

2018EE0035259



CGR-OJ- 037 - 2018
80112 -

Bogotá, D.C.,

Señor
DIEGO EDUARDO SANDOVAL TOVAR
diego.sandoval.tovar@gmail.com

Referencia: Respuesta a los radicados 2018ER0010808 y 2018ER0018455.

Tema: Responsabilidad fiscal.- Gestor fiscal.- Títulos de imputación.-
Patrimonio embargable.

Respetado señor Sandoval Tovar:

Esta oficina recibió el oficio de referencia, por el cual formula consulta¹ jurídica, la cual se procede a absolver en la siguiente forma:

1. Antecedentes

Manifiesta el usuario en su escrito que da alcance a la solicitud presentada a la Contraloría General de la República con radicado 2017ER0127170 y SIPAR 2017-129646 adicionándola y partiendo nuevamente del supuesto de hecho referido en su primera solicitud, es decir, la existencia de un proceso de responsabilidad fiscal o de jurisdicción coactiva en el que se vincule y/o se declare responsable fiscalmente a una persona jurídica o sociedad para el resarcimiento de los daños al patrimonio público.

En atención a lo anterior, eleva los siguientes interrogantes:

“1-¿Se persiguen los bienes o el patrimonio de la persona jurídica únicamente o se pueden perseguir los bienes o patrimonio del **administrador/es** de dicha persona jurídica o sociedad comercial?”

Agradecemos se absuelva esta inquietud en la relación con cada tipo societario posible.

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.”



2-En el mismo sentido ¿pueden establecerse medidas cautelares únicamente sobre los bienes o patrimonio de la persona jurídica incurso en un proceso de responsabilidad fiscal o jurisdicción coactiva o se pueden establecer medidas cautelares sobre los bienes del administrador/es de las personas jurídicas o sociedades comerciales?

Agradecemos se absuelva esta inquietud en relación con cada tipo societario posible.

3- En caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta número 2 ¿en qué casos se puede perseguir los bienes o patrimonio del administrador/es de dicha persona jurídica o tipo de sociedad y/o establecerse medidas cautelares sobre los bienes o patrimonio de los mismos?

4- En caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta número 2 ¿cuál es el fundamento jurídico para adoptar dichas medidas sobre los bienes o patrimonio del administrador/es de las sociedades comerciales o personas jurídicas?

De igual forma solicito de manera respetuosa copia de la totalidad de los conceptos emitidos por parte de la Contraloría General de la República sobre aspectos de persecución de bienes y/o determinación de medidas cautelares sobre los bienes o el patrimonio del administrador/es de una persona jurídica o tipo de sociedad comercial.”

Observamos con la adición realizada a su petición, que éstas preguntan se dirigen ahora no solo a la persona jurídica y sus socios en los distintos eventos señalados, sino que también lo hace extensivo a los administradores de esas personas jurídicas.

Recibió también ésta Oficina un tercer escrito en el que se refiere a la respuesta emitida con radicado 2018EE0014261 en la cual requiere se dé claridad al término “*contribuyeron de manera directa*” e indirecta con el perjuicio causado al patrimonio del Estado y en atención a ello eleva los siguientes interrogantes:

“Teniendo en cuenta que en respuesta a nuestra solicitud, el concepto inicialmente circunscribe la responsabilidad fiscal a los socios como titulares de órganos de representación de personas jurídica o sociedades comerciales, únicamente a la contribución “directa” en la producción del daño y que en su aparte de conclusión se refiere a la contribución “directa o indirecta” en la producción del daño por parte de estos sujetos,

- a) ¿Qué tipo de contribución al daño tiene en cuenta la Contraloría General de la República en el trámite de procesos de responsabilidad fiscal o de jurisdicción coactiva?
- b) ¿Tiene en cuenta únicamente la contribución directa en la producción del daño?
- c) ¿Tiene en cuenta la contribución directa e indirecta en la producción del daño?
- d) ¿En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa ¿Cuál es el sustento normativo para que se tenga en cuenta la contribución indirecta en la producción del daño?
- e) ¿En caso de ser afirmativa la respuesta al literal c. ¿A qué se refiere o que significa para la Contraloría General de la República la contribución directa en la producción del daño?
- f) En caso de ser afirmativa la respuesta al literal c, ¿Qué aspectos o factores corresponden a determinar que la contribución del daño o perjuicio es indirecta?"

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 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*

² Art. 25 Ley 1755 de 2015

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

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 Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16⁸ 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

Los conceptos emitidos por esta Oficina sobre el tema objeto de consulta ya fueron referidos en la primera respuesta y enviados en físico con radicado 2018EE00142261, por tal razón la petición de copias de todos los conceptos que se han emitido sobre persecución de bienes y/o determinación de medidas cautelares sobre bienes del patrimonio de los presuntos responsables o responsables fiscales ya fue atendida.

4. Consideraciones jurídicas

Examinados en su conjunto los tres escritos petitorios, se observa, en primer lugar, que existe una petición de ampliación del concepto CGR-OJ-015-2018, radicado 2018EE0014261 de 07-02-2018, cuyo tema jurídico fue la persecución de bienes y/o el decreto de medidas cautelares durante el adelantamiento de un proceso de responsabilidad fiscal y el proceso de cobro activo; indaga ahora si en el evento de encontrarse incurso en cualquiera de los dos procesos una persona jurídica, si se persiguen los bienes de ésta, los de sus socios, los de sus administradores, o solo los de alguna de éstas tres clases de personas.

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.

El segundo tema jurídico surge con ocasión a la respuesta emitida por esta Oficina cuando se trajo a colación el concepto EE7749 de 10 de febrero de 2012, donde se indicó que los socios, administradores o representantes legales podían ser llamados a responder, cuando su contribución a la producción del daño se hiciera de manera directa, y luego en la reciente respuesta que le fue emitida, nuevamente se indica ya no solo el término directa, sino contribución con el daño de manera indirecta.

Ilustrados los dos temas que inquietan al peticionario se resolverán los siguientes problemas jurídicos, así: i) ¿En un proceso de responsabilidad fiscal o proceso de cobro coactivo en donde está vinculada una persona jurídica, procede el decreto de medidas cautelares contra los bienes del(os) administrador(es) de la misma?, ii) ¿La contribución directa o indirecta a la producción del daño es un título de imputación de responsabilidad fiscal en tratándose de los socios de una persona jurídica vinculada como presunta responsable?

4.1 Representación y responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas.

El Código de Comercio en el artículo 196 denominado "*FUNCIONES Y LIMITACIONES DE LOS ADMINISTRADORES*" determina que:

“La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos o contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.”

La norma transcrita indica que los administradores, llámense Directores, Gerentes, o Representantes, son las personas naturales a través de las cuales actúan las personas jurídicas, y que son ellos quienes tienen la competencia o la capacidad para representar a las distintas sociedades.

Las actuaciones que desarrollan los administradores de las personas jurídicas, se encuentran sujetas a una responsabilidad solidaria e ilimitada, así lo establece el artículo 200 del Código de Comercio, obsérvese:

“ARTÍCULO 200. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. Modificado por el art. 24, Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente: Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.”

Nótese que en materia mercantil, los administradores son solidaria e ilimitadamente responsables de los perjuicios que ocasionen en su calidad de representantes y administradores de la sociedad.

4.2 La participación en la gestión fiscal, aspecto determinante de la vinculación procesal como presunto responsable.

Partiendo de la consulta elevada por el peticionario acerca de indicar cuál es el patrimonio que se persigue y/o sobre el cual se decretan medidas cautelares, en un proceso de responsabilidad fiscal o de jurisdicción coactiva, se recuerda lo dicho en la respuesta que fue enviada previamente, acerca de los tres elementos que componen la responsabilidad fiscal⁹, dentro de los cuales se encuentra: **la “conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal”**, la cual comprende un comportamiento activo u omisivo.

⁹ Ley 610 de 2000, artículo 5.

Para que la conducta del presunto responsable fiscal pueda ser analizada dentro de éste ámbito, tiene que derivarse del ejercicio de la gestión fiscal y, como ya quedó expuesto, ésta puede ser realizada por un servidor público, un particular o una persona jurídica de derecho privado.

