

CGR-OJ- - - **187** - 2018
80112 -

2018EE0151749



Bogotá D.C.,

Señor
SIXTO ALFREDO PINTO
Calle 85 #12 – 10. Oficina 211
laotracarapi@gmail.com

Referencia: Radicado Interno: 2018ER0126888 del 03/12/18 – 2018-149157-82111-
CO

TEMA: GESTOR FISCAL - PARTICULARES

Respetado señor Pinto,

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la consulta citada en la referencia¹, donde plantea los siguientes interrogantes:

1. Antecedentes

“Un particular que ha prestado Servicios de Salud NO POS-S (Régimen Subsidiado), amparado por fallos de tutela ordenando a un ente territorial de carácter departamental, la prestación de los tratamientos con base en las autorizaciones de dicho ente territorial, que no haya recibido o manejado dineros públicos o anticipos por parte de éste sino que con recursos propios sufragó los costos de los tratamientos para posteriormente presentar las facturas o cuentas de cobro al ente territorial que luego de los trámites pertinentes efectuó el pago por evento de conformidad con lo establecido en el artículo 4, literal b, del Decreto 4747 de diciembre 7 de 2007, del Ministerio de Salud y Protección Social, **TIENE LA CALIDAD DE GESTOR FISCAL**. En caso afirmativo, en qué norma se establece ello”.

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: “Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción”.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución² ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"³, así como las formuladas por las contralorías territoriales "respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de "las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca "orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"⁶ y "asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"⁷.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁸, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

Esta Oficina, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la calidad gestor fiscal. Al respecto podrán consultarse Conceptos tales como el EE34610 de 2007 y el IE131836 de 2013, a través del aplicativo SINOR (Normatividad y Relatoría) en la página institucional: www.contraloria.gov.co

4. Consideraciones jurídicas

Problema jurídico: ¿Cuándo un particular reviste la calidad de gestor fiscal?

² Art. 25 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

³ Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

⁷ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

⁸ Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, se entiende por gestión fiscal:

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente

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

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

Y la Sala reitera: la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados⁹.

De la normatividad y jurisprudencia reseñadas, se puede inferir que el particular tiene la calidad de gestor fiscal cuando tiene la facultad de tomar decisiones sobre recursos públicos que se han puesto a su disposición y en el caso que plantea el peticionario, los servicios prestados aparentemente fueron cubiertos con recursos del particular para después presentar las respectivas facturas y cuentas de cobro a la entidad pública bajo la modalidad de pago por evento definido en el literal b) del artículo 4 del Decreto 4747 de 2007, "por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones", que señala lo siguiente:

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

“Artículo 4. Mecanismos de pago aplicables a la compra de servicios de salud. Los principales mecanismos de pago aplicables a la compra de servicios de salud son:

(...) b. Pago por evento: Mecanismo en el cual el pago se realiza por las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos prestados o suministrados a un paciente durante un período determinado y ligado a un evento de atención en salud. La unidad de pago la constituye cada actividad, procedimiento, intervención, insumo o medicamento prestado o suministrado, con unas tarifas pactadas previamente. (...).”



Por lo anterior prima facie, este tipo de actividades que se relatan en la consulta, no implican gestión fiscal. Sin embargo, en el evento en que se genere un detrimento al patrimonio público como consecuencia de esta clase de operaciones, deberá evaluarse si la conducta del particular contribuyó o no en la generación del daño patrimonial al Estado.

5. Conclusiones

En conclusión, un particular debe ser considerado gestor fiscal cuando es investido de la capacidad de tomar decisiones respecto de unos fondos, recursos o bienes de naturaleza pública que le han sido entregados y en virtud de aquella, los maneja o administra desplegando una serie de actos de orden económico, jurídico u otros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, que responden a los principios generales de la administración pública para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado.

Cordialmente,


JULIÁN MAURICIO RUIZ RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Erika Cure 
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas 
Radicado: 2018ER0126888/2018-149157-82111-CO
TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos