



LA RESPONSABILIDAD FISCAL DEL CONTRATISTA Y DEL SUBCONTRATISTA

RESUMEN

El lector encontrará en este artículo una aproximación conceptual a los términos inmersos en el tema de la gestión fiscal conexas y su relación con la posible derivación de responsabilidad fiscal frente a contratistas y subcontratistas.

Advertiendo que en no todos los casos se puede señalar la existencia de responsabilidad en los procesos en que se investiga contratos que han resultado onerosos al Estado.

Se aborda de manera general dos temas: el caso de los convenios interadministrativos como el caso de los subcontratistas y la diferencia en las relaciones jurídicas que se entablan en cada uno de los extremos contractuales nombrados, por último, se invita al lector a que analice el caso en concreto de los subcontratistas desde la posición de la defensa jurídica de los mismos.

Palabras clave: Gestión fiscal, responsabilidad fiscal, contratistas, Estado.

Diana Patricia Reyes Dacosta*

* Abogada, egresada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia, experiencia profesional en el área del derecho administrativo en la rama judicial, laboró cinco años en el Grupo de Investigaciones de la Contraloría General de la República. Abogada de representación externa en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Contacto: dipareda@gmail.com; dreyesd@dian.gov.co).

Fecha de recepción: mayo 4 del 2015.

Fecha de aceptación: julio 21 del 2015

FISCAL RESPONSIBILITY OF THE CONTRACTOR AND SUBCONTRACTOR

ABSTRACT**Citar este artículo así:**

Reyes, P. (2016). La Responsabilidad Fiscal del contratista y del subcontratista. *Justicia, Sociedad y Derecho*, 1(1), 50-65.



In this article, the reader will find a conceptual approach for the terms involved in the issue related to fiscal management and its relationship with the possible derivation of tax liability to contractors and subcontractors.

Noting that not all cases can indicate the existence of responsibility in the processes in which contracts have been burdensome to the state investigation.

In general, It deals with two issues. First, the inter-administrative agreements such as the case of subcontractors; and second, the difference in legal relations established in each of the mentioned contract parties. Finally, the reader is invited to discuss the specific case of the subcontractors from the position of their legal defense.

Keywords: Fiscal management, fiscal responsibility, contractors, State.

INTRODUCCIÓN

El control fiscal se ha convertido en una herramienta para combatir el flagelo de la corrupción que azota la administración pública en Colombia, de ahí radica la importancia de tener claridad sobre los alcances de la denominada gestión fiscal antieconómica que deriva en un juicio o reproche de responsabilidad fiscal.

Se tendrá un breve recorrido en los conceptos generados por el Consejo de Estado y las sentencias de la Corte Constitucional, así mismo se recurrirá a los conceptos de la oficina jurídica de la Contraloría General de la República. Igualmente se hará un acercamiento a la normativa para aterrizar en el articulado que tipifica la conducta de gestión fiscal antieconómica.

En el desarrollo de este escrito se tendrá la oportunidad de adentrarse de manera general en la conceptualización de los términos jurídicos que rodean el tema de la responsabilidad fiscal para luego aterrizar en el centro de estudio que es la responsabilidad del contratista y el subcontratista.

GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

La Responsabilidad Fiscal del subcontratista

Teniendo en cuenta las facultades constitucionales de vigilancia y control sobre los recursos públicos que les asiste a las Contralorías Territoriales y Contraloría General de la República, y así mismo la evolución que ha tenido conceptos como el de gestor fiscal, a tal punto de que

se ha extendido incluso para aquellas personas que no fungen como servidores públicos, como ocurre en tratándose de contratistas, se propone en esta ponencia abordar un caso problemático en relación con la posibilidad de que los subcontratistas sean o no responsables fiscales.

En este orden de ideas, el problema que se pretende resolver en este artículo es si el ordenamiento colombiano integrado por el Artículo 267 constitucional y la Ley 610 de 2000; y armonizado con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, así como con los conceptos emanados de la Contraloría General de la República, se puede admitir la posibilidad de que el subcontratista responda fiscalmente ante los procesos que adelantan las Contralorías.

Naturaleza de la Responsabilidad Fiscal

Por mandato constitucional la Contraloría General de la República tiene como función la vigilancia y control de la gestión fiscal y por ende determinar la responsabilidad fiscal que se derive de una indebida gestión, así lo indica el artículo 267 del texto constitucional:

El control fiscal es 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.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la Ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice

por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

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 Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

De ahí, que a partir de la Constitución de 1991 se hiciera un control posterior a la inversión de los recursos públicos y se estableciera de manera clara el carácter técnico de la labor desarrollada por la Contraloría.

Es en el año de 1993 cuando se promulga la Ley 42, norma que desarrolló el presupuesto constitucional sobre el control a la gestión fiscal ejercida no solo por personas o funcionarios públicos sino también por PARTICULARES, aspecto en el que se profundizará más adelante.

La Corte Constitucional (Corte Constitucional, n. C-623, 1999), ha dicho sobre la función de la Contraloría General que es la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes

para conducir los procesos que después habrán de ser examinados bajo la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función.

Ahora bien, como se ha dicho dentro de las funciones de la Contraloría se encuentra la de establecer la responsabilidad fiscal de aquellos que tienen a su cargo el manejo de bienes o recursos con el objetivo del resarcimiento de los daños que se hayan causado al erario.

De ahí que el numeral 5 del Artículo 268 de la Constitución se constituye como el soporte constitucional del proceso de responsabilidad fiscal, herramienta que permite establecer la responsabilidad de quien ejerce gestión fiscal, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al patrimonio estatal. Luego entonces, se tiene que el objeto (Corte Constitucional, n. T-297, 2006) del proceso de responsabilidad fiscal es el de obtener una declaración JURÍDICA en el sentido que una persona que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los recursos públicos.

A partir de la promulgación de la Ley 610 de 2000 se establece el procedimiento para el establecimiento de la responsabilidad fiscal, en su primer artículo se indica:

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 esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

En virtud de esta definición y en desarrollo de la citada ley se indicó en el Artículo cuarto 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.

Así, la responsabilidad fiscal es de naturaleza resarcitoria, la Corte Constitucional mediante sentencia C620- de 1996 (Corte Constitucional, n. C-620, 1996), ha dicho sobre el tema:

- La responsabilidad fiscal se declara a través del trámite del proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregulares de los dineros o bienes públicos.

Como función complementaria del control y de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales, existe igualmente,



a cargo de estas, la de "establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma", la cual constituye una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, tal como lo señalan los artículos 6, 29, 90, 121, 123 inciso 2, 124, 267, 268-5 y 272 C.P.; 83 y 86 de la ley 42 de 1993.

- Es decir, que la responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado.

Dicha especie de responsabilidad es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa (...).

El proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo su naturaleza jurídica y los objetivos que persigue, presenta las siguientes características:

- a) Es un proceso de naturaleza administrativa (...).
- b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque

juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas...

Dicha responsabilidad es además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. (...).

c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo Art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria¹, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94.

De ahí que, se indique que la responsabilidad fiscal busca el resarcimiento del daño causado al patrimonio público. Ahora bien, lo que se ha dicho hasta ahora va ligado al concepto de gestión fiscal, así que paso a seguir es tener claro dicha definición.

¹ Subrayado del autor.

55

El Consejo de Estado indicó sobre la definición de gestión fiscal en el concepto No. 848 del 31 de julio de 1996 lo siguiente:

Es, entonces, el conjunto de actividades económico-jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de este y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado.

Más adelante, en la Ley 610 de 2000 se indicó en su artículo 3 que gestión fiscal es el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, 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.

La importancia de la definición de gestión fiscal radica en el hecho que de ahí se deriva la responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional ha indicado que la definición vista en el texto normativo es de carácter enunciativo mas no taxativo. Del desarrollo jurisprudencial igualmente se puede destacar que existe la

posibilidad de derivar responsabilidad fiscal por actividades conexas relacionadas con la gestión fiscal, así lo ha dicho el alto tribunal de lo constitucional

Es cierto que quienes cumplen gestión fiscal manejan directamente recursos estatales, que por ello les asiste el deber de orientar esos recursos a la realización de las finalidades que le incumben al Estado y que el incumplimiento de ese deber los hace responsables penal, disciplinaria y fiscalmente. No obstante, los agentes estatales que no cumplen gestión fiscal, si bien no manejan directamente recursos estatales, también se hallan en el deber de proceder con estricto apego al principio de legalidad que rige sus actos y por ello, al apartarse de esa directriz, pueden también incurrir en responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial. Si ello es así, no hay motivos para que la ley establezca un régimen de responsabilidad fiscal y patrimonial con distintos fundamentos de imputación (Corte Constitucional, n. C-840, 2001).

Como se aprecia, existe la responsabilidad fiscal por actividades conexas a la gestión fiscal, es decir que no solo se responde fiscalmente por la realización de manera directa de actividades que impliquen gestión fiscal sino también por aquellas que se realizan en virtud o en conexidad de ellas, he aquí que surge la pregunta sobre el límite de dicha conexidad frente a los subcontratistas.



EL CONTRATISTA COMO DESTINATARIO DEL CONTROL FISCAL

Gestión Fiscal del contratista

Vistos los aspectos generales de la responsabilidad fiscal, corresponde hacer un acercamiento a la naturaleza de la responsabilidad que se imputa a los contratistas, la Corte Constitucional República de Colombia (Corte Constitucional, n. C-382, 2008), estableció:

Proceso de Responsabilidad Fiscal-Características

a) Se origina única y exclusivamente del ejercicio de una gestión fiscal, esto es, de la conducta de los servidores públicos y de los particulares que están jurídicamente habilitados para administrar y manejar dineros públicos²; b) no tiene una naturaleza jurisdiccional sino administrativa; c) La responsabilidad fiscal que se declara en el proceso es esencialmente patrimonial y no sancionatoria, toda vez que tiene una finalidad exclusivamente reparatoria; d) La responsabilidad fiscal es independiente y autónoma de otros tipos de responsabilidad; e) La responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, pues para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; f) Finalmente, los órganos de control fiscal están obligados a obrar con observancia plena de las garantías sustanciales y procesales propias del debido proceso, las cuales deben armonizarse con los principios que gobiernan la función administrativa, es decir, con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

² Subrayado del autor.

Nótese entonces como la Corte Constitucional es enfática al indicar la responsabilidad fiscal se origina en el ejercicio de la gestión fiscal por personas jurídicamente habilitadas para administrar y manejar dineros públicos.

En este punto, se hace oportuno señalar lo indicado por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República (Contraloría General de la República, concepto n. 80112-2008EE6493, 2008), quien a propósito de la responsabilidad fiscal de los contratistas, señaló:

Ahora, los verbos administrar y manejar en el contexto en que son utilizados por la ley tienen connotaciones similares: poder de decisión sobre los bienes o fondos objeto de la gestión. Este poder sobre los bienes o fondos puede ser material o jurídico, la ley se refiere a capacidad de realizar actividades de distinto orden: económicas, jurídicas o tecnológicas.

No necesariamente se requiere la disposición jurídica y material de los bienes o fondos como lo advierte algún sector de la doctrina, ya que de esa manera solamente los ordenadores del gasto podrían ser gestores fiscales. La gestión fiscal vincula a todos los sujetos que tengan poder decisorio sobre los bienes o fondos del Estado:

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.

57

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 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.

La Contraloría resalta la importancia de establecer el ejercicio de la acción fiscal por parte de los contratistas, pues como lo argumenta, no necesariamente el que contrata con el Estado puede entenderse como sujeto de imputación fiscal.

Ahora bien, la realidad de la práctica es que se observa la tendencia en algunos sectores de generalizar que todo contratista puede ser sujeto de responsabilidad fiscal.

La Corte Constitucional en sentencia T 1012 de 2008 (Corte Constitucional, n. T 1012, 2008) hace un recuento de los diferentes pronunciamientos acerca del contratista como destinatario del control fiscal, en dicha providencia se destacan los siguientes apartes:

En virtud de lo dispuesto en el Artículo 267 de la Constitución, el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República se ejerce sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. Y, respecto de la delimitación del concepto de gestión fiscal, el

artículo 83 de la Ley 42 de 1993 aclaró 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”.

En relación con la interpretación de esas normas y, en especial, respecto de la calidad de destinatario del proceso fiscal del particular contratista con el Estado, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado, ha sido enfática en sostener no solo que los contratistas con el Estado son sujetos de vigilancia fiscal, sino también que el control sobre la gestión adelantada por las autoridades públicas y los particulares en la contratación pública se justifica por la naturaleza misma del control fiscal que fue diseñado para defender el erario público y garantizar la eficiencia y eficacia de los recursos públicos.

En efecto, la sentencia C-167 de 1995 de esta Corporación dijo con claridad que “el Artículo 267 de la Carta Magna, delimita el rango de acción de la función fiscalizadora o controladora al otorgarle a la Contraloría las prerrogativas de vigilar la gestión fiscal de la administración, entendiéndose este vocablo en su más amplia acepción, es decir referido tanto a las tres ramas del poder público como a cualquier entidad de derecho público, y, a los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación, que garanticen al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación; así pues donde quiera que haya bienes o ingresos públicos, deberá estar presente en la fiscalización el ente superior de control”. Posteriormente, la sentencia C-1148 de



2001, reiteró que “ninguna entidad pública o privada que maneje fondos o bienes de la Nación, puede abrogarse el derecho a no ser fiscalizada”. En el mismo sentido, la sentencia C-1176 de 2004, manifestó que “el control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado”.

Hasta aquí es claro entonces, que los contratistas también son destinatarios de la vigilancia fiscal ejercida por la Contralorías, pero dicha conclusión no puede llevar a confundirse con una especie de responsabilidad objetiva, ya que hay contratos en cuya ejecución se ven inmersos diferentes figuras jurídica que llevan a excluir la responsabilidad fiscal de los ejecutantes, cuestión que se verá más adelante.

El llamado de atención que se hace radica en que algunos Despachos equivocadamente interpretan que todos los contratistas son objeto de reproche fiscal por el solo hecho de recibir recursos del Estado, sin atender a particularidades como si la actividad por la cual se investiga tenía o no el deber de ejecutarla o si los recursos le fueron girados a título de pago anticipado o anticipo lo que comportaría o no la realización de gestión fiscal.

Siendo esto así, se infiere que cada contrato debe analizarse de manera particular para establecer si al contratista se le encomendó o no alguna actividad que comporte el ejercicio de gestión fiscal.

Del caso de los subcontratistas

En obras públicas, que es el contrato más usado, se caracteriza por ser una relación formal, bilateral, onerosa, conmutativa, de tracto sucesivo, parte del hecho que se entrega a otra persona la responsabilidad de manejar dineros públicos con el fin de atender un objeto de interés social, basado en el principio de la confianza.

En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato se entiende por sub-contratista como la persona que asume contractualmente ante el contratista el compromiso de realizar determinadas obras o partes de ella, con sujeción al proyecto o contrato por el que se rige su ejecución.

La subcontratación se define por la Red Colombiana de Centros de Subcontratación, en la Publicación MIPYMES del Portal Empresarial Colombiano así “la subcontratación es una relación de trabajo que se produce entre dos empresas, una de las cuales, denominada contratista encarga a la otra, denominada subcontratista, la producción de partes, piezas, componentes o subconjuntos intermedios de acuerdo a las especificaciones técnicas precisas y establecidas de antemano”.

Esta concepción en materia de contratación estatal, resulta útil a la hora de examinar si le asiste o no responsabilidad fiscal a los subcontratistas, es decir, hay que determinar en qué casos hay ejercicio de gestión fiscal por conexidad y por ende responsabilidad fiscal.

Hay que resaltar que en el caso del subcontratista el mismo no ha entablado relación jurídica directa con el contratante o entidad pública, no aparece en el texto del contrato como tampoco ha adquirido derechos de reclamar algún emolumento económico al ente público.

Si bien se puede establecer una conexión negocial entre la entidad pública y el contratista y entre este y el subcontratista, lo cierto es que hay pluralidad de negocios y en consecuencia hay diversidad de responsabilidad en el cual no se puede derivar gestión fiscal por conexidad, como erróneamente se quiere hacer ver en algunos procesos llevados por las Contralorías.

Lo anterior no quiere dar por descartado que exista la gestión fiscal por conexidad, lo que se quiere es señalar que la relación jurídico-negocial debe ser examinada a la luz de las obligaciones que nacen en cada uno de los contratos, el análisis de la causa del contrato para determinar los efectos de las relaciones jurídicas establecidas.

Del caso de los convenios interadministrativos

Para algunos expertos se entiende que este tipo de convenios evaden el cumplimiento del principio de la selección objetiva mediante la celebración de contratos o convenios interadministrativos con entidades estatales que habían quedado excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, en donde la entidad contratista sirve de intermediaria para la subcontratación de la obra u objeto a desarrollar.

Se establecen los convenios con entidades que no tienen la capacidad de ejecución directa del contrato para que estas subcontrataran con otros personajes que no debían pasar por el escrutinio de un proceso de selección contractual.

La subcontratación escapa entonces del control fiscal de la Contraloría, si bien ejecuta obras u objetos para entidad pública, lo cierto es que el directo responsable es el contratista, ya que el subcontratista no estará sometido a las reglas del Estatuto General de la Contratación.

De acuerdo con ello, a través de ese tipo de convenios se puede subcontratar la ejecución de la obra con quien sí tiene la capacidad y calificación para la ejecución, pero en este entendido el subcontratista establece una relación jurídica privada y no estaría ejerciendo gestión fiscal, ya que es el contratista quien tiene el compromiso del buen resultado.

En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratista entabla una relación contractual con el contratante y recibe el dinero como contraprestación al servicio prestado, tomando bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución, invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y rindiendo cuentas pormenorizadas, detalladas y documentadas sobre su manejo.

En efecto, quien contrata al subcontratista actúa a nombre propio y no de la entidad pública, es decir,

no actúa en representación de esta, pese a que está cumpliendo con la obligación contraída en el contrato, luego entonces, frente al tercero denominado subcontratista los efectos del acto jurídico realizado se considera como propios del contratista, y en consecuencia deberá asumir los riesgos que conllevan este tipo de contratación.

Los efectos de la gestión fiscal realizada por el contratista frente a un eventual incumplimiento no conllevan a que se extienda la vigilancia de la Contraloría hasta los subcontratista, es claro que frente a estos últimos lo que existe es una relación netamente privada reglada por el derecho comercial mas no por el derecho administrativo.

La Sección Tercera del Consejo de Estado indicó frente a la responsabilidad del subcontratista lo siguiente:

Cabe también advertir que en la subcontratación la acción directa del subcontratista frente a la entidad pública que no es parte en el subcontrato, en principio no existe. Ello por cuanto es el contratista principal quien asume la total responsabilidad de la ejecución del contrato y la relación jurídica que aquél entable con un tercero subcontratista para la ejecución de algunas de las prestaciones del contrato estatal se mantiene en la órbita de las relaciones entre particulares. Sin embargo, en la presente litis la responsabilidad del ente territorial surge por la particular incidencia que tuvo en la suscripción y vigilancia del subcontrato y por los compromisos que asumió frente al mismo, excepcionales en el ámbito de la contratación administrativa (Sección Tercera de lo Contencioso-Administrativo, n. 15020, 2002).

Nótese cómo este alto tribunal aborda la temática de la responsabilidad del subcontratista, indicando de manera clara y sin lugar a dubitación que la relación jurídica que nace es de carácter particular.

El alto Tribunal de lo Constitucional en estudio sobre la responsabilidad fiscal hace alusión a la gestión fiscal y el vocablo “con ocasión de esta”, indicó lo siguiente:

Entonces, ¿qué significa que algo ocurra con ocasión de otra cosa? El diccionario de la Real Academia Española define la palabra ocasión en los siguientes términos: “oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa. Causa o motivo porque se hace o acaece una cosa.” A la luz de esta definición, la locución impugnada bien puede significar que la gestión fiscal es susceptible de operar como circunstancia u oportunidad para ejecutar o conseguir algo a costa de los recursos públicos, causando un daño al patrimonio estatal, evento en el cual la persona que se aproveche de tal situación, dolosa o culposamente, debe responder fiscalmente resarciendo los perjuicios que haya podido causar al erario público.

El sentido unitario de la expresión o con ocasión de esta solo 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 esta 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 (Corte Constitucional, n. C- 840, 2001).

Así las cosas, la noción de la responsabilidad fiscal generada por conexidad o con ocasión del ejercicio de gestión fiscal solo es pregonable a la persona que posee la atribución jurídica de manejar, administrar y disponer recursos públicos. Es así que en el mismo texto de la sentencia citada se concluyó:

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 infracción³. De suerte tal que solo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado.

Es así que, la Corte Constitucional declara exequible la expresión “con ocasión de esta” en el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.

Sin embargo, en el estudio de expedientes de responsabilidad fiscal se ha encontrado una creciente tendencia a la aplicación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal de terceros, es así que se está llevando a los procesos a los subcontratistas cuando, como se ha visto, no existe relación jurídica con entidad contratante, como tampoco manejo de recursos públicos, por consiguiente no hay lugar a endilgar gestión fiscal.

62

³ Subrayado del autor.



CONCLUSIÓN

La gestión fiscal la realizan los servidores públicos o particulares que tienen poder decisorio sobre los bienes y rentas del Estado. En este sentido se puede afirmar que el lazo existente entre el contratista y subcontratista no tiene injerencia alguna en la relación jurídica que nace entre el ente público y el contratista por ser relaciones jurídicas independientes y con consecuencias legales diferentes.

Ahora bien, en el caso de los convenios interadministrativos no hay lugar a extender el ejercicio de la gestión fiscal al subcontratista por cuanto la asunción de los riesgos lo hace el contratista como firmante del convenio.

En estos términos es imperativo afirmar que inicialmente no es admisible señalar que el subcontratista sea sujeto pasivo de responsabilidad fiscal.



BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Red Colombiana de Centros de Subcontratación. Publicación MIPYMES. Portal Empresarial Colombiano. Recuperado de <https://www.mincomercio.gov.co/mipymes/publicaciones.php?id=21802>

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN LEGAL

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 42 de 1993.

Ley 80 de 1993.

Ley 610 de 2001.

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional. Sentencia C620- de 1996. [M.P. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. Sentencia C- 623 de 1999. [M.P Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001. [M.P. Jaime Araújo Rentería].

Corte Constitucional. Sentencia T-297 de 2006. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2008. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].



Corte Constitucional. Sentencia T 1012 de 2008. [M.P Marco Gerardo Monroy Cabra].

Consejo de Estado. Sala de Consulta del Servicio Civil, concepto n. 848 del 31 de julio de 1996.

Consejo de Estado. Sección Tercera de lo Contencioso-Administrativo. (4 de julio de 2002). Sentencia 15020.

Contraloría General de la República, Oficina Jurídica. (14 de febrero de 2008). Concepto n. 80112-2008EE6493.

65



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional