural o física añaden un requisito de carácter normativo: la imputación objetiva". (Reglero, 2013, p. 109).

60. "El mundo no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto". (Jakobs, 1995, p. 9).

61. En la doctrina clásica de la imputación, consolidada por el penalista alemán Joachim Hruschka, operan dos niveles de imputación: *imputatio facti* e *imputatio iuris* y su correlativo juicio de valoración *applicatio legis ad factum* (Cfr. Hruschka 2009, pp. 15 y ss). Tal perspectiva así la explica la doctrina: "La imputación se presenta en dos niveles: *imputatio facti* e *imputatio iuris*. Por otra parte, la *applicatio legis ad factum* es un juicio que se encuentra imbricado entre aquellos, pero posee una naturaleza diversa: no de atribución sino de medición o valoración. Por tanto, la secuencia sería: *imputatio facti*, *applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris*. En otros términos, en primer lugar, se imputa una acción como hecho (*factum*), el hecho luego se somete a las leyes, y finalmente se le atribuye responsabilidad al artífice a título de mérito o demérito. (...) Las operaciones de imputación no deben ser confundidas con las de valoración. Los juicios de imputación consisten en la atribución de un suceso como hecho (1er nivel) y en el reproche al agente (2º nivel). En cambio, un juicio de valoración, como lo es el de la *applicatio legis ad factum*, consiste en medir el hecho imputado con arreglo a una regla de comportamiento en función retrospectiva. Resulta que el acto de aplicación de la ley precede a la imputación de segundo nivel y sigue a la imputación de primer nivel, es decir, no es una operación propiamente imputativa pero presupone una *imputatio facti* y posibilita la *imputatio iuris*". (Destéfani, 2022, pp. 701-704). Cfr. Cordini (2013). Por otra parte, entre otros doctrinantes, el profesor Giovanni Valcavi distingue entre la causalidad material y la jurídica, aduciendo la determinación de la causalidad material a partir de los "métodos y reglas de las ciencias naturales" —agrego, v.gr., mediante el método contrafáctico de la *conditio sine qua non*—,



mientras que en la causalidad jurídica la “fuente se identifica precisamente con las normas jurídicas de obligado cumplimiento dictadas por el legislador, y no ya con las ciencias naturales”, basada en la “probabilidad” como regla básica de la causalidad jurídica, en cuanto se deduce de las máximas de experiencia inherentes al patrimonio cultural medio de la sociedad (en el plano subjetivo el juicio de “probabilidad” se traduce en “previsibilidad”). (Valcavi, s.f., pp. 27.28).

62. “El concepto de deber de actuar o de impedir el daño (las ‘posiciones de garante’ del derecho Penal) no es una noción coincidente con la de ‘deber de cuidado’ o ‘estándar de diligencia’. El ‘estándar de diligencia’ señala las medidas de precaución y cuidado que cualquier persona debe adoptar al desarrollar una actividad en sentido positivo, para hacerla menos peligrosa para los demás; mientras que el deber de actuar determina si una persona que no está haciendo nada, ni ha causado empíricamente daño alguno, debía haber hecho algo para evitar un daño que se ha producido sin su intervención”. Cfr. Peña (2011, p. 150).

63. “Extraña a la Sala que la primera instancia no hubiera tenido en cuenta que dada la naturaleza de la irregularidad reprochada, debió analizar que el tema no se limitaba simplemente a decir que como el actor no había adjudicado el medicamento y no había suscrito el contrato, el daño fiscal no se había presentado por lo que quedaba desvirtuada su responsabilidad fiscal. Considera la Sala que el anterior es un ligero juicio de valor, por cuanto no tuvo presente el Tribunal de primera instancia que se estaba frente a un proceso contractual en el que, a pesar de que el actor no fue quien suscribió como tal el contrato cuestionado, su aporte en el proceso pre contractual fue decisivo para el perfeccionamiento del mismo. En síntesis sin su visto bueno, de seguro el contrato no lo hubiera suscrito el Gerente de la Clínica Los Comuneros que lo sucedió en el cargo, por tanto sí se puede afirmar que el actor fue quien, con esta actuación dio aval para la ‘adjudicación’ del medicamento al proveedor cuestionado y por ende la posterior suscripción del contrato materia de investigación fiscal. De acuerdo con lo expuesto, resultan acertadas y por tanto son compartidas las motivaciones del Fallo 003 de febrero de 2000, al señalar que si bien es cierto la responsabilidad en el tema contractual radica en principio en el gerente de la entidad contratante, igualmente lo es que no se puede pasar por alto como lo pretende el actor y lo acogió el a quo, evadir la responsabilidad de las distintas dependencias y funcionarios que tuvieron participación en las etapas previas a la suscripción

del contrato cuestionado, entre ellas, la decisiva del demandante quien en su calidad de gerente encargado de la contratante, desempeñó funciones de gestor fiscal. Lo anterior, pues es sabido que para llevar a buen término la contratación pública, se deben agotar las distintas etapas y por ende, dar estricto cumplimiento a las funciones que le corresponde desarrollar a cada una de las dependencias que tienen que ver con el tema, como aporte para lograr el cometido final, como en el caso en estudio aconteció con la participación de las oficinas de Farmacia, Compras y la Gerencia de la Clínica Los Comuneros”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, M.P. María Claudia Rojas Lasso, Rad.: 68001-23-31-000-2001-00425-01.

64. “En síntesis, se entiende la omisión como el desarrollo de una conducta diversa de la jurídicamente esperada (concepto valorativo) es innegable que en esa desobediente acción existe un nexo causal que solo en este sentido puede ser entendido como la causalidad de las omisiones”. (Reyes Alvarado, 1994, p. 47).

65. Así, v.gr.: “Lo característico de la omisión es, precisamente, que falta en ella un impulso de voluntad esperado y que, por esta razón, no se pone en marcha un determinado proceso causal”. (Jescheck, 1981, p. 292).

66. “En efecto, la fórmula empleada para determinar la ‘causalidad’ en las omisiones lo que afirma es que debe considerarse que una omisión es causa del daño, si existía el deber de realizar una acción; y si la hipotética acción omitida lo hubiese evitado. Combina, por consiguiente, un criterio estrictamente jurídico (la existencia de un deber), con una proposición normativa similar a las que se emplean en la teoría de la imputación objetiva (se entiende que la omisión ha creado un riesgo relativo al daño enjuiciado, debido a que la acción debida —y omitida— lo hubiese conseguido evitar. Sin embargo, debe notarse que se trata de un imputación objetiva distinta a la predicada de las acciones. Esta última, como hemos visto, servía para limitar los efectos excesivos derivados de aplicar sólo la causalidad natural, mientras que la ‘causalidad’ no empírica de las omisiones es, por sí sola, más que suficiente para satisfacer el requisito consistente en ‘causar un daño’”. (Peña, 2011, p. 49). “...cuando la conducta es, en cambio, una omisión, la relación de causalidad no es sólo insuficiente, sino, incluso, innecesaria (...) Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción —debida— omitida capacidad para evitarlo. En el momento de comprobar esta última

cuestión (la capacidad evitadora de la acción omitida) se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido. Pero obsérvese bien: no es una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción (que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal) no realizada y el resultado; y, además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión". (Mir Puigpelat, 2000, pp. 242-244).

67. Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2001. "En la misma sentencia, la Corte señala: (...) 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 identificados".

68. Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2001 y, entre muchas, la C-832 de 2002.

69. "Artículo 1. Definición. 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." (Énfasis añadido).

70. Un ejemplo académico de aquel evento de conexidad próxima y necesaria (con ocasión de la ges-

tión fiscal) es el siguiente: Un Tesorero, cuyas funciones generales corresponden a las de recaudar, administrar y custodiar los dineros y títulos valores que constituyen los ingresos y el patrimonio de ente público, se sustrae semanalmente una suma  $x$  de la caja menor de la tesorería durante un lapso de seis meses (conducta homogénea y sucesiva en el tiempo o "de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado" –art. 9º L610–). En este caso nótese que el daño que provoca el gestor fiscal (Tesorero) lo causa "con ocasión" de la gestión fiscal asociada a su cargo de Tesorero, es decir que su ilícita conducta lesiva del patrimonio público tiene un "nexo próximo y necesario" con su propia gestión fiscal.

71. "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". Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2001. (Énfasis del original).

72. "62. Los pronunciamientos expuestos supra están en concordancia con la sentencia C-840 del 9

de agosto de 2001, proferida por la Corte Constitucional que, al hablar sobre la intervención directa o contribución indirecta en la gestión fiscal ejercida por los servidores públicos o por los particulares, manifestó lo siguiente: (...) 73. Ahora bien, es cierto que la Corte Constitucional, en esta providencia, se pronunció sobre la constitucionalidad de la expresión ‘o con ocasión de ésta’, contenida en el artículo 1.º de la Ley 610 de 2000, en el sentido de señalar que por conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal quienes suscriben contratos con el Estado pueden, eventualmente, ser objeto de responsabilidad fiscal; sin embargo, la Corte Constitucional aclaró que la atribución excepcional de responsabilidad fiscal por aplicación de la expresión citada supra está supeditada a ciertos parámetros, lo que, en criterio de esta Sala, descarta la posibilidad de que aquella se pueda aplicar de manera objetiva. En concreto, la Corte Constitucional, señaló (...). 64. Conforme con lo anterior, no toda acción u omisión de los contratistas que pueda derivar en un detrimento al patrimonio del Estado podrá ser pasible de la acción fiscal; “aceptar lo contrario implicaría que la imputación de responsabilidad fiscal, respecto de los contratistas, opera de manera objetiva por el hecho de que aquellos siempre estarán en una relación próxima o cercana a la ejecución de recursos del Estado y, por ende, a la gestión fiscal”. (Énfasis añadido). Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 25 de agosto de 2022, Rad: 050012333000201801146 01, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

74. El principio del “juez o tribunal competente” en el debido proceso administrativo (arts. 29 C.P.) replicado como principio orientador de la acción fiscal (art. 2º de la Ley 610).

75. En el ámbito convencional, dentro de la garantía del debido proceso o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho de defensa procesal”. Cfr. Corte IDH (1997, párr. 74.) cabe también el principio del “juez o tribunal competente” previsto en las “garantías judiciales” del artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), garantías “judiciales” que se extienden por esa vía convencional a la “determinación” de “obligaciones” de “cualquier otro carácter”, incluyendo las de orden administrativo, tal y como la ha precisado la Corte IDH. Cfr. Corte IDH (2006); Corte IDH (2011). Debe verse que dicha Convención integra el bloque de constitucionalidad: “la jurisprudencia constitucional ha sido constante al señalar que la CADH hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en tanto satisface los requisitos del artículo 93 constitucional.

En consecuencia, la CADH tiene rango constitucional y sus disposiciones sirven de parámetro de constitucionalidad para analizar la validez de las normas infra constitucionales y, además, es criterio hermenéutico de las normas constitucionales”. Corte Constitucional, Sentencia C-146 de 2021. Cabe recordar que, conforme también con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control de convencionalidad es una “obligación de toda autoridad pública”, (Cfr. Corte IDH 2019) como lo ha señalado su propia jurisprudencia. (“Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”. (Corte IDH 2014a). “Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.” (Corte IDH, 2014b). y Corte IDH (2019, pp. 13 y ss.)

76. El indicio se refiere a la autoría, a diferencia del auto de imputación (art. 48 L610) en el cual la ley exige la existencia de “indicios graves”, entre otros posibles medios de prueba, referidos a la responsabilidad.

77. La prueba indiciaria se compone de un “hecho-indicio” al que se adjunta una regla de la ciencia, una máxima de la experiencia o una regla de sentido común, para a través de una inferencia acreditar otro hecho, este es, el “hecho-consecuencia” (Cfr. Martínez Arrieta, 1993, pp. 53-54). La “consecuencia” es la “forma” del razonamiento, mientras que el “hecho-indicio” y la regla aplicada son la “materia” del razonamiento (Cfr. Mans, 1969, pp. 78 y 79). Nuestra jurisprudencia señala: “Los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos, como sí lo son el testimonio y la prueba documental, y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. (...) puede afirmarse que el indicio se integra con los siguientes elementos: Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos: los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso. -Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento. -Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador;

la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar.— El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp. No. 15700, M.P. Ruth Stella Correa. En el mismo sentido, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 2 de mayo de 2016, Rad: 08001233-1000-1999-02736-01 (37755), C.P. Ramiro Pazos Guerrero, y Sección Primera, sentencia de 19 de septiembre de 2018, Rad: 25002342000201602966 01, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

78. En el Diccionario de la RAE, define el adjetivo “serio”, en una de sus acepciones, como “4. Real, verdadero y sincero, sin engaño o burla, doblez o disimulo”.

79. Los indicios pueden ser: necesarios, cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; o contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. “Estos, los contingentes, a su vez pueden calificarse de: graves cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad, sino de la común ocurrencia de las cosas; o leves si el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 19 de marzo de 2014, Rad: 38793, SP3397-2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

80. Si bien para el proceso penal, valga la reflexión de Ferrajoli (1995) —igualmente válida para el entorno administrativo y el ámbito de la responsabilidad—, respecto de lo que el iusfilósofo denomina el “poder de cognición”, como la suma del “poder de denotación jurídica” entendida como la “calificación, clasificación o subsunción judicial” de “hechos empíricos exactamente determinados” (p. 121), el “poder de verificación fáctica” (o de “comprobación probatoria”. Cfr. p. 166) y el “poder de connotación equitativa”, (el carácter de “serios” respecto de los indicios, comporta un “poder de connotación que se expresa en elecciones y valoraciones ampliamente discrecionales” Cfr. p. 161). (Ferrajoli, 1995, pp. 37, 38, 40, 68, 121, 128, 161 y 166).

81. “Por eso, si la motivación no es directamente una garantía epistemológica sí lo es indirectamen-

te, en la medida en que permite un control sobre ese irreductible espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración. La exigencia de motivación es, pues, un garantía de cierre del sistema cognoscitivista”. (Gascón, 2010, p. 177). En el mismo sentido lo acota Ferrajoli, Citado por Gascón (2010, p. 177) “Ferrajoli atribuye a la motivación el valor de garantía «instrumental» respecto a las garantías «epistemológicas» que establecen condiciones de justificación de la inducción: la debilidad de la primera corre siempre el peligro de comprometer las últimas”. (Ferrajoli, 1995, p. 154).

82. “La teoría de la carga de la prueba es, pues, la teoría de las consecuencias de la falta de prueba”, resalta la doctrina con simple precisión. Cfr. Prieto-Castro (1998, p. 149).

83. Como lo subraya la doctrina, con el carácter de regla asociado a la carga de la prueba, “lo que se generaliza como curso de acción es una decisión jurídico-política que en estricto rigor no mira tanto a la prueba judicial propiamente tal, sino a la seguridad jurídica a la que todo procedimiento y proceso tributa, la cual se ve realizada por la sola aplicación regular y uniforme de la regla y no por la obtención de un resultado determinado”. (Benfeld-Escobar, 2020, p. 56).

84. “(...) las “reglas de onus probandi” que se insertan por razones de seguridad jurídica dentro del régimen probatorio tanto a su inicio (carga subjetiva), como al final del mismo (carga objetiva), pero sin que cuenten dentro de sus razones subyacentes criterios epistemológicos vinculados con la averiguación de la verdad, sino todo lo contrario. En efecto, lo que uno observa en la instanciación de las tales reglas (aplicación a un caso particular), es precisamente la generalización de una solución normativa que, en su dimensión subjetiva (al inicio del procedimiento), indica quién debe probar y, en su dimensión objetiva (al final del proceso), determina de antemano qué sujeto procesal ha de ver frustrada su pretensión debido a la falta de prueba sobre las afirmaciones sobre hechos relevantes. (...) es una cuestión que tiene que ver más con el derecho sustantivo y las decisiones normativas que sobre el mismo adopta el legislador, que con una cuestión de naturaleza procesal. (...) En su dimensión subjetiva, las reglas sobre carga de la prueba nos indican quién debe aportar la prueba y no quién debe soportar la decisión adversa”. (Benfeld-Escobar, 2020, pp. 57-58-61).

85. “Artículo 44. Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a



la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.”

86. La vinculación de la Compañía de Seguros sólo deriva del contrato de seguro (Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 18 de marzo de 2010, Rad.: 25000-23-24-000-2004-00529-01, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont, num. 2.2.2. del fallo. En el mismo sentido, Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 17 de junio de 2010, Rad.: 68001-23-15-000-2004-00654-01, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont, num. 2. del fallo), es decir “por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado” (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 3 de octubre de 2019, Rad.: 25000 23 24 000 2003 00054 01, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, num. 59.2 del fallo), —que por lo demás “es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante”— (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 11 de octubre de 2019, Rad.: 25000 23 24 000 2007 00459 02, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, num. 190 del fallo), o lo que es lo mismo, por las “obligaciones adquiridas en el contrato de seguro previamente celebrado, de forma que la responsabilidad civil que del citado negocio jurídico se deriva, se limita, exclusivamente, al riesgo amparado en la póliza”. (Consejo de Estado, Sección Quinta (en descongestión), sentencia de 7 de junio de 2018, Rad.: 25000-23-24-000-2009-00287-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro, num. II. 4. del fallo). “La vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado” (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 3 de octubre de 2019, Rad.: 25000 23 24 000 2003 00054 01, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, num. 59.2 del fallo). Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-648 de 2002.

87. Seguro de responsabilidad civil (incluida la fiscal) de directores y administradores (D&O).

88. Los amparos del contrato de seguros respecto de las garantías del contrato estatal (arts. 2.2.1.2.3.1.1. y ss, y 2.2.1.2.3.2.1. y ss del Decreto 1082 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional.

El amparo de los bienes del Estado por una póliza de seguros o un fondo especial (Cfr. artículo 107 de la ley 42 de 1993 y 43 de la ley 2276 de 2022).

89. “Esta ha sido la modalidad utilizada cuando el Estado ha querido vincular a las entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas por ella misma creadas (contribuciones parafiscales) para que manejen los recursos correspondientes a nombre del Estado, y propendan, mediante ellos, a la satisfacción de necesidades de sectores de la actividad social, sin que esos recursos por tal circunstancia se desnaturalicen ni puedan ser apartados de sus prístinas e indispensables finalidades”. Corte Constitucional sentencia C-037 de 2003.

90. “en el caso de las personas jurídicas, no implica mutación en la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función, que conserva inalterada su condición de sujeto privado sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades anejas a su específica finalidad”. (Corte Constitucional, sentencia C-166 de 1995).

91. “las personas jurídicas privadas aunque se hallan esencialmente orientadas a la consecución de fines igualmente privados, en la medida en que hayan sido investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, participan de la naturaleza administrativa, en cuanto toca con el ejercicio de esas funciones, en cuyo desempeño ocupan la posición de la autoridad estatal gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público y encontrándose, en consecuencia, sometidas a la disciplina del derecho público.” (Corte Constitucional, sentencia C-166 de 1995. En igual sentido, sentencia C-1142 de 2000).

92. “De otra parte, el régimen de derecho administrativo sujeta a la persona privada que cumple función administrativa a la consiguiente responsabilidad y le impone el despliegue de una actuación ceñida a lo expresamente autorizado y permitido para la consecución de la específica finalidad pública que se persigue; ello se erige en una garantía para el resto de los asociados y justifica la operancia de los controles especiales que, normalmente, se ubican en cabeza de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-166 de 1995. En igual sentido, sentencia C-1142 de 2000.

93. “La Corte precisó que no todo tipo de funciones pueden ser atribuidas a los particulares mediante este mecanismo, sino que la Constitución y en determinados casos la ley establecen límites que impiden la atribución a los particulares de funciones (i) de contenido político o gubernamental, (ii) de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, (iii) ‘exclusivas’ de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza

Pública, (iv) de aquellas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas y que por tanto requieren de norma constitucional o legal expresa y directa para ser atribuidas como el caso de determinadas funciones atribuidas a los notarios y a las Cámaras de Comercio (v) o que vacíen de contenido la competencia de la autoridad que las otorga". Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

94. "De otro lado, aparte del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control general al que se somete la actividad administrativa pesa igualmente, en todas sus modalidades, sobre el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares; en especial el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política". Corte Constitucional, Sentencia C-866 de 1999.

95. Así lo ha señalado la Corte Constitucional al precisar que la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos (sentencia C-286 de 1996), aunque "es natural que el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad" (sentencia C-037 de 2003), razón por la cual a "los particulares a los cuales estas se han asignado asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello comporta en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil" (Sentencia C-563 de 1998).

96. "en tanto que el artículo 209 se refiere a la 'función administrativa' (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública". Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

97. "En ese orden de análisis, al momento de establecer la responsabilidad fiscal de los particulares, lo que importará será determinar si las funciones y/o obligaciones derivadas de su relación laboral o contractual son constitutivas o no de gestión fiscal. indistintamente de la clase de vinculación que éstos tuvieren, habida cuenta que su labor no se agota con la ejecución de unas labores o actividades específicas a su cargo, sino en el cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado que habilita su colaboración en la función administrativa, dado que, "[c]uando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.". Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 28 de noviembre de 2019,

Rad: 25000-23-41-000-2012-00710-01, C.P. Oswaldo Giraldo López. "En ese sentido, para ser considerado gestor fiscal se requiere tener poder jurídico decisorio sobre los bienes y fondos públicos puestos a su disposición, caso en el cual la responsabilidad deviene del daño patrimonial que se pueda causar a los mismos./ Por lo anterior, para establecer si la conducta del servidor público encaja dentro del concepto de gestión fiscal es necesario analizar las funciones asignadas a su cargo para determinar si estaban relacionadas con la administración y manejo de los recursos de la entidad y si tenía poder decisorio sobre los mismos". Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 9 de marzo de 2023, Rad: 25000234100020190024301, C.P. Hernando Sánchez Sánchez. La Sección Quinta (Sala de descongestión) del Consejo de Estado, ha indicado que la noción de "gestor fiscal" se encuentra asociada a dos "criterios conjuntivos", uno funcional y otro orgánico. El primero (funcional) comporta la "cristalización" de cualquiera de las conductas descritas en el artículo 3º de la L610, y el segundo ("criterio orgánico o de habilitación") "sólo podrá predicarse esta condición, de aquellos que cuentan con la competencia de origen legal o reglamentario para intervenir en la gestión de los negocios públicos". Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de agosto de 2018, Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00214-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

98. "Las actuaciones que las Cámaras de Comercio desarrollan en cumplimiento de la función pública del registro mercantil, es una función a cargo del Estado, pero prestada por los particulares por habilitación legal, igualmente, los ingresos que genera el registro mercantil, proveniente de la inscripción del comerciante y del establecimiento de comercio, así como de los actos, documentos, libros respecto de los cuales la ley exigiere tal formalidad, son ingresos públicos (tasa), administrados por estas entidades privadas, gremiales y corporativas, sujetas a control fiscal por parte de la Contraloría General de la República. Las Cámaras de Comercio manejan fondos, que son el producto de la actividad impositiva del Estado y que no pueden tenerse, por lo tanto, como consecuencia de un acto voluntario de los particulares. De consiguiente, el control fiscal de la Contraloría General de la República que versa sobre los fondos públicos percibidos por las Cámaras de Comercio, se aviene a los mandatos de la Constitución Política en los artículos 267 y 268". Corte Constitucional, sentencias C-167 de 1995 y C-655 de 2003.

99. Cfr. Sobre la naturaleza pública de los recursos parafiscales, entre otras, las sentencias C-490 de

1993, C-308 de 1994, C-253 de 1995, C-273 de 1996 y C-152 de 1997.

100. Los recursos de la seguridad social son rentas parafiscales. En este sentido, Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-152 de 1997, C-577 de 1997 y C-655 de 2003, entre otras.

101. “(i) los recursos que las EPS reciben –recaudan– por concepto de cotizaciones, copagos, bonificaciones y similares son recursos parafiscales que, en consecuencia, deben ser administrados en cuentas diferentes a los de los recursos propios de las EPS”. Corte Constitucional, sentencia SU-480 de 1997. En el mismo sentido, Cfr. sentencias C-1489 de 2000, C-828 de 2001, C-1040 de 2003, C-549 de 2004, C-824 de 2004, T-760 de 2008 y C-262 de 2013, entre otras. “Las entidades prestadoras del servicio de salud, por ejemplo, administran los recursos parafiscales de dicho sector y, con ello, prestan un servicio público susceptible de control estatal, al punto que la Contraloría General de la República ejerce la inspección del manejo de dichos recursos”. Corte Constitucional, sentencia C-181 de 2002.

102. “En armonía con el criterio hermenéutico citado, ha insistido la jurisprudencia en sostener que las entidades públicas y privadas que tienen a su cargo el manejo de recursos del sistema integral de la seguridad social, como ocurre con los fondos de pensiones y las Empresas Promotoras de salud -E.P.S.-, administran recursos parafiscales, los cuales, en ningún caso, pueden ser destinados a fines distintos de los previstos en las normas que los regulan”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1999. En el mismo sentido, entre otras, sentencias SU-480 de 1997, C-139 de 1999, C-363 de 2001 y C-655 de 2003.

103. “Las Administradoras de Riesgos Laborales tienen como fuentes de financiación las cotizaciones que realizan los empleadores y las transferencias del Sistema General de Participaciones. Aunque, también resulta una importante fuente de capitalización los rendimientos financieros producto de la administración de estos recursos. En general, éstos tienen naturaleza parafiscal, es decir pública, luego su destinación es específica y no pueden dejar de invertirse en la satisfacción de obligaciones que la ley haya dispuesto”. Corte Constitucional, sentencia C-460 de 2013.

104. “que las consideraciones precedentes caben para los recursos que manejan las Cajas de Compensación Familiar, ya que estos hacen parte del sistema de seguridad social, son de naturaleza parafiscal y se encuentran sometidos a la prescripción prevista en

el artículo 48 Superior”. Corte Constitucional, sentencia C-655 de 2003. En el mismo sentido, sentencias C-575 de 1992, C-508 de 1997, y C-183 de 1997.

105. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 3 de febrero de 2005. CP. Gustavo Aponte Santos. Rad. 1624 y de 2 de junio de 2005, Rad. 1.650, CP. Gustavo Aponte Santos.

106. Corte Constitucional, sentencia C-308 de 1994.

107. Los Fondos de Fomento del sector agrícola (algodonero, arrocerero, cacaoero, cerealista, frijol soya, hortofrutícola, leguminosas, palmero, papa, panelero y tabacalero, y del sector Pecuario (avícola, ganado y leche y porcícola).

108. “En el presente caso, la Sala no tiene duda de que los bienes o recursos originados en la prestación del servicio público de aseo, mientras no ingresen por concepto de remuneración a un particular por sus actividades relacionadas con tales servicios, son fondos públicos del Distrito Capital, así como que quien los administre realiza gestión de dichos fondos, en razón de que se trata de servicios públicos cuya prestación está en cabeza de esa entidad territorial, sin perjuicio de que para ello utilice el concurso de los particulares, que para el efecto se da mediante el contrato de concesión aludido en el plenario, por tanto, los ingresos recibidos vienen a constituir el medio por el cual el Estado, en este caso, el Distrito Capital, efectúa la remuneración a dichos particulares, de suerte que, mientras no se realice el pago, los dineros que se reciban de los usuarios para tal fin son fondos públicos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 29 de noviembre de 2001, Rad.: 25000-23-24-000-1999-0377-01(6618). El Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Segunda, de 10 de marzo de 1999, en proceso de acción de cumplimiento, Radicación núm. ACU-615, a propósito del tema, manifestó que “En la prestación de los servicios públicos subyace la prevalencia del interés general, la que toma cuerpo cuando de su protección se trata precisamente en garantía del patrimonio del Estado, entregado en la modalidad de aportes de capital para su manejo a una sociedad que, sin perjuicio de su naturaleza privada, no resulta inmune al control. En efecto, la sujeción de las empresas prestadoras de servicios públicos al régimen de derecho privado, según los mandatos de la Ley 142 de 1994 en cuanto a sus actos y contratos, no hace que su gestión escape al control fiscal, al que constitucional y legalmente está sometida”. Al respecto, Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-290 de 2002.

109. Corte Constitucional, sentencia C-438 de 2022

110. Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2001.

111. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 12 de noviembre de 2015, Rad.: 050012331000200401667 01, C.P. María Claudia Rojas Lasso. En el mismo sentido, Cfr. sentencias de la Sección Primera de 19 de mayo de 2016, Rad: 680012333000201301024-0, C.P. María Elizabeth García González, y de 25 de agosto de 2022, Rad: 050012333000201801146 01, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

112. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 9 de marzo de 2023, Rad: 25000234100020190024301, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

113. Revisar, entre otras, las Sentencias de la Sección Primera del Consejo de Estado de 28 de noviembre de 2019, Rad. 25000-23-41-000-2012-00710-01, de 21 de enero de 2021, rad. 25000-23-41-000-2012-00534-01 y de 12 de noviembre de 2015, Rad. 05001-23-31-000-2004-01667-01.

114. Revisar, entre otras, la Sentencia de la Corte Constitucional C-840 de 2001, a través de la cual se analizó la constitucionalidad de algunas expresiones y apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 42 de la Ley 601 de 2000.

115. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 23 de noviembre de 2021, Rad.: 11001-03-15-000-2021-05312-00(AC), C.P. Alberto Montaña Plata.

116. No obstante, la Contraloría General de la República por vía doctrinaria y en abstracto, reafirma el deber de demostrar la existencia de gestión fiscal en cabeza del contratista para hacerlo sujeto pasivo de un proceso: “En todo caso en que el contratista desarrolle con recursos públicos alguno de los verbos insertos en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000 o alguna otra conducta que implique el manejo o administración de estos recursos, estaremos ante la inminencia de la gestión fiscal. (...) En materia de contratación estatal es ilustrativo, en los casos en que ya está determinada la naturaleza pública del patrimonio, examinar en las obligaciones del contratista, en las cláusulas contractuales, a que (sic) título actúa el particular en cada uno de los casos. Pues no por ser los recursos estatales necesariamente el contratista es gestor fiscal, sino, que debe extraerse esta información de la naturaleza del contrato, la esencia de la actividad que se despliega y el acuerdo de voluntades que tiene un amplio espacio a partir de la Ley 80 de 1993. / En principio en materia de

contratación, la gestión fiscal corresponde a la administración pública y se desarrolla por servidores públicos; pero ello no significa, que esta regla general no tenga importantes y amplias excepciones, que desde luego, pueden ser pactadas por las partes...”. CGR, concepto núm. 80112-2008EE6493 de 14 de febrero de 2008.

117. En efecto, en la ratio de la sentencia C-840 de 2001 de la Corte Constitucional precisó que la palabra “contribuyan” adosada en la definición del daño contenida en el artículo 6º de la L610, corresponde en el contexto de dicha norma a “una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse”, reafirmando a su vez que solo “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 guisa 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”, y agregando: “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 identificados”. Por tanto, en cualquier evento en que un agente público o privado participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño al patrimonio público, tales conductas desplegadas debe estar precedidas de la competencia (constitucional, legal,



reglamentaria, estatutaria, por delegación administrativa o contractual), para administrar o manejar el patrimonio público afectado en grado de gestión fiscal, pues de lo contrario el proceso para resarcir dicho daño será otro distinto al de la responsabilidad fiscal.

118. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 23 de noviembre de 2021, Rad.: 11001-03-15-000-2021-05312-00(AC), C.P. Alberto Montaña Plata.

119. V.gr. En la administración de los recursos parafiscales entrándose de fondos especiales, la ley autoriza que los mismos sean manejados por el respectivo ente gremial privado que asocie al sector económico beneficiado. Tal es el caso, de los Fondos Especiales de Fomento del sector agrícola, que son administrados por aquellos entes gremiales, bajo la condición de “que la administración solo podría pactarse con el Estado mediante un contrato especial de carácter público que implique un régimen de seguimiento y fiscalización exigente, por cuanto debe estar ceñido a la ley correspondiente”. Corte Constitucional, Sentencia C-678 de 1998.

120. La ley autoriza a los bancos para realizar la gestión fiscal del recaudo de los impuestos (arts. 800 y 801 del Estatuto Tributario), y del mismo modo son gestores fiscales –incluso sus gerentes–, por virtud del contrato de cuenta corriente, tal y como como se puso de presente el Consejo de Estado, entre otras, en las sentencias del 28 de abril de 2005 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, 28 de abril de 2005. Rad.: 25000-23-24-000-2000-00755-01. Actor: BBV Banco Ganadero S.A.) y 25 de agosto de 2010 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, 25 de agosto de 2010, Rad.: 25000-23-24-000-2003-00108-02), donde se examinaron sendos fallos con responsabilidad fiscal denegando allí las pretensiones de nulidad al considerar que el pago irregular de cheques tiene la virtud de configurar la responsabilidad fiscal de los bancos, de un lado, y de otro, que en la constitución de depósitos a términos de una entidad financiera ad portas de ser intervenida y luego de acaecida la misma e impagado el importe del mismo, comporta actos de gestión fiscal en el extremo bancario y por ende susceptible de repararse la lesión por el proceso bajo estudio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, 25 de agosto de 2010, Rad.: 25000-23-24-000-2003-00108-02.).

121. Sobre la naturaleza de recursos públicos respec-

to del anticipo, Cfr. entre varias, las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio del 2000, Exp. No. 12513, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001, Exp. No. 13436, CP. Dr. Ricardo Hoyos Duque, y Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de abril de 2021, Rad.: 25000-23-36-000-2013-02110-01(58008), C.P. Alberto Montaña Plata.

122. Los interventores ejercen, por la naturaleza de su función que entraña ese específico rol de control y vigilancia sobre el patrimonio público invertido en el contrato estatal, una gestión fiscal en relación con esa trascendental función de protección de los recursos públicos (función propia de las autoridades públicas), razón por la cual tales contratistas-interventores pueden ser sujetos de una responsabilidad fiscal si por el incumplimiento, o cumplimiento tardío o defectuoso de su actividad de control surge un daño a los fondos públicos comprometidos: “Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal. / La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos”. Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

123. Tales mecanismos son los siguientes: (1) A través de la acción derivada del contrato de seguro; Cfr. arts. 101 y 107 de ley 42 de 1993, y el 57, num. 13 de la ley 1952. (2) Con ocasión del referido daño, si la conducta del agente que lo provocó es punible, la entidad afectada deberá promover, en condición de víctima, el incidente de reparación integral con ocasión de la sentencia condenatoria en el proceso penal (art. 102

del CPP), con el fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios causados. La ley 190 de 1995 en su artículo 36 prevé el deber de que en todo proceso por delito contra la administración pública es obligatoria la constitución de parte civil –hoy en condición procesal de víctima- a cargo de la persona jurídica de derecho pública involucrada siendo el incumplimiento de esta obligación una causal de mala conducta para el funcionario correspondiente. La L610 por su parte, señala que la caducidad de la acción fiscal o las prescripción de la responsabilidad fiscal “no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública”. (art. 9º). El artículo 65 de la antecitada ley agrega que: “Los contralores, por sí mismos o por intermedio de sus apoderados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos que atenten contra intereses patrimoniales del Estado, tales como enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contrato celebrado sin requisitos legales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, siempre y cuando la entidad directamente afectada no cumpliera con esta obligación, según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995. Las entidades que se constituyan en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2010. En este escenario la propia Contraloría puede asumir tal condición, por transparencia, v.gr. cuando el investigado es el propio representante legal de la entidad igualmente afectada con el delito –y el daño patrimonial correlativo-, y porque también posee un legítimo interés en la reparación de los perjuicios patrimoniales derivados del ilícito, sin que ello implique un desplazamiento de la entidad afectada dado que el interés de ésta no solo es aquel reparatorio, sino también el relativo a la verdad y a la justicia (es decir se trata de un deber –y competencia-, concurrente). Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002. (3) Si el daño se produce como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público o particular que cumpla funciones públicas, que haya dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el mecanismo para resarcir el daño patrimonial será el medio de control de repetición, según lo dispone el art. 2º de la ley 678 de 2001 y 142 del CPACA. La jurisprudencia contencioso administrativa, por otro lado, ha precisado que cuando concurren los supuestos para el ejercicio de la acción

de repetición, no procede el ejercicio concurrente de la acción fiscal. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de julio de 2001, Rad: 05001-23-31-000-1997-0655-01(6620), C.P. Camilo Arciniegas Andrade. (4) Es posible, además, que la reparación patrimonial se produzca por la vía de las acciones populares. En efecto, Bien se sabe que la naturaleza de las acciones populares es esencialmente “tuitiva”, no obstante lo cual excepcionalmente se pueden provocar indemnizaciones o pagos de perjuicios a favor de entidades públicas: “No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, a través de la acción popular únicamente es posible condenar al pago de perjuicios cuando la favorecida con éstos sea una entidad pública que tenga a su cargo la protección del derecho o interés colectivo y no haya sido culpable de su transgresión, esto es, en ningún caso procede el pago de perjuicios a favor de particulares, como se indicó”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 21 de mayo de 2014, C.P. Susana Buitrago Valencia, Rad.: 05001233100020060272001. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de febrero de 2006. Radicado 13001-23-31-000-2004-00026-01(AP) y Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2015. (5) Si el daño al patrimonio público lo provoca un particular no por virtud de un contrato estatal y por fuera de la órbita de la gestión fiscal, el Estado podrá promover en su contra una acción (medio de control) de reparación directa, según lo dispone el último inciso del artículo 140 del CPACA, el cual señala, refiriéndose a la reparación directa, que “Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”, y del mismo modo idéntico medio de control respecto del servidor público que haya producido el daño antijurídico actuando por fuera de aquellas competencias de gestión fiscal, caso en el cual debe entenderse que el agente que provocó el daño patrimonial actuó por fuera de sus potestades propias de la función pública. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 4 de agosto de 2003, Rad. 1522, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. (6) Cuando se trate de actos de “actos de corrupción” que “lesionen los intereses individuales del Estado por daño al patrimonio público” el artículo 59 de la Ley 2195, -que incluye “reparaciones no pecuniarias”-, establece: *“ Responsabilidad por daño al patrimonio público. Los particulares que ejerzan función administrativa y los servidores públicos incurrirán en responsabilidad extracontractual cuando por actos de corrupción lesionen los intereses individuales del Estado por daño al patrimonio público. / La entidad pública lesionada deberá interponer el medio de control de reparación*

*directa, dentro del término legal previsto, sin necesidad de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial y solicitar las medidas cautelares pertinentes para garantizar la reparación del daño causado. / El daño al patrimonio público puede ser resarcido a través de medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias; el juez deberá tener en cuenta para la tasación de los perjuicios el impacto en la sociedad del acto de corrupción. / El daño al patrimonio público admite para su reparación el reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales siempre que estén acreditados".* En el evento en que el daño se haya producido por razón del incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones del contrato estatal a cargo del contratista del Estado, podrá pretenderse su resarcimiento a través del medio de control de controversias contractuales. Cfr. art. 141 CPACA. (7) Del mismo modo será posible pretender un resarcimiento patrimonial a favor del Estado a través de la acción de tutela, cuando uno de los efectos de la sentencia sea la condena pecuniaria..Cfr. Henao (2015, pp. 67 y ss). Y Corte Constitucional, sentencia T-696 de 2010. (8) Igualmente el ordenamiento jurídico prevé una modalidad de responsabilidad administrativa patrimonial especial por pérdida o daño de bienes de propiedad o al servicio del Ministerio de Defensa Nacional (Previsto en la ley 1476 de 2011), sus entidades adscritas o vinculadas o la Fuerza Pública, régimen que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es distinto al de la responsabilidad fiscal. Cfr. Sentencia C-136 de 2016.