



Radicado No: 20181100038541

Fecha: 20-12-2018

Bogotá,
110

Señora
NUBIA ORDOÑEZ DE RIVERA
nmobder@gmail.com

Referencia: **SIA ATC 2018000686**
Respuesta a solicitud con radicado N° 2018-233-004428-2 del 01/11/2018 y N° 2018-233-004535-2 del 08/11/2018
Concepto sobre el alcance del control fiscal y aspectos del proceso de responsabilidad fiscal

Respetada señora Nubia:

Acuso recibo de sus correos electrónicos del pasado primero (1) de noviembre, con Radicado N° 20182330044282, y del ocho (8) del mismo mes, con Radicado N° 20182330045352, con el cual le dio alcance al primero, en los cuales de manera resumida solicita se conceptúe sobre los siguientes puntos: (i) en un proceso de responsabilidad fiscal, cuando comparece el implicado y se le ha designado apoderado de oficio, si continúan ambos, o desplaza al apoderado; puede mantenerse el apoderado de oficio? (ii) es procedente, en los procesos de responsabilidad fiscal, en casos excepcionales, además de las causales de nulidad determinadas en la Ley 610 de 2000, artículos 36 y 37, darle aplicación a la nulidad constitucional del artículo 29 de la Constitución Política? (iii) es posible en un caso excepcional y en el amparo del debido proceso y la garantía del derecho de defensa, levantar la ejecutoria, en el entendido que la constancia secretarial no sufre los requisitos de la Ley 610 de 2000? (iv) cuál es el alcance de la competencia para la revisión de los procesos de responsabilidad fiscal, sancionatorios, disciplinarios, por los organismos de control fiscal? (v) se puede hacer legalmente pronunciamientos dentro del informe sobre la legalidad de decisiones dentro de los procesos, que son de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa?.

Al respecto, en atención a su solicitud, este Despacho considera necesario realizar previamente las siguientes precisiones.

Conforme a lo consagrado en el artículo 274 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 272 de 2000, la Auditoría General de la República es la entidad competente para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales del país, mediante los sistemas de control financiero, de gestión y de resultados, en desarrollo de los principios de eficiencia, economía y equidad.

El Decreto Ley 272 de 2000, por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, en su artículo 13, numeral 2, establece como objetivo de la Oficina Jurídica el de *Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento*



jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad.

De igual forma, el referido Decreto Ley 272, en su artículo 18, numeral 3, determina como una de las funciones de la Oficina Jurídica la de *Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo.*

Así mismo, frente al alcance de los conceptos, la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 28 determina que *Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.*

Dentro de este marco legal, se procede a resolver su solicitud en los siguientes términos:

Frente al asunto objeto de su petición, no se emitirá concepto sobre situación particular o concreta alguna, a efecto de no tener injerencia en la toma de decisiones de las entidades vigiladas o de control, susceptibles posteriormente de ser objeto de vigilancia.

No obstante, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una mayor claridad sobre el tema, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto.

ALCANCE DEL CONTROL FISCAL

El control fiscal o vigilancia de la gestión fiscal es una función pública la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, regulada principalmente por las normas constitucionales contenidas en el Capítulo I del Título X de la CN (artículos 267 al 274), y las normas legales contenidas en las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000, 1474 de 2011, y demás normas concordantes.

Esta materia ha tenido amplio desarrollo jurisprudencial, del cual destacamos a continuación dos pronunciamientos que, de manera diáfana, ilustran sobre el tema consultado.

En primer lugar, la Sala plena de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, expediente D-3389, Magistrado ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería, al respecto determinó:

"2. El Control Fiscal en Colombia.

(...)

En efecto, 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.

(...)

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.

3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.

Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

"Gestión 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".

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 sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de



asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares[1], sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

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

4. El proceso de responsabilidad fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución 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, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicán de las contralorías territoriales (art. 272, inc. 6° C.P.).

Conforme a lo anterior, las competencias que asisten a todas las contralorías se expresan a través de dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos deba darse necesariamente en todos los casos. Es decir, en un primer momento las contralorías realizan el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal seleccionados. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de daño fiscal, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal. El cual, en todo caso, está sujeto a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción.

Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular 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 dineros públicos[2].

El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa,[3] de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso[4] según voces del artículo 29 Superior."



En segundo lugar, se hace referencia a las precisiones que sobre dicho control fiscal realizó la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1176 del 24 de noviembre de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en los siguientes términos:

"(...) Esta Corporación ha señalado 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. En este sentido la jurisprudencia ha estimado que como el fisco o el erario público está integrado por los bienes o fondos públicos cualquiera sea su origen, el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes en sus diferentes etapas de recaudo o prescripción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Por lo tanto, la vigilancia de la gestión fiscal se orienta a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales a las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contralor General, recursos, públicos y, finalmente los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen en un periodo determinado la meta y proyectos de la administración.

Es decir, el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico.

Establece también la Constitución, en el artículo 267, un control fiscal con un doble carácter, el de posterior y además selectivo. Es decir, que la vigilancia se cumple respecto de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos; y, mediante un procedimiento técnico de elección de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones y actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal.

El ejercicio del control fiscal en Colombia, se rige por los principios constitucionales de eficiencia, economía, equidad, y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un periodo determinado, que la asignación de 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, que permita 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.

Control fiscal que se debe ejercer mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, definidos, cada uno, en la Ley 42 de (sic) 193, artículos 10, 11, 12 y 13. Igualmente, debe evaluarse el control interno de las entidades y organismos del Estado.

(...)

El control fiscal entonces, de conformidad con lo previsto en el mismo artículo 267 de la Constitución, se sujeta en términos generales a las siguientes reglas:

- a) Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.*
- b) El ejercicio de la vigilancia fiscal se manifiesta y hace efectiva a través del control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, sobre la actividad de la gestión fiscal del Estado, fundado en criterios de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales. Para la efectividad del aludido control, se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.*
- c) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que im-*



porte la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.

d) Consecuente con la concepción participativa del Estado Social de Derecho se prevén, según la regulación que establezca la ley, sistemas de intervención ciudadana en la vigilancia de la gestión pública en los diferentes sectores de la administración.'."

En cuanto a las atribuciones del Contralor General, en su función micro, se destaca lo expresado por la Corte en la sentencia precitada, así:

"En relación con las funciones del Contralor General de la República, los artículos 268 y 273 Superiores disponen que a éste corresponde:

- *Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación, a fin de que la rendición de cuentas se haga de una manera ordenada y sistemática, facilitando a los responsables el cumplimiento de tal obligación.*
- *Indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse, para darle cumplimiento a la nueva visión del control que supera la simple revisión numérico legal.*
- *Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado, proyectando el control hacia la gestión, los resultados y el impacto de las políticas públicas.*
- *Exigir informes de gestión a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.*
- *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.*
- *Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.*
- *Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, y bajo su responsabilidad, la Contraloría podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.*
- *Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.*
- *Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley; dictar normas generales para, armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.*
- *Ordenar que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.*
- *Todas las demás que le señale la ley."*

En lo que respecta a la función de la Auditoría General de la República, en la Sentencia C-1176 de 2004, la Corte Constitucional puntualizó:

"(...) En la misma sentencia se consideró, que como lo señaló la Corte en la sentencia C-499/98, es de la esencia del órgano de control de la gestión fiscal de las contralorías, su carácter técnico; estar dotado de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica, y poseer una estructura y organización administrativa propias, que lo habiliten para ejercer sus competencias, con la misma intensidad y de acuerdo con los principios que regulan el control fiscal que aquellas ejercen.

(...)

Es claro entonces, que (sic)pos disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución. (...) Atribución que le corresponde ejercer a la Auditoría, respecto de la Contraloría General y las territoriales, de

conformidad con los mismos principios y sistemas de control fiscal establecidos en la Constitución y la ley para todas las entidades y organismos del Estado.

(...)

... tanto la Contraloría como la Auditoría tienen demarcada su competencia recíproca, única y exclusivamente respecto de la gestión fiscal que cada una realiza, sin que, ni la una ni la otra, puedan invadir o entrometerse en el ejercicio de la misión constitucional que a cada una de ellas le ha entregado la Constitución; por lo tanto, cada una de ellas debe establecer criterios de control fiscal que no impliquen la determinación de las funciones del otro o la intromisión en ellas.

(...)

Por su parte, la Auditoría, al ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría, tampoco podrá invadir la autonomía administrativa, presupuestal y jurídica asignada por la Constitución a éste organismo; así como tampoco, por no ser su superior, podrá interferir la función misional que en atención a los artículos 267 a 273 le corresponde ejercer a la Contraloría General, ni interferir tampoco la de las Contralorías territoriales, quienes actúan de conformidad con las prescripciones que sobre los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación y con las indicaciones y criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que ha determinado el Contralor General de la República, al igual que actuarán de acuerdo con las normas generales que éste funcionario profiere para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial."

A su vez, el Consejo de Estado, mediante concepto con radicado N° 1392 del 28 de febrero de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, consejera ponente Susana Montes de Echeverri, precisó el alcance del control fiscal de la Auditoría General de la República respecto de la vigilancia fiscal sobre los procesos de responsabilidad fiscal, así:

"(...) Por consiguiente, la función de vigilancia de la gestión fiscal que realiza la Auditoría General de la República es de la misma naturaleza, comprende el mismo objeto y tiene el mismo alcance, que la gestión fiscal que ejercen la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales respecto de las entidades por ellas vigiladas; se diferencian una y otra competencia, por el órgano de control que la ejerce, por los sujetos pasivos de cada una de ellas y los bienes y recursos sometidos a su vigilancia y control.

(...)

De lo hasta aquí expuesto, es necesario concluir que la vigilancia de la gestión fiscal cumplida por la Auditoría General, está limitada por las funciones específicas que a ella le asignan las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, las cuales establecen los diferentes sistemas de control y el procedimiento aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, sin que tal competencia de la Auditoría General de la República pueda constituirse en instancia de revisión de las actuaciones procesales en cada expediente, ni a través de ella se puede ejercer control disciplinario.

La Auditoría General de la República tiene, entonces, competencia para:

- a) ejercer la vigilancia de la gestión fiscal respecto de los bienes y recursos asignados a las contralorías territoriales; y,
- b) ejercer la vigilancia de la gestión fiscal sobre la actividad de las contralorías vigiladas, esto es, sobre los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las contralorías vigiladas, en orden a establecer la eficiencia, la economía y la eficacia en el desempeño de las funciones a ellas asignadas, incluyendo como conclusión del mismo, el análisis del recaudo efectuado (art. 268, numeral 5 de la C.N.).

Tales funciones de control, deberán ser ejercidas de acuerdo con las políticas, método, forma de rendir cuentas y criterios para la evaluación financiera, de gestión y de resultados determinados por el Auditor, según lo prevé el artículo 5° del decreto ley 272 de 2000, conforme a los controles que le autoriza la ley 42 de 1993, especialmente por los definidos en los artículos 8 a 19; estas atribuciones no son ni pueden convertirse en una instancia de revisión de los procesos de responsabilidad adelantados por las contralorías vigiladas; así, debe decirse claramente, que carece la Auditoría de



competencia para modificar, revocar o confirmar las decisiones de éstas; tampoco tiene competencia para ejercer vigilancia de la gestión fiscal sobre los bienes y recursos de las entidades administrativas territoriales, función que corresponde a las contralorías departamentales, distritales o municipales y, de forma excepcional, a la Contraloría General de la República, conforme al régimen constitucional y legal.

(...)

La vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Auditoría General de la República, tampoco puede estar orientada a efectuar controles sobre la legalidad o juicio de validez de la actuación administrativa de la contraloría vigilada, porque tal competencia es de la jurisdicción contencioso administrativa. El control de legalidad que ejerce se refiere a la comprobación o verificación de las actuaciones financieras, administrativas, económicas o de otra índole que siempre estará referida al manejo de los bienes, rentas y recursos de la contraloría vigilada a fin de que se realicen conforme a las normas que le sean aplicables.

Por ello, el control de legalidad que le corresponde efectuar a la Auditoría General de la República, está claramente limitado a la verificación de las normas aplicables en la administración del patrimonio público, en cuanto a la utilización del mismo en el cumplimiento de las funciones atribuidas a las entidades por ella vigiladas, sin que pueda hacerse extensivo al control de legalidad de las actuaciones de las autoridades administrativas vigiladas por las contralorías Nacional, departamentales y municipales; tampoco se extiende al control de legalidad que compete constitucionalmente a la jurisdicción contencioso administrativa.

Los controles de gestión y de resultados, según las definiciones de la ley 42 de 1993, comprenden el examen de eficiencia y eficacia y el logro de objetivos; implica por lo mismo, la capacidad para revisar a posteriori y de manera selectiva, las actuaciones de las contralorías territoriales para establecer si dichos principios, que son mandatos constitucionales, se cumplen en la entidad vigilada; por ello, la revisión de los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por estas contralorías es necesaria, pero, naturalmente, desde la perspectiva de los controles de la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías, no de instancia de revisión de las decisiones adoptadas.

Debe decirse, de otra parte, que si la vigilancia de la gestión fiscal encomendada a la Auditoría comprendiera la revisión de TODA la actuación de la contraloría vigilada, el control dejaría de ser selectivo, como lo ordena la Constitución Política.

Tampoco puede entenderse que la vigilancia de la gestión fiscal se considere como un control disciplinario, pues, como antes se indicó, aquella y este último difieren en cuanto a la naturaleza, objeto y régimen jurídico y porque la ley señala que dichas funciones son autónomas y se ejercen de manera independiente de cualquiera otra, según lo determinan los artículos 7 de la ley 42 de 1993, 2 de la ley 200 de 1995 y 2 de la ley 734 de 2002, y porque el control disciplinario de los servidores públicos no corresponde a la Auditoría General de la República, sino a la Procuraduría General de la Nación y a otros funcionarios competentes, conforme al ordenamiento constitucional y legal.

(...)

Es preciso señalar que el control administrativo establecido por la ley para proteger el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa en los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las contralorías territoriales, se debe ejercer, inicialmente, por la misma autoridad que profirió el acto y, si a ello hubiere lugar, por su superior jerárquico, a través de la interposición de los recursos procedentes por la vía gubernativa.

Como controles externos en orden a garantizar los citados derechos de defensa y del debido proceso, la constitución y la ley señalaron a las autoridades judiciales como las competentes para ello, así: la jurisdicción constitucional, la cual debe actuar ante el ejercicio de la acción de tutela y la jurisdicción contencioso administrativa, cuando se interponga la acción de nulidad y restablecimiento. Los anteriores son los mecanismos de protección de los mencionados derechos previstos en la constitución y en la ley y, por tanto, tales controles escapan a la competencia de la Auditoría General de la República; consecuencia obligada de no tener asignada dicha función, es que su actuación en este campo podría configurar usurpación de funciones o creación de revisiones o instancias de control del proceso que la ley no prevé, (...)."

Con fundamento en todo lo anterior, se puede concluir que, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.

El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.

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.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha manifestado que la gestión fiscal alude a la administración de todos los bienes o fondos públicos, desarrollada a través de operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales, cuyo control fiscal consiste en evaluar y determinar el cumplimiento de los principios y normas prescritas para su administración y, especialmente, verificar el logro de los fines estatales, a través de la evaluación de los objetivos, planes, programas y proyectos trazados para un periodo determinado.

Así mismo, determinó que está prohibido entrometerse, interferir o invadir el ejercicio de la función misional de la entidad vigilada, lo cual no significa dejar de cumplir el deber del ente de control fiscal de evaluar la gestión fiscal desplegada por el vigilado que persigue el cumplimiento de su misión institucional, a través del manejo y utilización de los bienes públicos. Dicha evaluación la deberá realizar de conformidad con los principios y sistemas del control fiscal establecidos en la Constitución y la ley, de forma posterior y selectiva, en especial desde la óptica de la gestión y resultados respecto de los procesos misionales, a través de los cuales, primordialmente, se desarrollan los planes, programas y proyectos para alcanzar los objetivos institucionales, y de esta forma los fines del Estado.

En cuanto al control administrativo para proteger el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa en los procesos de responsabilidad fiscal, éste deberá inicialmente ser ejercido por la misma autoridad que profirió el acto y, si a ello hubiere lugar, por su superior jerárquico, a través de la interposición de los recursos procedentes por la vía gubernativa. Como controles externos en orden a garantizar los citados derechos de defensa y del debido proceso, la constitución y la ley señalaron a las autoridades judiciales como las competentes para ello, así: la jurisdicción constitucional, la cual debe actuar ante el ejercicio de la acción de tutela y la jurisdicción contencioso administrativa, cuando se interponga la acción de nulidad y restablecimiento.

NOMBRAMIENTO DE APODERADO DE OFICIO

En lo que refiere al nombramiento de apoderado de oficio dentro del proceso de responsabilidad fiscal, la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, establece:



“ARTICULO 42. GARANTIA DE DEFENSA DEL IMPLICADO. Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

ARTICULO 43. NOMBRAMIENTO DE APODERADO DE OFICIO. Si el implicado no puede ser localizado o citado no comparece a rendir la versión, se le nombrará apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso.

Para este efecto podrán designarse miembros de los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho legalmente reconocidas o de las listas de los abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia conforme a la ley, quienes no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes.

(...)

ARTICULO 49. NOTIFICACION DEL AUTO DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El auto de imputación de responsabilidad fiscal se notificará a los presuntos responsables o a sus apoderados si los tuvieren y a la compañía de seguros si la hubiere, en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, surtida la notificación por edicto se les designará apoderado de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso. Para estos efectos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 43.” (Negrilla fuera del texto).

Significa lo anterior que el implicado en un proceso de responsabilidad fiscal podrá representarse por sí mismo o designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso. Es requisito para dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal el haber escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea al implicado; pero si éste no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado y no está representado por apoderado de confianza, el proceso podrá continuar nombrándole entonces apoderado de oficio.

De igual forma sucede cuando al implicado que no está representado por apoderado, no se le puede notificar personalmente del auto de imputación de responsabilidad fiscal; en este caso, se le notificará en la forma y términos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para luego proceder a designarle apoderado de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso.

Cumplidas estas reglas, en ningún caso la no comparecencia del implicado al proceso puede limitar o invalidar el impulso y las actuaciones procesales. Como tampoco serán nulas las actuaciones realizadas en las que haya estado el implicado representado por apoderado de oficio, por el hecho de que de manera posterior decida comparecer al proceso o designar apoderado de confianza. En este evento, la manifestación voluntaria de comparecer en adelante al proceso, bien sea que asuma su representación de manera personal o a través de apoderado de confianza,



desplaza la representación que venía ejerciendo el apoderado de oficio. Si bien la ley no desarrolla esta casuística, al respecto la doctrina¹ ha manifestado que:

"(...) El nombramiento de apoderado de oficio solo procede en los casos que expresamente señala el artículo 43 de la Ley 610 de 2000, así lo recordó la Corte Constitucional en Sentencia T-549 de 2010, al afirmar:

'Para esta Sala de Revisión, el alcance de la anterior determinación hermenéutica no puede significar que en todos los casos se genera la obligación del ente de control fiscal de designar defensor de oficio en supuestos distintos al del artículo 43 de la misma Ley 610 de 2000, según el cual si el implicado no puede ser localizado o citado o no comparece a rendir la versión, se le nombrará apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso.

La anterior conclusión se basa en que la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal consiste en perseguir la reparación de un daño patrimonial ocasionado al Estado, implica una garantía distinta de los derechos derivados del debido proceso, que no tienen el mismo alcance de las garantías consagradas para los procesos sancionatorios. Tal como lo afirmó la Corte en la sentencia aludida C-131 de 2002, en los procesos de responsabilidad fiscal tiene gran peso 'los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que, según el Artículo 209, orientan la función administrativa'; así como los demás principios constitucionales sobre los que se soporta la consagración de herramientas legales efectivas para velar por los recursos del Estado y dar cuenta de las prácticas relacionadas con la corrupción administrativa'.

Si en el curso del proceso de responsabilidad fiscal, habiendo sido nombrado apoderado de oficio, el investigado se hace presente y manifiesta su voluntad de comparecer, el funcionario de conocimiento estará en la obligación de permitir la continuidad del proceso con la presencia del implicado o del apoderado de confianza que este haya nombrado para ese propósito. Ello no implica que las actuaciones adelantadas con antelación sean nulas, pues la nueva representación surte efectos hacia el futuro.

En esta eventualidad se comunica al apoderado de oficio que en virtud de que el implicado ha asumido su defensa, la designación que se le había realizado dentro del proceso, ha culminado."

EJECUTORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En lo que concierne a la ejecutoria de las providencias dictadas dentro del proceso de responsabilidad fiscal, la Ley 610 de 2000, establece:

"ARTICULO 56. EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS. Las providencias quedarán ejecutoriadas:

1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso.
2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos.
3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido."

Respecto del mérito ejecutivo y la impugnación de las providencias, la Ley 610 de 2000, determina lo siguiente:

¹ DUQUE BOTERO, Luz Jimena; CÉSPEDES VILLA, Fredy, *El control fiscal y la responsabilidad fiscal*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2018, pág. 541 y 542.



"ARTICULO 58. MERITO EJECUTIVO. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.

ARTICULO 59. IMPUGNACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme."

La Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir el ámbito de aplicación, en su artículo segundo determina que "... Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código."

En este mismo sentido, en su artículo 34 determina que:

"ARTÍCULO 34. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PRINCIPAL. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código."

En consecuencia, en lo referente a la firmeza de los actos administrativos, la Ley 1437 de 2011 – CPACA, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

ARTÍCULO 89. CARÁCTER EJECUTORIO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR LAS AUTORIDADES. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional." (Negrilla fuera del texto).

Téngase presente que la constancia secretarial es un documento que se incorpora al expediente del proceso, a través del cual, en este caso, se hace constar la fecha exacta a partir de la cual determinada providencia quedó ejecutoriada; este documento no es en sí la consecuencia jurídica; como su nombre lo indica, es tan solo una constancia. La firmeza o ejecutoria de una providencia no se da a través de la constancia secretarial; ella procede cuando se dan los presupuestos legales ya referidos.



De esta manera se espera haber dado mayor claridad sobre los temas consultados. En consecuencia y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, queda atendida de fondo su solicitud. Este mismo asunto, sobre el alcance del control fiscal, fue objeto de consulta por parte de la Contraloría Departamental del Guainía.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, como respuesta a la petición realizada en ejercicio del derecho a formular consultas, por tanto no será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

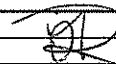

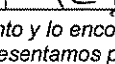
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada y, por lo mismo, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que por favor la diligencie y nos la remitida a la dirección de correspondencia Carrera 57C N° 64A-29 de Bogotá o al correo electrónico juridica@auditoria.gov.co.

Cordialmente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Encuesta de satisfacción de usuarios OI.200.P03.F02.

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	OHRJ		20-12-2018
Revisado por:	COVR		
Aprobado por:	COVR		

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma

