

110.065.2004



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N U R: **110-3-21628**, 06/07/2004 16:26
Trámite: 445 - CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
1-19516 Actividad: 01 INICIO, Folios: 13, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 210 AUDITORIA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA DE LA

Bogotá D.C., 6 de julio de 2004
OJ110-435

PARA: Dra. MARTHA SÁNCHEZ RÍOS
Auditora Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

DE: AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Análisis de la viabilidad de otorgar fenecimientos sobre cuentas que han sido objeto de observación por la existencia de hallazgos de carácter fiscal

Se ha solicitado a la Oficina Jurídica fijar posición sobre la procedencia de otorgar fenecimiento fiscal sobre cuentas rendidas que son objeto de observación por la ocurrencia de detrimentos durante el período analizado.

En relación con el tema planteado la Oficina Jurídica debe formular las siguientes precisiones conceptuales:

- 1.- Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991 el fenecimiento fue entendido como un acto de aprobación de las cuentas rendidas por los encargados de recibir, recaudar, pagar o custodiar los fondos o bienes de la Nación y, sólo en los eventos en que parte de las cuentas fueran objeto de glosa o cuestionamiento, se tramitaba el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal que podía concluir con fenecimiento con cargo o alcance, es decir, con un acto de aprobación parcial en el cual también se definía la responsabilidad por el detrimento ocasionado sobre el patrimonio público o, mediante fenecimiento sin alcance, si no había lugar a deducir responsabilidad fiscal¹.

¹ En este sentido, establecía el artículo 11 de la Ley 20 de 1975: "Las observaciones originadas en el examen diario de cuentas serán contestadas por los ordenadores y cuentadantes en escrito dirigido a la sección de la Contraloría General de la República contemplada en esta ley. La Contraloría dictará una reglamentación especial para la tramitación de estos juicios fiscales o de cuentas, fijando términos hasta de veinte (20) días para la contestación de las glosas y hasta de

Martha Sánchez Ríos
7-7-04
9:19

Es importante recordar que en vigencia de la Constitución de 1886 el control fiscal recaía sobre toda actuación que pudiera comprometer los recursos públicos y cubría todas las etapas que se debían surtir con tal objeto, pues se entendía que la verificación permanente sobre el cumplimiento de los requisitos legales y la observancia de los procedimientos establecidos para recibir, recaudar, pagar o custodiar los fondos o bienes de la Nación, garantizaba que éstos no se extraviaran o fueran destinados a objetivos diferentes de los previstos por el ordenamiento legal.

De allí que en vigencia de ese modelo de control fiscal las contralorías estuvieran obligadas a revisar en forma previa a la ejecución del gasto todos los actos y documentos que soportaban las operaciones (control previo y perceptivo) y que, con posterioridad a su realización, debieran analizarse nuevamente todos los soportes de las actuaciones con el fin de verificar que éstas se hubieran realizado conforme a las normas y procedimientos establecidos (control posterior) y, no se hubieran perdido, mermado o extraviado los recursos del Estado.

Este control fiscal en apariencia ampliamente reforzado y seguro se fundaba en el análisis puramente formal de las operaciones, pues se limitaba a confrontar lo autorizado frente a lo ejecutado y/o existente sin entrar en consideraciones sobre la necesidad del gasto, la satisfacción real de necesidades públicas y demás elementos indispensables para un análisis adecuado sobre el uso dado a los recursos públicos.

Debido a que la óptica desde la cual se revisaba la gestión fiscal era distinta, el fenecimiento era entendido como un acto de aprobación legal y numérico de las operaciones de recibo, recaudo, pago y/o custodia de los fondos o bienes públicos, como bien se deduce de lo establecido en el artículo 7º de la Ley 20 de 1975 en el que se preveía:

"[. . .] Artículo 7º.- La Auditoría verificará la intervención o examen de cuentas, sobre los respectivos libros de contabilidad, comprobantes y registros con el objeto de constatar la forma como se está cumpliendo la gestión fiscal, y expedirá el certificado o fenecimiento sobre la legalidad y autenticidad de las operaciones financieras y de los movimientos de almacén." Resaltado por fuera del texto-

