

**RESPONSABILIDAD FISCAL DEL CONTRATISTA DEL ESTADO, PARA LA
COMPENSACIÓN DE PERJUICIOS, EN CASO DE DAÑO**

MARTHA LILIANA VIVEROS TRUJILLO

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSGRADOS FÓRUM
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ D.C.
NOVIEMBRE DE 2011**

**RESPONSABILIDAD FISCAL DEL CONTRATISTA DEL ESTADO, PARA LA
COMPENSACIÓN DE PERJUICIOS, EN CASO DE DAÑO**

MARTHA LILIANA VIVEROS TRUJILLO

**Ensayo jurídico para la obtención del grado de
Especialista en Contratación Estatal**

DIRECTOR: Dr. JUAN PABLO ESPINOSA

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSGRADOS FÓRUM
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ D.C.
NOVIEMBRE DE 2011**

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN	4
1. ASPECTOS GENERALES	5
1.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA.....	5
2. RESPONSABILIDAD FISCAL DE LOS CONTRATISTAS	8
3. LA RESPONSABILIDAD FISCAL DE LOS CONTRATISTAS EN EL NUEVO ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN	12
4. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS Y LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CONTRA UN CONTRATISTA DEL ESTADO	14
5. CONCLUSIONES.....	18
BIBLIOGRAFÍA.....	20

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad fiscal en Colombia se fundamenta en los artículos 267 y siguientes de la Carta, normas que han sido reglamentadas específicamente por la Ley 42 de 1993, Ley 610 de 2000 y Ley 1474 de 2011, además de otras que han atribuido funciones para desatar o iniciar actuaciones de carácter fiscal. Adicionalmente a la normatividad, existe un sinnúmero de pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que han dado claridad en la interpretación sobre diversos temas, que se plantean dentro de la responsabilidad fiscal de servidores públicos y particulares, que cumplen funciones públicas, y que tienen la calidad de gestores fiscales.

Principalmente dentro de los temas de mayor dificultad para el operador de la normatividad en esta materia y que constantemente ha desarrollado la Jurisprudencia, podemos ubicar *el del responsable fiscal*, así como la aplicabilidad de este tipo de responsabilidad frente a los contratistas del Estado; aspectos de gran controversia en este escenario y los cuales consisten en el objeto de nuestro estudio, que se centra en demostrar la inviabilidad de la condena en perjuicios y la tasación de lucro cesante, en un juicio de responsabilidad fiscal contra un contratista del Estado, por el incumplimiento de un contrato, cuando no se le encomendó la realización de gestión fiscal.

Para la elaboración del presente texto se recurrió al estudio de los fundamentos normativos que regulan la materia y se hizo una revisión del desarrollo jurisprudencial en el tema, respecto del cual, fue posible analizar en qué eventos efectivamente, un contratista del Estado puede llegar a ser sujeto pasivo de un Juicio de Responsabilidad Fiscal, a causa de su incumplimiento contractual.

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

La Constitución Política, en su artículo 267 define el control fiscal como una función pública, que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Así mismo establece que “(...) Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. (...)” y que “La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. (...)”.

La Ley 42 del 26 de enero de 1993, Ley marco sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, en su artículo 4º, por su parte, ratifica lo dispuesto por el artículo 267 superior, en cuanto que el control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

El Artículo 1º de la Ley 610 de 2000, que reglamentó lo correspondiente al trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías,

define que *“El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”*

Igualmente, el Artículo 4º de la citada norma, establece que el objeto de determinar y establecer la responsabilidad fiscal mediante el proceso correspondiente, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Conforme lo anterior, el control fiscal se define como la función pública consistente en vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

La Corte Constitucional¹ ha señalado que el control fiscal comprende la vigilancia de la gestión estatal en un amplio espectro de entidades, niveles territoriales y operaciones susceptibles de ese control, por lo que su ejercicio es posible en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.

¹ Corte Constitucional, sentencia C-557/09. M. P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Por otra parte el Consejo de Estado² se ha pronunciado respecto al control fiscal concretando que su objeto es vigilar la eficacia de las entidades estatales y de los particulares o entidades que administren recursos oficiales a fin de garantizar que en el recaudo de los fondos del Estado, en el gasto y en su inversión se proceda de acuerdo con la ley, y conforme a los intereses generales lo que es propio de la función administrativa. Por lo cual el control fiscal comprende no sólo la legalidad del acto sino también su oportunidad, mérito o conveniencia en el manejo de los fondos o bienes del Estado.

Los anteriores postulados constituyen el marco legal y constitucional del control fiscal en nuestro país, siendo necesario de manera consecuente en nuestro estudio, pasar a definir las características del control fiscal.

Una vez enunciados los conceptos generales del control fiscal en nuestro país, es pertinente entrar en materia, pasando a analizar, de conformidad con lo ya expuesto y a la luz de la jurisprudencia aplicable, si un contratista del estado puede ser sujeto pasivo de responsabilidad fiscal y si es dable la condena en indemnización de perjuicios y la tasación del lucro cesante, en un juicio de responsabilidad fiscal.

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 27 de julio de 1996, Consejero Ponente: Roberto Suárez Franco. Radicación 846 de 1996.

2. RESPONSABILIDAD FISCAL DE LOS CONTRATISTAS

De acuerdo a los postulados normativos y jurisprudenciales antes reseñados, la responsabilidad fiscal se predica no sólo a los servidores públicos sino de toda persona natural o jurídica que desempeñe gestión fiscal.

Los artículos 2 y 3 de la Ley 42 de 1993 enumeran los sujetos de control fiscal, incluyendo todos los órganos que componen las ramas del poder público y los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado y el Banco de la República; en relación a las personas de derecho privado, se limita a enunciar que son sujetos de control fiscal, los particulares que manejen o administren recursos o fondos públicos, sin definir de forma específica qué personas de derecho privado y en qué eventos concretos, pueden ser responsables fiscales.

De otra parte el artículo 3º de la citada norma, define la Gestión fiscal, como 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.

Anteriormente, el Artículo 83 de la Ley 42 de 1993, daba luces sobre el tema concretando que *“La responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal,*

así como a quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; **también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso, hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal**'. (Subrayado fuera de texto). Sin embargo, la disposición en mención fue derogada expresamente por el Artículo 68 de la Ley 610 de 2000, quedando la duda si un contratista del estado podía ser sujeto pasivo de responsabilidad fiscal.

En la Jurisprudencia y la Doctrina Colombiana se han tejido tres posiciones, en relación al tema. La primera consistente en que de acuerdo a la voluntad del legislador, todo particular y/o contratista en cuanto colaborador del Estado en la actividad contractual, es sujeto de responsabilidad fiscal. Los seguidores de la segunda posición por su parte, entienden que los servidores públicos son los únicos llamados a responder fiscalmente, de acuerdo a las competencias que pueden tener, en cuanto al manejo de recursos del Estado se refiere. La tercera posición defiende que la responsabilidad fiscal de acuerdo con el numeral 5° del artículo 268 constitucional, únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición.

Dentro de la primera corriente, podemos ubicar algunos pronunciamientos del Consejo de Estado³, así:

“En efecto, los servidores públicos que tienen a su cargo no sólo la toma de decisiones que determinan la gestión fiscal sino la ejecución presupuestal a través de la ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, así como los contratistas y particulares que manejan recursos y bienes del Estado, actúan como gestores de la administración.”

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 27 de julio de 1996, C.P. Dr. Roberto Suárez Franco. Radicación 846 de 1996 y Radicación 732 de 1996.

“El objeto de la responsabilidad fiscal consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, asuman una conducta que no está acorde con la ley –o cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas por aquella–, deberán reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que como consecuencia se hayan producido.”

En la segunda posición encontramos cierto sector de la Doctrina que plantea que sólo responden fiscalmente los servidores públicos reseñados en el Estatuto orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1995), es decir, los ordenadores del gasto, pagadores, auditores, y directivos en esta misma línea de cargos de dirección y manejo. En los demás casos en que cualquier otro funcionario o particular, ocasione daño patrimonial, el papel de las Contralorías se circunscribe a promover acciones disciplinarias o penales ante las autoridades competentes, con base en la facultad constitucional consagrada en el artículo 268, numeral 8⁴.

La tercera posición que a nuestro parecer, precisa de forma más acertada el alcance de las disposiciones legales sobre la materia, indica que lo determinante para vincular a un particular en el proceso de responsabilidad fiscal es que el hecho investigado corresponda a un claro ejercicio de gestión fiscal o del vínculo jurídico que por derivación emerja de la acusación con daño patrimonial para el Estado.

Dentro de esta corriente podemos citar algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre los cuales se encuentran las sentencias SU-620-96, C-840-2001 y C-832-02, en las que se definió que la responsabilidad fiscal es un *“Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y*

4 MAZO Giraldo, Hernán Alonso. Apuntes para una teoría del control fiscal en Colombia, Medellín, Contraloría General de Antioquía. 1996 en: Restrepo Manuel Alberto. Responsabilidad Fiscal. Revista Estudios-Socio Jurídicos, Octubre/ Vol. 3, número 2. Universidad del Rosario. 2001 Pág. 75-95.

coordinación, **contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.**⁵ (Subrayado fuera de texto).

En ese mismo sentido, la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000⁶, norma que regula actualmente la materia, bajo el entendido de que los actos que materialicen la responsabilidad fiscal comporten una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal⁷.

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló concretamente, lo siguiente:

*"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. Advirtiéndose 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".⁸*

De tal manera que, un contratista del estado en cuanto se le haya delegado la realización de gestión fiscal, es sujeto de responsabilidad fiscal y debe responder por las conductas dolosas o culposas que hubieren ocasionado un detrimento patrimonial, a los recursos del Estado a él encomendados. Caso particular el

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU- 620 de 1996. M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

⁶ 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."

⁷ Sentencia C-840/01 M.P. Jaime Araujo Rentarías

⁸ *Ibíd.*

contratista concesionario que administra bienes o dineros públicos, o el contratista al que se le entrega un anticipo.

3. LA RESPONSABILIDAD FISCAL DE LOS CONTRATISTAS EN EL NUEVO ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011 (Nuevo estatuto anticorrupción) ha quedado atrás la discusión sobre la posibilidad o no de adelantar un juicio de responsabilidad fiscal contra un contratista del Estado, ya que de manera expresa, esta normativa estableció, en cuanto a los consultores y asesores externos, que los mismos responderán en materia fiscal, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría⁹.

Así mismo quedó estipulado que los interventores responderán fiscalmente tanto por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.¹⁰

De otro lado, aun cuando la Ley no se refiere expresamente a la responsabilidad fiscal de los supervisores, por sustracción de materia, se infiere que sobre ellos recaen las mismas modalidades de responsabilidad que recaen sobre los interventores. Lo que la Ley si aclara en cuanto a la Supervisión, es que las entidades estatales podrán contratar personal de apoyo, a través de los contratos

⁹ Artículo 82 Ley 1474 del 12 de julio de 2011.

¹⁰ *Ibíd.*

de prestación de servicios que sean necesarios, por lo cual sobre dichos contratistas se puede predicar que también son sujetos de responsabilidad fiscal.¹¹ El nuevo estatuto anticorrupción hace además énfasis en que en los eventos en los cuales el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o no adopte medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con el contratista, de los perjuicios que se ocasionen.

Finalmente y para más claridad sobre el asunto en cuestión, el Nuevo Estatuto Anticorrupción estableció en el artículo 119 dentro de las *“DISPOSICIONES COMUNES AL PROCEDIMIENTO ORDINARIO Y AL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL”*, que en los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

Con todo lo anterior, es preciso señalar que a la luz del Nuevo Estatuto Anticorrupción, todo contratista estatal es sujeto pasivo de responsabilidad fiscal, en tanto se demuestre la existencia de un daño patrimonial, proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, adicionalmente a la responsabilidad fiscal que de manera específica estipuló respecto de las funciones y obligaciones de los contratistas consultores, asesores externos, supervisores e interventores. Por lo cual es preciso concluir, en lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, que la Ley 1474 de 2011, dentro de las estipulaciones consagradas para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública, incorporó una variación a la concepción primigenia, según la cual la

¹¹ Artículo 83 inciso 2 *Ibíd.*

responsabilidad fiscal se predicaba únicamente de quien ejerce como Gestor Fiscal, pues conforme lo expuesto, hoy día cualquier contratista estatal puede ser sujeto pasivo de responsabilidad fiscal.

4. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS Y LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CONTRA UN CONTRATISTA DEL ESTADO

Mucho se ha dicho en relación a si el objeto de la actividad de la Contraloría es determinar los daños sufridos a los bienes públicos y no otros perjuicios, dentro de la actividad contractual, pues ello compete a la rama judicial del poder público. La Constitución Política otorga el ejercicio de funciones jurisdiccionales a los jueces y cuando se trata de materias contencioso administrativas, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por consiguiente, es en principio el juez quien debe declarar la existencia de una responsabilidad patrimonial.

En la medida en que la responsabilidad fiscal se deriva de la gestión fiscal y que a su vez, ésta corresponde a la administración de los bienes públicos, es claro que la responsabilidad fiscal está circunscrita a los detrimentos que sufren los bienes públicos pero no a otros perjuicios adicionales que sufra la administración (por ejemplo, el lucro cesante), por consiguiente estos deben ser declarados por la rama jurisdiccional del poder público.

Las disposiciones constitucionales establecen claramente que la responsabilidad fiscal es la que se hace efectiva como consecuencia de la gestión fiscal, por lo cual el daño que se trata de hacer efectivo a través de la responsabilidad fiscal sólo puede ser aquél que se produzca directamente como consecuencia de la indebida gestión fiscal. Cualquier otro daño debe ser declarado por una autoridad judicial; por lo cual, la interpretación según la cual, mediante un proceso de responsabilidad fiscal contra un contratista estatal, es posible la condena de lucro

cesante, desconoce las disposiciones que definen las funciones de la Contraloría (art. 267 y ss. CP), así como aquellas que establecen quiénes tienen funciones jurisdiccionales (art. 116 CP).

En relación al tema, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias¹² destacando que el daño fiscal se repara mediante la indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido, así, *"el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite."*¹³ Por lo cual enfatiza que, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). A lo cual se debe sumar la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610.

Sobre el particular ha señalado que. *"(...) el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda"*.¹⁴

Sin embargo, pese a la claridad en la Doctrina fijada por la Corte, en relación a que mediante un proceso de responsabilidad fiscal se logra enmendar integralmente los perjuicios causados al patrimonio público: daño emergente, lucro cesante e indexación, en la práctica, la cuestión no es tan simple, ya que el

¹² Sentencia 840-01 M.P. JAIME ARAUJO RENTARÍA, sentencia C-382 DE 2008. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

¹³ Sentencia C-197 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ Sentencia C-382 DE 2008. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

esquema constitucional y legal actual, en el que la Contraloría desarrolla su facultad sancionatoria fiscal, lleva necesariamente a que sus actos deban tener control judicial posterior.

En la medida que dentro de la estructura del Estado Colombiano, las Contralorías están ubicadas como órganos autónomos e independientes, por fuera de las 3 ramas tradicionales y por tanto no son parte del poder Judicial, implica que sus actos son materialmente actos administrativos y por tanto controvertibles ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto resta credibilidad y legitimidad al operar de la Contraloría, ya que repetidamente, en los eventos en los cuales se determina la tasación de perjuicios y lucro cesante en un fallo administrativo fiscal, los contratistas condenados acuden ante el Juez natural para que sea éste quién en definitiva resuelva si existió o no incumplimiento de la obligaciones contractuales y tase las correspondientes condenas.

Como colorario de lo anterior se puede concluir que la facultad de tasar lucro cesante, por parte de las Contralorías, dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, no es explícita en la ley y en tanto que sus decisiones constituyen actos administrativos demandables ante los jueces de la república, las condenas en perjuicios decretadas en ejercicio de su facultad sancionatoria fiscal no tienen fuerza coercitiva ya que pueden ser cuestionables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Así mismo, debido a las carencias administrativas que tienen las Contralorías del país, respecto a los recursos humanos y físicos con que cuentan, las facultades coercitivas que les otorga la Ley 610 de 2000, *-de practicar medidas cautelares para amparar el pago del posible desmedro al erario y de adelantar procesos administrativos de cobro coactivo, para recuperar los dineros ordenados en el fallo-*, se ven limitadas, pues al no contar con los recursos necesarios, la práctica de las medidas se hace imposibles de cumplir.

Otro asunto adicional es que los funcionarios encargados de decretar las medidas, constantemente reconsideran esta posibilidad, debido a la eventualidad de que se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal. Situaciones en las cuales cabría la posibilidad de que el procesado alegue que el funcionario que decretó la medida cautelar, obró con temeridad o mala fe y adelante una demanda de reparación directa contra el Estado, lo cual consecuentemente podría desencadenar un proceso de repetición contra el funcionario correspondiente, sin perjuicio de las acciones disciplinarias que también se pueden adelantar.¹⁵

Finalmente debe tenerse en cuenta que la Contraloría es un Ente Público, que igual a las demás esferas de la Administración Pública Colombiana está permeado de corrupción, por lo cual la práctica de medidas cautelares también es manipulada por intereses políticos.

Ahora bien, en cuanto a las facultades de cobro coactivo que detentan las Contralorías, al no haberse practicado medidas cautelares, los fallos condenatorios de responsabilidad fiscal son inocuos, ya que en promedio la actuación fiscal se tarda tres (03) años y en este lapso tan amplio, el presunto responsable obviamente se insolventará.

De acuerdo a lo analizado, podemos deducir que el proceso de Responsabilidad fiscal se ha constituido en un factor de demora e irresponsabilidad, pues en la mayoría de casos, la fijación de responsabilidad fiscal por parte de los órganos de control fiscal, no es sino un paso más, dentro de un gran proceso que sólo finaliza cuando quede en firme la sentencia proferida por la jurisdicción contencioso administrativa. Por lo que sería válido plantear la implementación de un esquema en el cual el actuar de las Contralorías en el seguimiento de la gestión fiscal, se enfoque en el papel de iniciador de la acción respectiva ante la rama judicial; con

¹⁵ Art. 12 Ley 610 de 2000.

facultades para ordenar privativamente medidas cautelares y promover directamente un cobro persuasivo previo al proceso contencioso.

5. CONCLUSIONES

1. En la concepción primigenia de responsabilidad fiscal, no sólo los servidores públicos sino de toda persona natural o jurídica que desempeñe gestión fiscal puede ser sujeto de este tipo de responsabilidad.
2. Lo determinante para vincular a un particular en un proceso de responsabilidad fiscal es que el hecho investigado corresponda a un claro ejercicio de gestión fiscal o se derive del vínculo jurídico del cual emerja la acusación, con el consecuente daño patrimonial para el Estado.
3. Para que la responsabilidad pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, es necesaria 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.
4. En la actualidad los contratistas consultores, asesores externos, supervisores o interventores son responsables fiscales tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato suscrito, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría, asesoría, supervisión o interventoría.

5. En el Nuevo Estatuto Anticorrupción, todo contratista estatal es sujeto pasivo de responsabilidad fiscal, en tanto se demuestre la existencia de un daño patrimonial proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares.
6. La Ley 1474 de 2011, dentro de las estipulaciones consagradas para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública, incorporó una variación a la concepción primigenia, según la cual la responsabilidad fiscal se predicaba únicamente de quien ejerce como Gestor Fiscal, pues hoy día cualquier contratista estatal puede ser sujeto pasivo de responsabilidad fiscal.
7. La facultad de tasar lucro cesante, por parte de las Contralorías, dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, no es explícita en la ley y en tanto que sus decisiones constituyen actos administrativos demandables ante los jueces de la república, las condenas en perjuicios decretadas en ejercicio de su facultad sancionatoria fiscal no tienen fuerza coercitiva ya que pueden ser cuestionables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

AMAYA OLAYA, Uriel. Fundamentos constitucionales y legales del control fiscal. Bogotá. Ed. Carrera Séptima, 2000. Págs. 314 a 325.

BOGOTÁ MUÑOZ, Mauricio. Control Fiscal Herramienta de Gestión. Págs. 132 y 333.

Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto del 17 de enero de 2001. Documento ubicado en la página web de la Contraloría: www.contraloriagen.gov.co

CUELLO DUARTE Francisco. Contratos de la Administración Pública. Eco Ediciones. Bogotá. 2009.

MATALLANA CAMACHO Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Ed. Universidad Externado de Colombia.

Revista de Derecho Público Ediciones Uniandes. Facultad de Derecho. No. 17 Mayo de 2004.

Revista Estudios de Derecho. "Cumplimiento de las condiciones básicas para el ejercicio del control fiscal en Colombia". Vol. LXIII, número 142. Medellín. 2006. Colombia. 203. 19 – 31p.

REVISTA ELECTRÓNICA CIVILIZAR ISSN: 1657-8953. RUIZ OREJUELA, Wilson. "RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR". Ed. Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. v. 10. Colombia. 2007. 22 – 34 p.

SÁNCHEZ CERÓN Alejandro. Como Violar las Normas de contratación Estatal. Ediciones Doctrina y Ley- Bogotá 2007

SINDÉRESIS REVISTA DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. NARANJO GALVIS Rodrigo, SÁNCHEZ TORRES Carlos Ariel y RINCÓN CÁRDENAS, Erik. "Cuatro tesis sobre responsabilidad Fiscal". ISSN: 0124-471X. V. Fasc. No. 7. Marzo de 2003. Pág. 19 a 32.

Revista de Estudios Socio-Jurídicos, volumen 3, número 2. Bogotá. 75-95 p.

YOUNES MORENO Diego. Derecho del control fiscal. Vigilancia para una gestión transparente. Editorial Ibáñez. 5ta edición. Bogotá. 2005.

VÁSQUEZ MIRANDA William. Control fiscal y auditoría del estado en Colombia. Universidad Jorge Tadeo Lozano. Bogotá. 2000.

[Corte Constitucional. Sentencia SU 620 de 1996.](#) M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

[Corte Constitucional. Sentencia C-167 de 1995.](#) M.P. Dr. Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.

[Corte Constitucional. Sentencia C-635 DE 2000.](#) M.P. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS

Corte Constitucional. [Sentencia C-840 de 2001](#), M.P. Dr. JAIME ARAUJO RENTARÍA.

[Corte Constitucional. Sentencia C-832 DE 2002](#). M.P. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS

[Corte Constitucional. Sentencia C-340 de 2007](#), M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL

[Corte Constitucional. Sentencia C-382 DE 2008](#). M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

[Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2009](#), M.P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

[Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 2002](#). Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)**

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quemado) en el mismo CD-Room del proyecto.

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	Contratación Estatal
2	TÍTULO DEL PROYECTO	RESPONSABILIDAD FISCAL DEL CONTRATISTA DEL ESTADO, PARA LA COMPENSACIÓN DE PERJUICIOS, EN CASO DE DAÑO.
3	AUTOR(es)	Martha Liliana Viveros Trujillo
4	AÑO Y MES	2011 - Noviembre
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	Doctor Juan Pablo Espinosa
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	The present study deals with the applicability of the tax liability against the state contractors and the controversies that have arisen regarding the infeasibility of the sentence in the assessment of damages and lost profits tax liability trial against a contractor State for breach of contract, when he was given the realization of fiscal management. For the preparation of this text was used to study the normative foundations governing this area and there was a review of the development of jurisprudence on the subject, for which it was possible to analyze how events actually, a state contractor can be taxpayer of a Fiscal Responsibility Judgement, because of its breach of contract.
7	PALABRAS CLAVES	Responsabilidad fiscal: Contratista del Estado: Gestión fiscal: Fiscal Incumplimiento contractual: Fundamentos Normativos: Desarrollo jurisprudencial:
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE	Oficial_ contratacion estatal
9	TIPO DE ESTUDIO	Ensayo.
10	OBJETIVO GENERAL	Estudiar la viabilidad de la condena en perjuicios y la tasación de lucro cesante, en un juicio de responsabilidad fiscal contra un contratista del Estado, por el incumplimiento de un contrato, cuando no se le encomendó la realización de gestión fiscal.
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	. 1. Revisar y estudiar los fundamentos normativos y los desarrollos jurisprudenciales aplicables y vigentes, en relación a la responsabilidad fiscal de servidores públicos y particulares, que cumplen funciones públicas, y que tienen la calidad de gestores fiscales. 2. Lograr dilucidar las circunstancias en las cuales, a la luz de la

12	RESUMEN GENERAL	<p>El presente estudio trata sobre la aplicabilidad de la responsabilidad fiscal frente a los contratistas del Estado y las controversias que se han suscitado respecto de la inviabilidad de la condena en perjuicios y la tasación de lucro cesante, en un juicio de responsabilidad fiscal, contra un contratista del Estado, por el incumplimiento de un contrato, cuando no se le encomendó la realización de gestión fiscal. Para la elaboración del presente texto se recurrió al estudio de los fundamentos normativos que regulan la materia y se hizo una revisión del desarrollo jurisprudencial en el tema, respecto del cual, fue posible analizar en qué eventos efectivamente, un contratista del Estado puede llegar a ser sujeto pasivo de un Juicio de Responsabilidad Fiscal, a causa de su incumplimiento contractual.</p>
13	CONCLUSIONES.	<p>1. En la concepción primigenia de responsabilidad fiscal, no solo los servidores públicos sino de toda persona natural o jurídica que desempeñe gestión fiscal puede ser sujeto de este tipo de responsabilidad.</p> <p>2. Lo determinante para vincular a un particular en un proceso de responsabilidad fiscal es que el hecho investigado corresponda a un claro ejercicio de gestión fiscal o se derive del vínculo jurídico del cual emerja la acusación, con el consecuente daño patrimonial para el Estado.</p> <p>3. Para que la responsabilidad pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, es necesaria 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.</p> <p>4. En la actualidad los contratistas consultores, asesores externos, supervisores o interventores son responsables fiscales tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato suscrito, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría, asesoría, supervisión o interventoría.</p> <p>5. En el Nuevo Estatuto Anticorrupción, todo contratista estatal es sujeto pasivo de responsabilidad fiscal, en tanto se demuestre la existencia de un daño patrimonial proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares.</p>

14	<p style="text-align: center;">FUENTES BIBLIOGRÁFICAS</p>	<p>YOUNES MORENO Diego. Derecho del control fiscal. Vigilancia para una gestión transparente. Editorial Ibáñez. 5ta edición. Bogotá. 2005.</p> <p>VASQUEZ MIRANDA William. Control fiscal y auditoría del estado en Colombia. Universidad Jorge Tadeo Lozano. Bogotá. 2000.</p> <p>AMAYA OLAYA, Uriel. Fundamentos constitucionales y legales del control fiscal. Bogotá. Ed. Carrera Séptima, 2000. Págs. 314 a 325.</p> <p>BOGOTÁ MUÑOZ, Mauricio. Control Fiscal Herramienta de Gestión. Págs. 132 y 333.</p> <p>CUELLO DUARTE Francisco. Contratos de la Administración Pública. Eco Ediciones. Bogotá. 2009.</p> <p>MATALLANA CAMACHO Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Ed. Universidad Externado de Colombia.</p> <p>SANCHEZ CERÓN Alejandro. Como Violar las Normas de contratación Estatal. Ediciones Doctrina y Ley- Bogotá 2007</p> <p>Revista de Derecho Público Ediciones Uniandes. Facultad de Derecho. No. 17 Mayo de 2004.</p> <p>Revista Estudios de Derecho. "Cumplimiento de las condiciones básicas para el ejercicio del control fiscal en Colombia". Vol. LXIII, número 142. Medellín. 2006. Colombia. 203. 19 – 31p.</p> <p>REVISTA ELECTRONICA CIVILIZAR ISSN: 1657-8953. RUIZ OREJUELA, Wilson. "RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR" . Ed. Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. v.10. Colombia. 2007. 22 – 34 p.</p> <p>SINDERESIS REVISTA DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. NARANJO GALVIS Rodrigo, SÁNCHEZ TORRES Carlos Ariel y RINCÓN CÁRDENAS, Erik. "Cuatro tesis sobre responsabilidad Fiscal". ISSN: 0124-471X. V. Fasc. No. 7. Marzo de 2003. Pág. 19 a 32.</p> <p>Revista de Estudios Socio-Jurídicos, volumen 3, número 2. Bogotá. 75-95 p.</p> <p>Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto del 17 de enero de 2001. Documento ubicado en la página web de la Contraloría: www.contraloriagen.gov.co</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia SU 620 de 1996. M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia C-167 de 1995. M.P. Dr. Dr. FABIO MORON</p>
----	--	---

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA