Contraloria General de la Republica :: SGD 14-03-2018 10:12
Al Contestar Cite Este No.: 2018EE0032350 Fol:13 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / IVAN DARIO GUAUQUE TORRES
DESTINO JUAN CAMILO ARANGO SANTAMARIA
ASUNTO RESPONSABILIDAD FISCAL. GESTORES FISCALES. EMPRESAS DE SERVICIOS
OBS

CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

2018EE0032350

CGR–OJ- - - 033 - 2018
80112 -

Bogotá, D.C.,

Señor
JUAN CAMILO ARANGO SANTAMARÍA
varekai2005@hotmail.com

Referencia: Respuesta al radicado 2018ER0009025, SIPAR 2018-131764
Tema: Responsabilidad fiscal.- Gestores fiscales. Empresas de Servicios Temporales / Trabajadores en misión.

Respetado señor Arango Santamaría:

Esta oficina recibió el oficio de referencia, por el cual formula consulta[1] jurídica, la cual se procede a absolver en la siguiente forma:

1. Antecedentes

Relata el usuario en su escrito que trabaja para varias Empresas de Servicios Temporales, personas jurídicas de derecho privado, que contratan con Entidades Públicas a las que es enviado como trabajador en misión. En desarrollo de las labores encomendadas ha tenido que ordenar el pago o abstenerse de pagar reclamaciones de ex congresistas, ex servidores públicos, así como a entidades públicas o terceros civilmente afectados.

Cita dos normas, el artículo 1° de la Ley 678 de 2001 para referirse a los particulares en desempeño de funciones públicas, que pueden resultar patrimonialmente responsables a través de la acción de repetición; y el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, para resaltar que gestor fiscal es, entre otros, las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cotejando esto, con la responsabilidad fiscal que tiene por objeto resarcir el daño ocasionado por quien realiza gestión fiscal.

Expuesto el anterior planteamiento, interroga sí:

[1] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2°, 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."

"a. Los trabajadores en misión (Art. 74 de la Ley 50 de 1990) que son contratados por empresas de servicios temporales para que realicen actividades en una empresa industrial o comercial del Estado o en una sociedad de economía mixta, que tienen a su cargo la responsabilidad de ordenar el pago o abstenerse de pagar sumas de dinero con cargo a los recursos públicos que administra dicha entidad pública usuaria, **¿pueden ser considerados gestores fiscales y, en razón a ello, ser sujetos de responsabilidad fiscal en los términos de la Ley 610 de 2000?**

b. En caso negativo, les agradezco enormemente indicarme qué clase de responsabilidad le cabría a dichos trabajadores en misión."

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

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

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución[2] 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].

---

[2] Art. 25 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

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16[8] del Decreto Ley 267 de 2000, 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

La calidad de gestor fiscal ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Oficina atendiendo lo establecido por el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, es decir, que sea ejercida por servidores públicos o particulares; y observando también la definición contenida en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, disposición legal que define lo que se entiende por gestión fiscal.

Si bien los conceptos mencionados no han sido emitidos expresamente sobre trabajadores en misión, como es el caso que ahora se consulta, la caracterización de la gestión fiscal es aplicable, indistintamente que se trata de un servidor público o de un particular.

Respecto de los particulares que manejan fondos o bienes del Estado, ha dicho ésta Oficina que, siempre que exista poder de decisión sobre estos recursos, ejercen gestión fiscal, véanse a continuación algunos conceptos al respecto:

Analizando la calidad de gestor fiscal en materia de responsabilidad fiscal, la Oficina Jurídica en Concepto CGR-OJ 220 de 2016 partiendo de la definición de gestión fiscal contenida en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000 y lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001 concluyó que "*de comprobarse que el daño está íntimamente relacionado o vinculado con la actuación de quien connota el carácter de gestor fiscal, podrá endilgarse la responsabilidad fiscal, pero se reitera que debe realizarse un exhaustivo análisis, por parte del operador jurídico, en cada caso en particular.*"

Luego en Concepto OJ-CGR 026 de 2017 al referirse la Oficina Jurídica a los sujetos de responsabilidad fiscal anotó: "*en la ley y decantado por la jurisprudencia, que comportan el carácter de gestores fiscales, los funcionarios o particulares que tengan poder decisorio sobre los bienes o recursos públicos, en este sentido la ley realiza la diferencia entre los servidores públicos que poseen esta facultad, y quienes no tienen atribuciones en el manejo del erario público.*"

[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.

Anterior a éstos en Concepto 2013IE0131836 expuso esta Oficina que, claramente como lo establece la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal surge cuando se ocasiona un daño al patrimonio público, proveniente de una conducta dolosa o gravemente culposa de quienes ejercen gestión fiscal, y trae a colación algunos apartes de la Sentencia C-840 de 2001 para decir que: *"(...) cualquier persona, servidor público o particular, que tenga la TITULARIDAD DISPOSITIVA SOBRE LOS BIENES y despliegue alguna de las conductas descritas en la ley estará realizando gestión fiscal y por lo tanto, será potencial sujeto del proceso de responsabilidad fiscal, cuando con su actuar haya causado un detrimento patrimonial al Estado."*

Y en octubre 4 de 2007 Concepto 2007EE46877 sobre la calidad de gestor fiscal y responsable fiscal con fundamento en la misma Ley 610 de 2000 y en la Sentencia C-840 de 2001 apuntó:

> "La calificación de una actuación como gestión fiscal es una labor que demanda cuidado y un alto nivel de estudio en cada caso particular, pues no se debe olvidar que este análisis incluye también la evaluación del grado de participación en una discusión, proyecto o actividad, valorando la capacidad del servidor público o particular, en razón de sus deberes o poderes, para desplegar la acción con incidencia en el manejo de los recursos públicos y de esta manera, lograr la adecuación típica de la conducta en aquellas que han sido consagradas por el legislador como constitutiva de gestión fiscal.
>
> 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 invistió de funciones públicas. Y, si ellas, tomando en cuenta la definición que trae el artículo 3º de la Ley 610 de 2000 y lo dicho por la Corte Constitucional, 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 comprenden actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, fuerza afirmar que se configura gestión fiscal.
>
> De manera que, cualquier persona, servidor público o particular, que tenga titularidad dispositiva sobre los bienes y despliegue alguna de las conductas aquí descritas estará realizando gestión fiscal y por lo tanto, será potencial sujeto del proceso de responsabilidad fiscal, cuando con su actuar haya causado un detrimento patrimonial al Estado."

4. Consideraciones jurídicas

Como se anotó al inicio, la consulta se concreta en el siguiente interrogante: ¿los trabajadores en misión a que se refiere el artículo 74 de la Ley 50 de 1990, pueden adquirir el carácter de gestores fiscales en las entidades públicas usuarias de sus servicios? Para resolver la cuestión se precisará la modalidad de vinculación laboral del trabajador en misión; luego se examinará si es procedente que particulares ejerzan función pública y, en particular, la ordenación del gasto, como expresión de la gestión fiscal, para finalmente concluir respondiendo la consulta.

4.1 Vinculación laboral de los trabajadores en misión

La Ley 50 de 1990 "*Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*", citada por el peticionario, consagra en el artículo 74 lo siguiente:

> "**Artículo 74.** Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos."

La norma establece dos categorías de trabajadores de las Empresas de Servicios Temporales, así: i) los trabajadores de planta, y ii) los trabajadores en misión; distinción que depende del lugar de prestación del servicio y, por ende, del tipo de labor que desempeñan. Para los trabajadores de planta, señaló que sus labores deben ejercerse en las instalaciones de las Empresas de Servicios Temporales, mientras que los trabajadores en misión, son aquellos que estas empresas envían a los usuarios, para que realicen las tareas o servicios contratados.

Pero, ¿qué son las Empresas de Servicios Temporales? la misma ley que se viene transcribiendo las define en el artículo 71, así:

> "**Artículo 71.** Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador." (Subrayado no es del texto).

Se extrae de la anterior disposición, de una parte, sobre los servicios a prestar, que éste tipo de empresas son de colaboración temporal para desarrollar actividades de los beneficiarios, a través de personas naturales que contratan las Empresas de Servicios Temporales. Sobre estas labores se ha dicho que deben revestir las características de temporalidad y transitoriedad[9], es decir, que tengan el carácter de ocasional, tal como lo establece el artículo 77 de la Ley 50 de 1990[10].

De otra parte, dado que las Empresas de Servicios Temporales son el empleador de los trabajadores de planta, y de los trabajadores en misión[11], significa que existe una relación laboral o de carácter contractual entre éstos dos, y cualquier tipo de servicio que desarrollen los trabajadores en misión, tendrá como fundamento éste vínculo laboral; lo que fuerza a decir, que si el trabajador en misión presta sus servicios a un beneficiario de la Empresa de Servicios Temporales, lo hace en nombre de ésta y no en el suyo propio.

4.2 Ejercicio de función pública por particulares

La función pública ha sido entendida como "*el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines*"[12]. Así, la función pública se realiza a través de la función legislativa, la función judicial, la función administrativa, la función fiscalizadora o de control y la función electoral, según la naturaleza de la actividad desarrollada. A efectos de responder la consulta, nos interesa la función administrativa, en cuya sede se despliega la gestión fiscal.

---

[9] Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección B, Rad. No. 66001-23-31-000-1999-00860-01 (2006) Sentencia 4096 de 2003 del Consejo de Estado. C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado

[10] Ley 50 de 1990, artículo 77: "Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:
1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más."

[11] Ley 50 de 1990 Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. "*Artículo 75. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley..*"

[12] Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 8 de noviembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

El artículo 123 de la Constitución Política preceptúa que "*La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.*"; igualmente, el artículo 210 *ejusdem* determina que "*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.*". De modo que, por disposición del Constituyente sí es posible que particulares asuman funciones públicas, conforme a la regulación legal; siendo la función administrativa uno de los ámbitos en los cuales pueden hacerlo.

La función administrativa, como su nombre lo indica, es aquella por medio de la cual se administran los recursos públicos y se adelantan los actos de ejecución del ordenamiento jurídico necesarios para que el Estado cumpla con sus fines y cometidos[13]; por ello, está atribuida a los órganos que integran la Rama Ejecutiva del poder público, aunque no exclusivamente, porque también los demás órganos y entidades del Estado ejercen función administrativa, empero no como su actividad principal.

Ahora bien, los particulares pueden desempeñar funciones públicas, siempre que se haga en las condiciones de excepcionalidad y temporalidad que impone la Ley Fundamental[14]; salvo la permanencia que se deriva de la descentralización por colaboración, la cual explica la Corte Constitucional, así:

> "Cuando la administración pública no asume la prestación de determinados servicios, puede ocurrir que la ley autorice a los particulares para que tomen a su cargo la actividad respectiva, presentándose, entonces, la figura de la descentralización por colaboración, autorizada mediante los artículos 1°., 2°., 123, 209, 210 y 365 de la Constitución Política. En la descentralización por colaboración, un determinado tipo de entidad privada, nacida de la libre iniciativa de los particulares, y que inicialmente se constituye para cumplir propósitos que sólo interesan a éstos, en razón del conocimiento y la experiencia por ella acumulados, es investida por ley de determinadas funciones públicas, bajo la consideración de que su cumplimiento resulta más eficiente en cabeza suya que en cabeza de una entidad estatal. En cada caso de asignación de tales funciones, la misma ley regula de manera cuidadosa todos los aspectos relacionados con el carácter público de la función encomendada."
>
> ("...")
>
> "Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley, siendo una posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente, que 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

[13] Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia
[14] Corte Constitucional, Sentencia C-702 de 20 de septiembre de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades anejas a su específica finalidad, pero que cuando son 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; de modo que los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que, según el artículo 209 Superior, guían el desarrollo de la función administrativa, les son por completo aplicables. Además, 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."[15]

Desde la óptica de la contratación pública, los particulares también pueden asumir funciones públicas. En tal caso, se requiere autorización legal y que la función encomendada guarde correlación con la naturaleza jurídica y objeto social del contratista. No obstante, por regla general a los particulares en virtud del contrato no se les asignan funciones públicas. Al respecto es ilustrativo el siguiente aparte jurisprudencial:

"Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o

[15] Corte Constitucional, Sentencia C-909 de 31 de octubre de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

En consecuencia, cuando 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."[16]

Por lo tanto, el tipo de contrato, su objeto y obligaciones son las que determinan si un particular asume o no funciones públicas.

4.3 La función pública de ordenación del gasto

Normativamente, se establece en el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, por el cual se conforma el estatuto orgánico del presupuesto, que la ordenación del gasto está relacionada con la ejecución presupuestal; veamos:

"Artículo 110. Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y **ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección**, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. **Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces**, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes." (Énfasis añadido).

En ese sentido, la Corte Constitucional ha entendido ese concepto como:

"La ordenación del gasto es aquella facultad de los órganos estatales que disponen de autonomía presupuestal, para **ejecutar el presupuesto de gastos asignado** por la respectiva Ley Anual del Presupuesto, **lo que genera un**

[16] Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 7 de octubre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

> **ámbito de decisión propio en punto a la contratación y a la disposición de los recursos adjudicados**. Así mismo, la conformación y modulación de la facultad de ordenación del gasto, en el caso de cada órgano del presupuesto en particular, es un asunto que la Constitución ha deferido al Legislador. En este sentido, **la ley está facultada para fijar el alcance y forma de ejercicio de la facultad de ordenación del gasto**, siempre y cuando no se vulnere el núcleo esencial de la autonomía presupuestal."[17] (Destacado nuestro).

Entonces, la ordenación del gasto es un tipo de función pública de los órganos estatales que son una sección en el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, la cual se radica de ordinario en cabeza del jefe de cada órgano, quien podrá delegarla, si ésta no ha sido asignada legalmente a otra dependencia del respectivo ente público, en personal del nivel directivo, dado el grado de confianza y manejo que implica; función que comporta un "*ámbito de decisión propio en punto a la contratación y a la disposición de los recursos adjudicados*", lo cual equivale a decir, anticípese desde ahora, que el ordenador del gasto es un gestor fiscal.

Así las cosas, la ordenación del gasto está reservada al personal que está vinculado a una entidad pública, mediante un acto de elección, una relación legal y reglamentaria, o un contrato de trabajo; indistintamente de quien ostente la función, es un servidor público que está investido regularmente de esa facultad decisoria, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento.

Adicionalmente, el servidor público al vincularse al servicio, adquiere una investidura que lo coloca en una relación de dependencia con el Estado, la cual determina que pueda exigírsele, en razón de su conducta, un grado específico de responsabilidad. Y, en virtud de esta, cuando incumple sus deberes o incurre en conductas prohibidas, debe acarrear con las cargas y consecuencias de orden patrimonial, fiscal[18], disciplinario, e inclusive penal.

---

[17] Corte Constitucional, Sentencia C-283 de 5 de junio de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[18] En punto a la responsabilidad fiscal, los artículos 112 y 113 del Decreto 111 de 1996, prescriben:

"ARTÍCULO 112. Además de la responsabilidad penal a que haya lugar, serán fiscalmente responsables:

a) Los ordenadores de gastos y cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la ley, o que expidan giros para pagos de las mismas;
b) Los funcionarios de los órganos que contabilicen obligaciones contraídas contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las mismas;
c) El ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de obligaciones contraídas contra expresa prohibición legal, y
d) Los pagadores y el auditor fiscal que efectúen y autoricen pagos, cuando con ellos se violen los preceptos consagrados en el presente estatuto y en las demás normas que regulan la materia.
PARÁGRAFO Los ordenadores, pagadores, auditores, y demás funcionarios responsables que estando disponibles los fondos y legalizados los compromisos demoren sin justa causa su cancelación o pago, incurrirán en causal de mala conducta (L. 38/89, art. 89; L. 179/94, art. 55, incs. 3º y 16, art. 71).

A todas luces, estas características no se cumplen en tratándose de trabajadores en misión, quienes, como ya se mencionó, no están vinculados laboralmente con la entidad pública contratante, sino con la Empresa de Servicios Temporales.

4.4 La gestión fiscal en la ordenación del gasto

Como ya se anunció, el ordenador del gasto tiene el carácter de gestor fiscal, por cuanto su atribución funcional le otorga capacidad decisoria frente al presupuesto público; es decir, esa función conlleva la disposición jurídica y material de los recursos públicos. De ese modo, su labor se encuadra en la definición de gestión fiscal que establece el artículo 3 de la Ley 610 de 2000:

> "ARTICULO 3o. GESTION 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, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales."

Cotejando lo anterior, frente a la capacidad de disposición de los bienes públicos, es preciso traer a colación lo que ha expuesto la doctrina:

> "La gestión fiscal, entonces, le concede al servidor público –o de manera excepcional al particular-, por vía funcional o contractual, no sólo una *disponibilidad material* sobre el patrimonio público, sino esencialmente una *disponibilidad jurídica* sobre el mismo. Es decir, la capacidad jurídica para *disponer* del mencionado patrimonio de manera válida y legítima, como producto del límite reglado señalado en las normas jurídicas –o en el objeto contractual, en tratándose de éste- que le otorgan la competencia estricta para ello.

ARTÍCULO 113. Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales. La Contraloría General de la República velará por el estricto cumplimiento de esta disposición (L. 38/89, art. 62; L. 179/94, art. 71)."

De esta disponibilidad jurídica (gestión fiscal) sobre el bien jurídico (patrimonio público) deriva una posesión de garante por parte del servidor público, o particular."[19]

La calidad gestora se adquiere en virtud de un mandato legal, reglamentario o contractual, que exige su concreción en un acto formal, por ser una actividad reglada, mediante el cual se determinan los bienes, fondos, haberes o recursos públicos que serán objeto de administración o manejo. Estas condiciones descartan la posibilidad de que se adquiera esa calidad de facto o por la fuerza de la costumbre.

De acuerdo con las definiciones anteriores sobre la calidad de gestor fiscal y de ordenador del gasto, es preciso señalar que en un contrato con una Empresa de Servicios Temporales, un trabajador en misión pueda fungir como ordenador del gasto, tendría que cumplirse con las prescripciones legales que acaban de mencionarse; de lo contrario, lo que se pone en evidencia es un desbordamiento funcional o, simplemente, que se participa en los actos de gestión fiscal, sin que en últimas se tenga la capacidad decisora respecto de los recursos públicos.

Atendiendo lo anterior, es necesario comprobar si la labor contratada por los beneficiarios de las Empresas de Servicios Temporales comporta el ejercicio de la gestión fiscal; en caso positivo, habrá que verificar si las actividades desarrolladas por el trabajador en misión le otorgan la capacidad jurídica para disponer del patrimonio público de manera válida y legítima.

5. Conclusiones

- ✓ El empleador de los trabajadores en misión es la Empresa de Servicios Temporales, no la entidad pública contratante de esta.

- ✓ Los particulares pueden asumir funciones públicas, en la forma y condiciones que determina la ley.

- ✓ La función pública de ordenación del gasto, por regla general, es ejercida por el personal directivo de las entidades públicas.

- ✓ La ordenación del gasto conlleva gestión fiscal, susceptible de responsabilidad fiscal, cuando el gestor fiscal incurre en una conducta dolosa o gravemente culposa que produce un daño patrimonial al Estado[20].

[19] Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Uriel Alberto Amaya Olaya, Editorial Temis, Reimpresión 2012, pág. 171 párrafo 4º.
[20] El proceso de responsabilidad fiscal se rige por la Ley 610 de 2000, con las modificaciones introducidas por la Ley 1474 de 2011

- ✓ Los trabajadores en misión de las Empresas de Servicios Temporales, pueden ser gestores fiscales solamente sí las actividades desarrolladas por ellos conllevan la capacidad jurídica de disponer de los bienes y recursos del patrimonio público.

- ✓ Los trabajadores en misión de las Empresas de Servicios Temporales si transgreden el contrato de trabajo o, en general, el ordenamiento jurídico, con ocasión de su labor, pueden asumir responsabilidad patrimonial, fiscal, disciplinaria o penal.

Cordialmente,

IVÁN DARÍO GUAUQUE TORRES
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Johana Milena Valenzuela Pardo
Revisó: Pedro Pablo Padilla Castro
Radicado: 2018ER0009025 y SIPAR 2018131764

Archivo: 80112-033 Conceptos Jurídicos.