La jurisprudencia ha dicho de la definición de gestión fiscal contenida en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, que:

“(…) 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.”¹⁰ (Negrilla fuera de texto)

El aparte destacado denota que si la gestión fiscal activa u omisiva es realizada por particulares, es requisito *sine qua non* tener capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público; entonces, no es cualquier persona a la que puede endilgarse la responsabilidad fiscal. En tratándose de una persona jurídica, como es el caso que nos ocupa, si ésta tiene capacidad de decidir el uso de los recursos públicos ejerciendo cualquiera de las actividades contenidas en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, es propio decir que ésta actúa a través de sus representantes legales, llámense administradores, gerentes o directores. Si tienen la facultad de representar y adquirir derechos y obligaciones a nombre de la sociedad, son ellos quienes en el ejercicio legal o estatutario de sus funciones actúan a nombre de ésta y la comprometen; en ese caso, es lógico que si actúan en nombre de la persona jurídica de derecho privado, conforme a todos los poderes que le han sido otorgados para decidir sobre el uso de los recursos públicos, es el patrimonio de la sociedad el que se persigue y el que debe soportar el decreto de las medidas cautelares.

Es relevante señalar que la calidad con la que actuaron los presuntos responsables fiscales es la que determina el patrimonio que ha de perseguirse, es decir, si su

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001

actuación se realizó en ejercicio de su calidad de socio, representante legal de la entidad, o administrador y tenía capacidad decisoria sobre los bienes y recursos públicos, el patrimonio que se persigue es del de la persona jurídica de derecho privado, pero si cualquiera de éstos se aparta de las potestades que le fueron entregadas en calidad de tales, y lo hacen como personas naturales que tienen en sus manos la posibilidad de decidir sobre los recursos públicos, los patrimonios que se persiguen serán los de cada uno en particular.

4.3 La participación con ocasión de la gestión fiscal

Las normas ya referidas también permiten dilucidar el ejercicio de la gestión fiscal, y cómo esta puede presentarse.

El artículo 1º de la Ley 610 del 2000 determina que por acción u omisión se puede ocasionar un daño fiscal, siempre que los presuntos responsables fiscales actúen *“en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión a ésta”*, ésta última expresión quiere decir, *“que los actos que la materializan comporten una relación próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal”*¹¹. El contenido y alcance de ésta expresión se dilucidó por la Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001, así:

“El sentido unitario de la expresión **o con ocasión de ésta** sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de **gestión fiscal**, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.

De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de la tipicidad de la infracción. De suerte tal que sólo dentro

¹¹ Sentencia C-840 de 2001

de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado.

Una interpretación distinta a la aquí planteada conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidades que informan la gestión fiscal y sus cometidos institucionales.

Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. 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 coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado¹², siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.”

Así que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, el presunto responsable de un daño patrimonial al Estado pudo haber obrado en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión a ésta; por lo tanto, sí existen dos títulos de imputación de responsabilidad: i) cuando la gestión fiscal se ejerce de manera directa (concurren todos los elementos definitorios de la gestión fiscal) o ii) indirecta (aunque no estén presentes todos los atributos de la gestión fiscal, se despliegan actos que comportan una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal). En este último caso, habrá de tenerse en cuenta la interpretación condicionada que realizó la Corte Constitucional en la sentencia reseñada.

De otra parte, el artículo 6º inciso 2º de la Ley 610 de 2000 es claro al señalar que el daño fiscal: “(...) *podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio*

¹² Op. Cit. Sentencia SU 620 de 1996

público." (Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840-01 de 9 de agosto de 2001)

5. Conclusiones

- ✓ No procede el decreto de medidas cautelares contra los bienes del(os) administrador(es) de la persona jurídica, si la vinculación procesal o la declaración posterior de responsabilidad fiscal no comprende a aquel(los). El patrimonio que garantiza la eventual responsabilidad fiscal es el del presunto responsable y/o responsable fiscal.
- ✓ La gestión fiscal presuntamente irregular puede producir un daño al patrimonio del Estado, de manera directa o indirecta. El primer caso ocurre cuando se trata de un gestor fiscal típico; el segundo caso ocurre cuando interviene un servidor público o particular que no es gestor fiscal de los recursos involucrados, pero que con ocasión de la gestión fiscal del titular de la misma contribuye a la producción del daño, mediante una relación de "conexidad próxima y necesaria".

Cordialmente,



IVÁN DARIO GUAUQUE TORRES
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Johana Milena Valenzuela Pardo
Revisó: Pedro Pablo Padilla Castro
Radicado: 2018ER0010808

Archivo: 80112-033 Conceptos Jurídicos.

Anexos: Se devuelve CD suministrado para el envío de información por haber sido ya enviado en físico.