De la norma transcrita se desprende que el fenecimiento o finiquito, como acto de aprobación de la cuenta beneficiaba al responsable de rendirla, esto

otros veinte (20) para el pronunciamiento de los fenecimientos. Según resulte del juicio, los fenecimientos con cargo podrán establecer la responsabilidad individual al ordenador o al pagador, o solidaria, si fuere el caso."

es, a quien efectivamente tuviera a su cargo el manejo del recurso y estuviera en capacidad de realizar actos de disposición, administración, custodia o recibo de los bienes y recursos públicos, pues sobre él recaía directamente la labor de control fiscal.

Esto condujo a que los resultados del control fiscal por regla general recayeran sobre los empleados de manejo, esto es, sobre los pagadores y almacenistas, como bien lo reconoció la Contraloría General de la República en un documento del cual nos permitimos transcribir los siguientes apartes:

"[. . .] Toda la irracionalidad que se viene describiendo en cuanto al andamiaje procedimental del control fiscal, es poca, comparada con el hecho que en su aplicación, la única responsabilidad fiscal sujeta a vigilancia era la de los cajeros, pagadores y almacenistas de la administración, los cuales, en realidad, eran funcionarios totalmente subalternos de quienes manejaban con sus actos de administración el verdadero destino de las finanzas públicas. Además era también evidente el abandono de los restantes procesos de la gestión fiscal, como lo son el ingreso tributario, el endeudamiento, las inversiones financieras y las formas no tradicionales del capitalismo de Estado."²

En la obra del profesor DIEGO YOUNES MORENO se hace una descripción de la forma en que se desarrollaba en la práctica el modelo de control previo y que contribuye a la comprensión más adecuada de la figura del fenecimiento y su significado dentro del modelo constitucional y legal anterior. Sobre el particular, afirma el Dr. YOUNES:

"[. . .] el control previo se ocupa entre otros aspectos de examinar: la óptica numérico legal del gasto, en especial si se da cumplimiento a la Ley de apropiaciones presupuestales; si el monto del gasto ha sido autorizado por el funcionario competente y los giros se efectuaron con exactitud de acuerdo con los valores autorizados; también examina si hay disponibilidad suficiente para cubrir los gastos; si se trata por la modalidad de avances en dinero, se revisa si los avances están ya legalizados, como sucede por ejemplo con los viáticos que pagan a los funcionarios públicos destacados en comisión... Igualmente tiende el control previo a verificar la exactitud de las operaciones respaldadas en documentos, facturas, comprobantes, ordenes de compra."³

El procedimiento descrito permite inferir que el fenecimiento constituía un acto de aprobación numérico legal de las operaciones realizadas con cargo al tesoro público y que las consecuencias de esta clase de control

² **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. INFORME ESPECIAL.** Documento que puede ser consultado en la Oficina Jurídica y que reposa en fotocopia, por lo que no es posible suministrar algún otro dato adicional.

³ **RÉGIMEN DEL CONTROL FISCAL.** Autor: Diego Younes Moreno. Editorial Temis, pág 87. Bogotá, 1987.

esencialmente recaían sobre los llamados funcionarios de manejo, es decir, sobre los almacenistas, pagadores y cajeros, que por regla general debían rendir cuenta diaria de su gestión y someterla a la revisión y análisis de los funcionarios auditores.

- 2.- Con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991 el énfasis del control fiscal ya no recae en forma exclusiva sobre el cumplimiento de la norma y la existencia física de recursos.

Hoy la vigilancia de la gestión va mucho más allá y presta especial importancia a los resultados globales de la gestión administrativa, pues se entiende que con ocasión de la implementación del modelo de Estado social de derecho, el mayor compromiso adquirido por las autoridades colombianas las obliga a optimizar los recursos y a obtener beneficios de la actividad desplegada. De allí que se imponga a los organismos de control fiscal que al revisar la gestión fiscal se analice la eficacia, la economía y la equidad con que se ha actuado, así como la forma y efectividad con que las autoridades públicas cumplen el objeto para el cual han sido creadas las entidades a su cargo.

Esta afirmación encuentra apoyo en lo establecido en el artículo 267 de la Constitución Política que claramente establece que la vigilancia de la gestión fiscal incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales, lo que en términos de lo establecido en el artículo 8º de la Ley 42 de 1993 conlleva que se examine "[. . .] que la asignación de los recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad, los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, se pueden identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales, y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente, y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos."⁴

En relación con la nueva forma en que debe ejercerse el control fiscal y sus alcances dentro del modelo de Estado social de derecho, ha indicado la Corte Constitucional:

⁴ Ley 42 de 26 de enero de 1993 "Por la cual se organiza el sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", artículo 8º.

"[. . .] siguiendo los lineamientos del constitucionalismo moderno el Estatuto Supremo precisa en su artículo 267 y siguientes los contenidos básicos del control fiscal, calificándolo como una función pública encomendada a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, en aras de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en sus diferentes órdenes. Igualmente suprime los controles previo y perceptivo, y el criterio de universalidad frente al número de actos a revisar, al disponer expresamente que el control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. En este sentido indica la Carta que 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.

De este modo quedó establecido que en adelante el control fiscal ya no se puede seguir mirando bajo el exclusivo criterio económico-formalista que lo embargó durante tanto tiempo. Antes bien, preciso es reconocer que al tenor del deslinde funcional de competencias y de la colaboración armónica de poderes que contempla el artículo 113 Superior, las contralorías están llamadas a realizar una actividad retroalimentadora en torno a la Administración, vale decir, en términos de valor agregado. Siendo ésta una de las vías idóneas para acceder interinstitucionalmente a crecientes índices de gestión pública, donde, a tiempo que se depura la transparencia de los procedimientos y actuaciones de la Administración, se propicia y facilita el cumplimiento efectivo de los fines del Estado. Perspectiva bajo la cual cobra especiales fuerzas la primacía de lo sustancial sobre lo procedimental, en tanto el Estado meramente funcionalista ha tonido que cederle el paso a un Estado gestor, por definición más cercano a la comunidad, a la promoción de la prosperidad general y a la garantía de los principios, derechos y deberes contemplados en la Constitución. Ciertamente que la simple enunciación de los postulados rectores no satisface automáticamente las ingentes demandas de la colectividad, sin embargo, habida consideración de la señalada importancia que el ordenamiento superior le otorga a la concreción material de los valores, principios, derechos y deberes, los habitantes del país bien pueden aspirar a un control fiscal representativo de sus intereses, y por tanto vindicativo del derecho que tienen a conocer la suerte de los recaudos, la administración y disposición sobre los bienes estatales, y por supuesto, la forma, oportunidad y cuantía con que se ejecutan los gastos.

Este nuevo espectro constitucional ha puesto al ordenador del gasto en un rango de autonomía o independencia ampliamente favorable a los designios de la gestión fiscal que le atañe, con unas responsabilidades correlativas que atienden a la defensa de diversos bienes jurídicos tales como los referidos a la Administración y al Tesoro Público. Claro que este orden de cosas no le incumbe con exclusividad al ordenador del gasto, dado que el circuito de la gestión fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado. Criterios éstos que en lo pertinente cobijan a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado.

En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Por esto mismo, a título de corolario se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata entonces de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes "completos" pero inertes.⁵ -Resaltado y subrayado por fuera del texto original-

- 3.- Este cambio de mentalidad necesariamente ha incidido en la comprensión del fenecimiento, pues como se indicó, bajo el régimen anterior éste constituía un acto de aprobación legal y numérico de las operaciones realizadas con cargo a los recursos públicos, concepto que varía sustancialmente en vigencia de la Carta de 1991 toda vez que ya no sólo es objeto de evaluación la observancia de las normas aplicables a la custodia y ejecución de los recursos confiados al manejo de las autoridades y de los particulares, sino adicionalmente, la forma en que son utilizados en miras a la realización de los cometidos estatales.

A lo anterior debe agregarse que dentro de esta concepción ya no es procedente revisar actuación por actuación, pues conforme a lo establecido en el artículo 267 de la Carta, el control fiscal debe desarrollarse en forma posterior y selectiva, es decir, una vez se han adoptado o ejecutado las operaciones por parte de los responsables del erario y, no cobija la totalidad de las actuaciones, sino una muestra representativa de ellas, tomada con

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería.

base en criterios técnicos y que permite adoptar conclusiones sobre el universo de la gestión fiscal.

Es decir que el fenecimiento ya no constituye un acto de aprobación de operaciones materiales de recaudo, inversión, custodia y disposición de fondos o bienes públicos, sino de la gestión fiscal globalmente considerada.

Dentro de este contexto ha sido necesario diferenciar el concepto de gestión fiscal y de responsabilidad fiscal. El primero de ellos ha sido entendido como "[. . .] el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales". -Se resalta-

Por su parte, la responsabilidad fiscal puede ser definida como la atribución de las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico para los casos en que es posible verificar la ocurrencia de detrimentos al patrimonio público y que puede comprender tanto a los gestores fiscales como a quienes contribuyan o determinen la gestión fiscal.

Desde este punto de vista el fenecimiento constituye un pronunciamiento objetivo y global acerca de la forma en que se han utilizado los recursos públicos por parte de las entidades y permite ponderar el grado de observancia de los principios que rigen el manejo del erario, es decir, la forma en que se ha cumplido la gestión fiscal.

- 4.- Para cumplir con ese objetivo (ponderar el grado de cumplimiento de los principios de la gestión fiscal), en el proyecto de ley inicialmente elaborado por la Contraloría General de la República que habría de convertirse en la Ley 42 de 1993, se proponía sustituir el concepto de fenecimiento por "dictamen" que podía revestir tres modalidades distintas dependiendo de los resultados que arrojará la aplicación de los sistemas de control fiscal. El artículo 13 del referido proyecto era del siguiente tenor literal:

"Artículo 13.- Resultados de la ejecución de los sistemas de control fiscal.- El dictamen que las Contralorías emitan como resultante del ejercicio de los sistemas de control sobre la gestión fiscal realizada por los sujetos vigilados, deberá indicar claramente el cumplimiento dado a los principios

establecidos en la presente ley. Este dictamen se calificará en tres categorías según sean los resultados obtenidos así:

- a) "Satisfactorio"
- b) "Con observaciones de forma"
- c) "Con petición de Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal"

Además, a juicio de las Contralorías, copia de los dictámenes respectivos deberán ser remitidos a otras autoridades, cuando se considere pertinente.

Parágrafo.- Se entiende por: "Dictamen Satisfactorio" aquel que se emita cuando la gestión fiscal se encuentra ajustada a los Principios Constitucionales legales y reglamentarios. "Dictamen con Observaciones de Forma" aquel que determine las fallas u omisiones formales susceptibles de ser saneadas sin afectar el patrimonio público e impidan el cabal cumplimiento de la misión y las funciones de la entidad vigilada; el funcionario responsable tendrá hasta sesenta (60) días para corregir dichas fallas u omisiones observadas. De no dar respuesta satisfactoria dentro del término señalado se hará acreedor a la imposición de sanción de multa. "Dictamen con petición de Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal" es aquel que determine observaciones de fondo cuando se configuren conductas irregulares o indebida gestión fiscal que constituyan daño patrimonial al Estado.

No obstante, si en desarrollo de cualquier sistema de control se encuentran indicios o evidencias que constituyan pruebas suficientes para iniciar proceso de responsabilidad fiscal, serán remitidas de inmediato a la instancia competente." -se resalta por fuera de texto-

Sin embargo, en el proyecto final se abandonó esta definición y en un capítulo especial de "cuentas", ésta fue definida en los mismos términos contenidos en la Ley 42 y, en su artículo 42, se contempló el procedimiento que debería observarse en caso de que con posterioridad a la revisión de la cuenta se advirtiera la comisión de fraude (hoy artículo 17 de la Ley 42).

Lamentablemente el legislador no ha definido el concepto de fenecimiento y sólo en el artículo 17 de la Ley 42 se hace mención a él para precisar en qué eventos puede ser levantado. Establece el referido artículo:

"Artículo 17.- Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregularidades relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal."

De la norma transcrita se desprende que el fenecimiento es un acto que se profiere como conclusión de la revisión de cuentas, que en los artículos 14 y 15 de la misma Ley se ha concebido en los siguientes términos:

"Artículo 14.- La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

Artículo 15.- Para efectos de la presente ley se entiende por cuenta el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario." Se resalta y subraya-

El concepto de cuenta y revisión de cuentas reafirma que el fenecimiento sigue siendo concebido como un acto de aprobación, sólo que ahora cobija la gestión global de la entidad y recae no sólo sobre las operaciones económicas realizadas con cargo a los recursos públicos, sino adicionalmente, las demás actuaciones jurídicas y técnicas que se realizan en orden a cumplir con los fines esenciales del Estado.

De igual forma es posible concluir que el fenecimiento ya no constituye un acto individual de aprobación de cuentas y que para impartirlo es indispensable que se funde en la evaluación legal, técnica, financiera y contable, así como en el análisis sobre el cumplimiento de los principios de economía, eficacia, eficiencia y equidad.

- 5.- De lo expuesto surgen varios interrogantes. En primer lugar, ¿Quiénes están obligados a rendir cuentas de las operaciones realizadas con los recursos del erario?; en segundo lugar, ¿Cuáles son los alcances de un fenecimiento? Y, finalmente, ¿es posible abstenerse de otorgar fenecimiento a una cuenta cuando ésta es objeto de observaciones como consecuencia de la ocurrencia de hallazgos fiscales?

Para dar respuesta a estas inquietudes será necesario, en primer lugar, acudir a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 42 de 1993 que prevé:

"Artículo 16.- El Contralor General de la República determinará las personas obligadas a rendir cuentas y prescribirá los métodos, forma y plazos para ello.

No obstante lo anterior, cada entidad conformará una sola cuenta que será remitida por el Jefe del organismo respectivo a la Contraloría General de la República."

Ahora, es preciso señalar que en las entidades públicas no sólo los representantes legales tienen a su cargo el manejo de fondos o bienes públicos, pues para efectos de facilitar el cumplimiento de los cometidos asignados se han desarrollado las figuras de la desconcentración y delegación de funciones que permiten a los jefes de los organismos

desprenderse de parte de las funciones de ordenación del gasto, ordenación del pago y de custodia y manejo de los fondos y bienes públicos asignados al ente y de las cuales son titulares en su calidad de representantes legales.

A pesar de que el representante legal conserva las facultades de supervisión respecto de las funciones que sean delegadas o desconcentradas, lo cierto es que la calidad de responsable de los fondos o bienes públicos en las entidades estatales puede ser compartida por ellos con sus funcionarios subalternos; de allí que conforme al desarrollo dado al proceso de responsabilidad fiscal el concepto de gestor fiscal comprenda no sólo a los jefes o directivos de los organismos, sino adicionalmente a cualquier otro funcionario que tenga a su cargo el manejo del patrimonio público. En este mismo sentido se ha expresado la Corte Constitucional al analizar el tema de la gestión fiscal, respecto de lo cual ha precisado:

"[. . .] 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 en los siguientes términos:

[. . .] 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.

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 sólidum 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 particulares⁶, 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.⁷ -Se resalta y subraya-

Si se tiene en cuenta que por regla general todo aquel que maneje o administre recursos de terceros está en el deber de rendir cuenta de la gestión realizada con cargo a los mismos, sería legalmente admisible que en la definición de los sujetos obligados a cumplir con esta obligación quedaran comprendidos todos los funcionarios que en virtud de actos de delegación o desconcentración de funciones tienen facultades para comprometer o disponer de los recursos públicos.

Ello podría ser considerado como un desarrollo adecuado de lo establecido en el artículo 16 de la Ley 42 de 1993. Sin embargo, la función pública encomendada a los organismos de control obliga a analizar cómo se ha desarrollado la gestión fiscal del ente, globalmente considerada, lo que impone exigir una sola cuenta por cada organismo público que deberá ser responsabilidad del director o jefe del ente y cuya evaluación podrá dar lugar a promover procesos de responsabilidad fiscal en contra de los demás gestores si es que han realizado o contribuido a la realización de algún detrimento.

- 6.- Ahora bien, en ejercicio de la atribución conferida por el numeral 1º del artículo 267 de la Carta y del artículo 15 de la ley 42 de 1993, tanto el Contralor General como las demás autoridades de control fiscal revisan y califican los resultados arrojados por la evaluación conforme a criterios previamente definidos, que reflejan la pericia del organismo para detectar falencias que se pueden presentar en el desarrollo de la gestión fiscal.

La calificación obtenida como consecuencia de la aplicación de los criterios sirve de fundamento para otorgar o negar el feneamiento de la cuenta, que se convierte en una especie de dictamen acerca de la razonabilidad y carácter satisfactorio de la gestión desarrollada por la entidad y que obviamente es un reflejo de la actuación realizada por sus funcionarios y del entorno dentro del cual ésta se desenvuelve.

Estos criterios varían periódicamente pues no todo el tiempo cada uno de los factores evaluados tienen el mismo peso dentro de la gestión o inciden en la misma forma en la manera como son ejecutados los recursos públicos. De

⁶ Tal como ocurre en relación con los empleados de las empresas de servicios públicos mixtas; y de las empresas de servicios públicos privadas que incorporen aportes estatales. (arts. 14, numerales 6 y 7, y 41 de la ley 142/94).

⁷ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-840 de 2001 antes citada.

allí que se puedan presentar casos en que una gestión amerite una calificación satisfactoria a pesar de que dentro de la entidad se hayan presentado casos de detrimento, pues se insiste, ésta analiza la gestión globalmente considerada reflejada en la cuenta y no, la responsabilidad personal que corresponde a quien tiene a su cargo el manejo directo del recurso público, pues esta es objeto de análisis dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

Es evidente que si una irregularidad generadora de detrimento es tan grave que sólo es una muestra de la poca o mala gestión fiscal, ésta situación necesariamente deberá verse reflejada en el pronunciamiento que se emita por parte del organismo de control, pues si se emite fenecimiento, lo único que queda en evidencia es que los criterios adoptados para la calificación de la cuenta son errados y será necesario modificarlos.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones ampliamente expuestas en este escrito sobre el tema del fenecimiento, es posible concluir:

- 1.- Con ocasión de la expedición de la Carta Política de 1991 el control fiscal ya no se reduce al análisis formal de las operaciones económicas realizadas por los responsables del erario y por ello el fenecimiento ya no constituye un acto de aprobación individual de las cuentas presentadas por quienes tienen a su cargo actos de disposición o custodia de los bienes o fondos públicos.

La responsabilidad individual que se pueda deducir de los actos de gestión fiscal realizados materialmente por los encargados del manejo del recurso público es objeto de análisis dentro del proceso de responsabilidad fiscal, que se puede iniciar con base en los hallazgos de carácter fiscal estructurados como conclusión de las labores de auditoría.

- 2.- Bajo la nueva comprensión, el fenecimiento constituye el acto de aprobación de la cuenta que es un reflejo de la gestión fiscal desarrollada por cada entidad pública y que en la actualidad comprende no sólo las operaciones financieras y contables, sino adicionalmente las jurídicas y técnicas y de gestión y resultados.
- 3.- De conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 42 de 1993, la revisión de la cuenta tiene por objeto el estudio de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones

realizadas por los responsables del erario, en miras a establecer si han actuado dentro de criterios de economía, eficacia, eficiencia y equidad.

De allí que para otorgar el fenecimiento de la cuenta se hayan adoptado metodologías que permiten calificar la gestión fiscal globalmente considerada y ponderar factores que inciden en el manejo del recurso público que permiten otorgar un fenecimiento aún en el evento en que se detecte la ocurrencia de detrimentos al patrimonio público que conduzca a la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal.

De esta forma queda rendido el concepto solicitado, que se expide en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,



AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica