



Radicado No: 20221100037111

Fecha: 25-10-2022

Bogotá,
110

Doctora

GLORIA ELENA ESCOBAR BOTERO

Contralora Auxiliar de Responsabilidad Fiscal

Contraloría General de Antioquia

Calle 42 B # 52-106 Piso 7 Centro Administrativo Departamental La Alpujarra

Medellín - Antioquia

gescobar@cga.gov.co

Referencia: Concepto 110.082.2022

SIA-ATC. 012022000751

1. *Del grado de consulta en los procesos de responsabilidad fiscal*
2. *De la gestión fiscal*
3. *De la terminación del proceso de responsabilidad fiscal*
4. *Del fallecimiento del gestor fiscal*

Doctora Gloria Elena:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento a través de correo electrónico del 14 de septiembre de 2022, radicado en la AGR el 15 de septiembre de 2022 con el número 20222330021052 y bajo el SIA-ATC. 012022000751, en el que consulta lo siguiente:

- «1. Se realiza fallo y este va a grado de consulta, en este en las conclusiones se le ordena a la primera instancia seguir con el impulso procesal, señalando que se decrete ciertas pruebas, por ende revocan la decisión; esto se puede hacer,
2. Los comités evaluadores y asesores de las entidades municipales ejercen gestión fiscal
3. se apertura un proceso verbal, en el tramite (sic) se evidencia que el presunto al momento de la imputación había fallecido lo puedo archivar»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos

sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por 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 (...).» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «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», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta, abordando los siguientes temas: i) el grado de consulta en los procesos de responsabilidad fiscal; ii) la gestión fiscal; iii) terminación del proceso de responsabilidad fiscal; y iv) fallecimiento del gestor fiscal.

1. Del grado de consulta en los procesos de responsabilidad fiscal

El artículo 18 de la Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías», aplicable tanto a los procesos adelantados por el procedimiento ordinario regulado en dicha ley, como en los adelantados por el procedimiento verbal regulado en la Ley 1474 de 2011, atendiendo lo establecido en el inciso segundo de su artículo 97¹⁾: «El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley», consagra el grado de consulta en los siguientes términos:

«Artículo 18. Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se

¹⁾ «El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley»

dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.»

La Corte Constitucional en sentencia C-424 de 2015 se refirió al grado de consulta en los siguientes términos:

«3.2.2. Pese a que la jurisprudencia ha considerado que este mecanismo de control jurisdiccional de consulta no es propiamente un medio de impugnación, cuenta con una estrecha relación con los principios de derecho de defensa, debido proceso y doble instancia, sin que a la misma le sean aplicables todos los principios y garantías de la apelación, tanto así, que el juez que asume conocimiento en grado de consulta no está limitado por el principio de non reformatio in pejus, sino que oficiosamente puede hacer una revisión del fallo. Esta Corporación en la sentencia C-583 de 1997 al examinar la constitucionalidad una disposición del Código de Procedimiento Penal, expresó en lo atinente a la relación de la consulta y la prohibición de reforma en perjuicio, que:

“Cuando el superior conoce en grado de consulta de una decisión determinada, está facultado para examinar en forma íntegra el fallo del inferior, tanto por aspectos de hecho como de derecho y, al no estar sujeto a observar la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, bien puede el juez de segunda instancia modificar la decisión consultada a favor o en contra del procesado, sin violar por ello norma constitucional alguna. La autorización que se otorga en el precepto demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie "sin limitación" alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no lesiona la Ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como sujeto perjudicado con el delito. El propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas. Y la justicia es fin esencial del Estado.” (Subrayas fuera de texto)

(...)

3.2.3. De igual modo, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del principio de consonancia en las sentencias de segunda instancia -artículo 35 de la Ley 712 de 2001- declaró su exequibilidad a través de la sentencia C-968 de 2003, en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador. Adicionalmente, en dicha oportunidad, este Tribunal se refirió al grado jurisdiccional de consulta en los siguientes términos:

(...)

La consulta es un mecanismo ope legis, esto es, opera por ministerio de la ley y, por tanto, suple la inactividad de la parte en cuyo favor ha sido instituida cuando no se interpone por ésta el recurso de apelación, aunque en materia laboral el estatuto procesal respectivo la hace obligatoria

tratándose de entidades públicas. Además, la consulta está consagrada en los estatutos procesales generalmente con base en motivos de interés público con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica que se trate.

(...)

3.2.4. Lo anterior, se puede resumir en que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es un examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus.» (Subrayado propio de la sentencia)

Esta Oficina Jurídica en el concepto 110.17.2020 (Radicado 20201000008421 del 04 de mayo de 2020), se pronunció sobre el tema del grado de consulta en los siguientes términos:

«De la normativa, jurisprudencia y doctrina conceptual relacionada, se obtiene respecto del grado de consulta en el proceso de responsabilidad fiscal, que i) está instituido en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales; ii) procede en los casos específicamente determinados por la ley; iii) **el superior que conoce de él, cuenta con amplias facultades para tomar decisiones respecto de lo consultado, incluso sin estar sujeto al principio de non reformatio in pejus; iv) en desarrollo de esas facultades, el superior puede confirmar, modificar e incluso revocar la decisión objeto de consulta;** v) lo decidido por el superior, es vinculante para el a quo; y vi) se debe decidir dentro de un término legal establecido, so pena de quedar en firma la decisión consultada.

La decisión de revocar la decisión consultada puede darse i) porque del análisis de los aspectos tanto formales como sustanciales, evidencia errores que afectan la decisión tomada por el a quo, caso en el cual el superior revoca la decisión y puede directamente tomar la que en derecho corresponda o devolverla al a quo para que éste con la motivación dada la tome; y ii) cuando de dicho análisis se infiere que no existe suficiente acervo probatorio que sustente la decisión tomada y que se debe ampliar la investigación (practicar otras pruebas) que permitan dar certeza a la decisión o que faltó algún elemento propio de la decisión (pej pronunciamiento -total o parcial- sobre alguno de los elementos de la responsabilidad, sobre alguno de los investigados, sobre la liquidación de la cuantía a resarcir, etc.), caso en el cual el superior debe devolver al a quo para que se adelanten las diligencias correspondientes y se tome la decisión que corresponda.» (Negrilla fuera del texto)

Así mismo en el concepto 110.033.2022 (Radicado 20221100018701 del 02 de junio de 2022) respecto del tema, concluyó:

«Así las cosas, la normatividad citada planteó tres eventos en los cuales, en un proceso de responsabilidad se acudiría en grado de consulta de los que conocerá el superior funcional o jerárquico, siempre que se dicte: (i) auto de archivo; (ii) fallo sin responsabilidad fiscal; (iii) fallo con responsabilidad fiscal y el responsable tuviera apoderado de oficio.

(...)

Así las cosas, se colige que cuando sobrevenga alguna de las circunstancias descritas en el artículo 18 de la Ley 610 del 2000, en las cuales proceda el grado de consulta dentro de procesos de responsabilidad fiscal, quien lo conozca tendrá competencia amplia para revisar los autos que dieron

lugar a la decisión objeto de consulta, y podrá confirmar, modificar o revocar la decisión del inferior, y en la misma dictar en caso que así se requiera las medidas correspondientes.»

Finalmente, en el concepto 110.052.2022 (radicado 20221100025851 del 02 de agosto de 2022), luego de la declaratoria de inexecutable de la modificación al proceso de responsabilidad fiscal efectuado por el Decreto-Ley 403 de 2020 mediante sentencia C-090-22, se concluyó:

«De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto del grado de consulta en los procesos de responsabilidad fiscal, podemos concluir que el operador jurídico de segunda instancia cuenta con competencia amplia y suficiente para revisar de manera integral el fallo o auto motivo de la consulta independientemente la etapa en que este último sea proferido, esto es, que su examen cobija aspectos tanto de fondo como de forma, de hecho como de derecho sin siquiera estar limitado al principio de non reformatio in pejus, por lo que puede revocar, modificar o confirmar la decisión objeto de la consulta de manera directa o devolviéndola al inferior para que éste la tome con la motivación dada.»

2. De la gestión fiscal

La Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» define la gestión fiscal así:

«Artículo 3º. 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.»

De la norma anterior se obtiene que todo servidor público o particular que administre o maneje recursos para cualquiera de las actividades descritas, son gestores fiscales.

La Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001 respecto de la constitucionalidad de algunos apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 41 de la Ley 610 de 2000, en cuanto a la gestión fiscal, dijo:

«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:

<transcribe artículo 3 Ley 610 de 2000>

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, 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.» (Negrilla fuera del texto)

Respecto al aparte del artículo 1º de la Ley 610 de 2000 demandado, esta Corte en la Sentencia ibídem, mencionó:

«En primer lugar debe dilucidarse el contenido y alcance de la expresión "con ocasión de ésta", a efectos de determinar si con ella se podría dar pie a un eventual rebasamiento de la competencia asignada a las contralorías en torno al proceso de responsabilidad fiscal.

Entonces, ¿qué significa que algo ocurra con ocasión de otra cosa? El diccionario de la Real Academia Española define la palabra ocasión en los siguientes términos: "oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa. 2. Causa o motivo por que se hace o acaece una cosa."

A la luz de esta definición la locución impugnada bien puede significar que la gestión fiscal es susceptible de operar como circunstancia u oportunidad para ejecutar o conseguir algo a costa de los recursos públicos, causando un daño al patrimonio estatal, evento en el cual la persona que se aproveche de tal situación, dolosa o culposamente, debe responder fiscalmente resarciendo los perjuicios que haya podido causar al erario público.

El sentido unitario de la expresión o con ocasión de 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 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. (...) **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 Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.»**

(Negrillas fuera de texto)

Más adelante en referencia a los apartes del artículo 6 acusado, dijo:

«La definición del daño patrimonial al Estado no invalida ni distorsiona el bloque de competencias administrativas o judiciales que la Constitución y la ley han previsto taxativamente en desarrollo de los principios de legalidad y debido proceso. Por lo mismo, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.»

Y la Sala reitera: la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, **que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición**. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, **necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos**. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente **identificados**.»

(Negrilla fuera de texto)

Este Despacho en consulta similar mediante concepto 110.059.2007 (NUR 100-1-3456 del 19 de septiembre de 2007), determinó:

«De la definición legal y jurisprudencial se extracta sin lugar a equívocos que la gestión fiscal se circunscribe al conjunto de actividades para el manejo o administración de los recursos o fondos públicos; o mejor, que las actuaciones administrativas constitutivas de gestión fiscal son aquellas sobre las que la persona tiene posición de garante frente a los bienes del Estado. En otras palabras que el sujeto encargado funcionalmente de ejercer la actividad administrativa, **debe estar facultado para disponer y administrar los bienes o fondos públicos bien sea por la ley, un contrato o a través de una relación legal y reglamentaria**^[2].

Ahora, en relación con la actividad que desempeñan las contralorías en ejercicio del control fiscal y más exactamente en los procesos de responsabilidad fiscal, que son de naturaleza resarcitoria, es claro que los funcionarios encargados de llevar acabo (sic) el proceso, ejercen gestión fiscal en la medida en que la naturaleza del procedimiento lo determina y porque su actividad al ser recaudadora^[3] de bienes o fondos públicos debe ser realizada con eficiencia, eficacia y economía. Igualmente, es importante verificar los gastos incurridos en el trámite del proceso, su gestión, el cumplimiento de términos, la extinción de las obligaciones por el modo de la prescripción, además, del análisis del recaudo efectuado; empero, todo ello sin perjuicio de los derechos y garantías del inculpaado.»

(Negrilla fuera del texto)

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en Concepto CGR-OJ-0112-2019 (radicado 2019EE0097546 del 12 de agosto de 2019) se pronunció respecto de la gestión fiscal, así:

«4.3. Gestión fiscal

(...)

Toda vez que, la gestión fiscal requiere formalizarse mediante un acto que confiera la capacidad jurídica para administrar unos recursos, específicamente determinados y que se encuentren al alcance de quien ha sido habilitado o designado para ello, para determinar si un servidor público o particular es gestor fiscal, se parte de revisar las funciones que tiene asignadas por ley o el acto que lo investió de funciones públicas, teniendo en cuenta la definición que trae el artículo 3° de la ley 610 de 2000 y lo dicho por la

Corte Constitucional, en relación a las que comportan el manejo de fondos y bienes del Estado. Es decir, aquellas que implican la titularidad administrativa o dispositiva de los mismos, materializada mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, inversión y gasto, entre otros, o comprendan actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, fuerza afirmar que se configura gestión fiscal.»
(Negrilla fuera del texto)

Al respecto ya se había pronunciado dicha Entidad en Concepto CGR-OJ-0037-2018 radicado 2018IE0035259 del 21 de marzo de 2018, así:

«Así que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° 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.

(...)

5. Conclusiones

(...)

- ✓ *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.»*

En igual aspecto, en el Concepto CGR-OJ-0033-2018 radicado 2018IE0032350 del 14 de marzo de 2018, dijo:

«Cotejando lo anterior [art 3 610], frente a la capacidad de disposición de los bienes públicos, es preciso traer a colación lo que ha expuesto la doctrina:

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

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

La calidad gestora se adquiere en virtud de un mandato legal, reglamentario o contractual, que exige su concreción en un acto formal, por ser una actividad reglada, mediante el cual se determinan los

bienes, fondos, haberes o recursos públicos que serán objeto de administración o manejo. Estas condiciones descartan la posibilidad de que se adquiera esa calidad de facto o por la fuerza de la costumbre.»

De la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada se obtiene que la gestión fiscal es aquella que ejerce el funcionario público o particular sobre los bienes públicos respecto de los cuales tiene la función de administración y/o disposición, función ésta que debe estar claramente establecida tanto si es funcionario público, como si es contratista según corresponda.

3. De la terminación del proceso de responsabilidad fiscal

El fin del proceso de responsabilidad fiscal es la determinación de la responsabilidad fiscal en el manejo del patrimonio del Estado y con ello el resarcimiento del daño a él causado, por tanto, este proceso termina de manera formal con el respectivo fallo sea con o sin responsabilidad fiscal. Al respecto la Ley 610 de 2000 establece:

«Artículo 52. Término para proferir fallo. Vencido el término de traslado y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, denominada fallo con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días.

Artículo 53. Fallo con responsabilidad fiscal. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

Artículo 54. Fallo sin responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.»

Para el proceso de responsabilidad fiscal verbal la Ley 1474 de 2011 determina:

«Artículo 101. Trámite de la audiencia de decisión. La audiencia de decisión se tramitará conforme a las siguientes reglas:

(...)

d) Terminadas las intervenciones el funcionario competente declarará que el debate ha culminado, y proferirá en la misma audiencia de manera motivada fallo con o sin responsabilidad fiscal. Para tal efecto, la audiencia se podrá suspender por un término máximo de veinte (20) días, al cabo de los cuales la reanudará y se procederá a dictar el fallo correspondiente, el cual se notificará en estrados. El

responsable fiscal, su defensor, apoderado de oficio o el tercero declarado civilmente responsable, deberán manifestar en la audiencia si interponen recurso de reposición o apelación según fuere procedente, caso en el cual lo sustentará dentro de los diez (10) días siguientes;
(...)»

Además de estas formas de terminación del proceso, estos cuerpos normativos establecen la cesación de la acción fiscal como otra forma de terminación del proceso, así:

Ley 610 de 2000:

«Artículo 16. Cesación de la acción fiscal. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

Artículo 17. Reapertura. Cuando después de proferido el auto de archivo del expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso.

Sin embargo, no procederá la reapertura si después de proferido el auto de archivo, ha operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal.»

Ley 1474 de 2011:

«Artículo 111. Procedencia de la cesación de la acción fiscal. En el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal únicamente procederá la terminación anticipada de la acción cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad.»

Esta Oficina Jurídica en el concepto 110.17.2020 (Radicado 20201000008421 del 04 de mayo de 2020) concluyó:

«Este Despacho considera que el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011 derogó tácitamente el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, toda vez que aquel determina de manera expresa los eventos en que procede la cesación de la acción fiscal, los cuales difieren de los establecidos en la norma de la Ley 610 de 2000.»

Otra forma de terminación del proceso establecida por el legislador es mediante la figura del archivo, la cual jurisprudencial y doctrinalmente se ha establecido como una forma «anormal» o excepcional, siendo consagrada en la Ley 610 de 2000, así:

«Artículo 47. Auto de archivo. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.»

Esta Oficina Jurídica en el concepto 110.052.2022 (radicado 20221100025851 del 02 de agosto de 2022) respecto al archivo de los procesos de responsabilidad fiscal, concluyó:

«De la lectura armónica de los artículos transcritos anteriormente con el procedimiento, se tiene que el archivo del proceso se presenta como resultado de la etapa de investigación al comprobarse alguna de las causales establecidas en el artículo 47, no obstante, también hay lugar al archivo luego de la imputación y antes del fallo, cuando se pruebe alguna de las siguientes causales: i) se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio, o, ii) se demuestre que la acción no podía proseguirse por haber operado la prescripción, teniendo en cuenta que luego de la imputación, el proceso normalmente con el respectivo fallo con o sin responsabilidad fiscal.»

Respecto a la terminación del proceso de responsabilidad fiscal, esta Oficina Jurídica en el concepto 110.045.2022 (radicado 20221100022991 del 07 de julio de 2022), concluyó:

- «ii) El proceso de responsabilidad fiscal termina con el fallo con o sin responsabilidad fiscal; y por su archivo cuando a) se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, b) se determine la cesación de la acción fiscal por acreditarse el resarcimiento pleno del detrimento patrimonial investigado o el reintegro del bien objeto de la pérdida investigada, c) converja una causal excluyente de responsabilidad, d) se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.
- iii) El proceso de responsabilidad fiscal es archivado cuando se da su terminación con el respectivo fallo, así como también cuando se da su terminación como en los casos establecidos en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 y en el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011.»

Así se tiene que el proceso de responsabilidad fiscal termina: i) con el fallo: a) con responsabilidad fiscal, b) sin responsabilidad fiscal; ii) por cesación de la acción fiscal en los eventos establecidos en el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011 y; iii) por archivo al presentarse alguno de los eventos establecidos en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

4. Del fallecimiento del gestor fiscal

La Ley 610 de 2000 establece:

«Artículo 19. Muerte del implicado y emplazamiento a herederos. En el evento en que sobrevenga la muerte del presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, se citarán y emplazarán a sus herederos con quienes se seguirá el trámite del proceso y quienes responderán hasta concurrencia con su participación en la sucesión.»

Obsérvese que la ley establece la continuidad del proceso con los herederos del fallecido presunto responsable fiscal cuando el proceso se encuentra antes del fallo debidamente ejecutoriado, es decir establece un momento procesal final, sin embargo no contempla desde que momento procesal inicial se da tal continuidad, esto es que el proceso puede estar en etapa de notificación del auto de apertura (o de apertura e imputación en el proceso verbal), en etapa probatoria, en imputación, en descargos ante imputación, o en trámite de recursos ante fallo con responsabilidad fiscal, para que sea aplicable la disposición del artículo 19 de la Ley 610 de 2000.

En revisión de constitucionalidad de este artículo, la Corte Constitucional en la sentencia C-131 del 18 de febrero de 2003, se pronunció en los siguientes términos:

«De igual modo, en el proceso de responsabilidad fiscal, siendo su naturaleza resarcitoria y patrimonial, el interés es garantizar que se puedan satisfacer con el patrimonio del responsable, los daños ocasionados al erario como consecuencia de una actuación culposa o dolosa que haya causado un detrimento patrimonial al erario público. la muerte del responsable no es obstáculo para la realización de tal objetivo; ello porque la sucesión procesal permite la vinculación de los herederos, como directos interesados en la protección de la universalidad patrimonial de la cual tienen parte, para que intervengan en el proceso, con lo cual también se protegen plenamente sus derechos constitucionales, en especial los derechos a la propiedad, a la defensa y al debido proceso.

De esta figura procesal se derivan varias consecuencias; dentro de las más importantes se encuentra la de que el heredero sucesor adquiere la calidad de parte con todas las consecuencias que ello genera. así lo señala el mismo artículo 60 del código de procedimiento civil al señalar que "...en todo caso la sentencia producirá efectos contra ellos aunque no concurren". tan cierta es su necesaria vinculación al proceso, que al momento de morir el deudor –aquí el gestor fiscal– opera la sucesión procesal en forma forzosa,[12] debiéndose citar a las personas que tienen la representación del causante, so pena de que se configure una causal de nulidad del proceso.[13]

(...)

Al no ser vinculados los herederos al proceso de responsabilidad fiscal, se estaría violando su legítimo derecho a ser escuchados en un proceso que afecta sus intereses patrimoniales sobre la herencia, pues de continuar el proceso sin su presencia, muy probablemente el fallo de responsabilidad fiscal se configuraría en contra del gestor. de otro lado, si el proceso de responsabilidad fiscal no continuara, se estaría creando como nueva causal para la cesación de la acción fiscal la muerte del gestor, con lo cual se cambiaría la naturaleza de este proceso de interés patrimonial a otro de naturaleza personal. es evidente que ninguna de las dos posibilidades son legítimas.

Resumiendo, de la naturaleza resarcitoria y patrimonial del proceso de responsabilidad fiscal se desprende que los principios generales del derecho civil en materia de sucesión procesal tienen plena aplicación. tal institución no desconoce los derechos constitucionales de los herederos. por el contrario, permite al acreedor, en este caso al estado, buscar el resarcimiento del daño así como a los herederos participar en calidad de partes, con todas las consecuencias que ello implica, en especial la de ejercer el derecho de defensa en un proceso que afecta sus legítimos intereses patrimoniales en la herencia del causante. por ello, si no se cumple con el requisito de la citación y emplazamiento, el proceso correspondiente tendría un vicio de nulidad.»

El proceso de responsabilidad fiscal de trámite ordinario inicia con el auto de apertura (art. 40 L

610/00) y el proceso de trámite verbal inicia con el auto de apertura e imputación (art. 98 L 1474/11); la vinculación del investigado o presunto responsable e imputado se da con la notificación de uno u otro auto según el trámite correspondiente.

La figura de la sucesión procesal establecida en el artículo 19 de la Ley 610 de 2000 es concordante con la disposición del artículo 68 del Código General del Proceso (L 1564/12 «Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones») que establece:

«Artículo 68. Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curado

Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente.»

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto CGR-OJ-2014/E0082810 del 29 de mayo de 2014, se pronunció respecto al fallecimiento del presunto responsable fiscal así:

«De conformidad con las normas expuestas, es importante precisar que la calidad de implicado se adquiere solo en el evento en que se inicie proceso de responsabilidad fiscal[17] en su contra, lo que conllevaría a consecuencias jurídicas, si éste fallece ya iniciado el proceso, toda vez que se deberá vincular a los herederos[18]. Si, por el contrario, el gestor fiscal muere antes de que se dé inicio al proceso, no se podrá proferir auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal contra éste o sus herederos.»

La Ley 610 de 2000 ni la Ley 1474 de 2011 contemplan el fallecimiento del presunto responsable fiscal como causal dentro de las terminaciones anormales del proceso sea por cesación de la acción fiscal o por archivo de este; por el contrario, establece de manera expresa que el mismo se debe continuar con los herederos (art. 16 L 610/00), lo cual es avalado por la Corte Constitucional en examen de constitucionalidad tal como se reseñó anteriormente, eso sí, el proceso debe estar en etapa anterior al fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado.

5. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, podemos concluir:

- i) El grado de consulta en el proceso de responsabilidad fue establecido por legislador con el objeto de tener una defensa del interés público, en defensa del Estado; este es resuelto por el superior funcional de quien ha expedido la decisión (archivo, fallo sin responsabilidad fiscal, o fallo con responsabilidad cuando el responsable fiscal ha estado representado por defensor de oficio) pudiendo revisar de forma integral la decisión y el proceso como tal sin limitación, por lo tanto, puede confirmar, modificar o revocar la decisión objeto de consulta; en caso de revocación, éste puede ordenar la ampliación de la investigación, el decreto de pruebas y/o medidas que estime convenientes y necesarias para un pronunciamiento de fondo.
- ii) La gestión fiscal es entendida tanto por la ley como por la jurisprudencia y la doctrina como las actividades que realizan los funcionarios públicos y particulares a quienes se les ha confiado el manejo y administración de los recursos públicos y que cuentan con capacidad decisoria sobre los mismos.

Para determinar si un funcionario ejerce gestión fiscal, es necesario establecer si cuenta con la función de manejo o administración de bienes públicos, así como con la capacidad de decisión sobre ellos; en tratándose de particulares, es necesario verificar si tales funciones se encuentran específicamente señaladas en el contrato respectivo o en la normativa aplicable.

- iii) El proceso de responsabilidad fiscal termina con el correspondiente fallo, sea con o sin responsabilidad fiscal; también puede terminar por cesación de la acción fiscal en los eventos establecidos en el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011, así como por archivo del proceso por las causales establecidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.
- iv) El fallecimiento del gestor fiscal no es causal para terminación del proceso de responsabilidad fiscal siempre y cuando se hubiere iniciado el proceso con el auto de apertura en el caso del trámite ordinario o con el auto de apertura e imputación en el caso del proceso de trámite verbal; contrario sensu, si el proceso de responsabilidad fiscal no se hubiere iniciado, no es posible su iniciación con los herederos del presunto responsable fiscal.

Ante el fallecimiento del gestor fiscal antes del fallo debidamente ejecutoriado, el proceso deberá continuarse con sus herederos, siendo requisito *sine qua non* notificarles el mismo para su vinculación.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de 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», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19/


de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'»** (Negrilla fuera de texto)

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

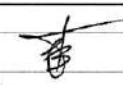


Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fjimenez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón *SIA*, seleccionar la opción *SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO*, luego, seleccionar el botón *Encuesta de Satisfacción* e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 9ecd4429. También puede consultar su solicitud en el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		21/10/2022
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		21/10/2022
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		21/10/2022

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.