



Bogotá D. C,
110.

Doctor

LUIS ALEJANDRO CLAVIJO PARRADO

Carrera 42 # 32 -06 Barrio Barzal Alto

Correo electrónico: controlinterno@esedevillavicencio.gov.co

E. S. D

Referencia: Concepto 110.087.2023
SIA ATC No. 012023000725.

1. *Del proceso de Responsabilidad fiscal*
2. *De la gestión fiscal*

Respetado Doctor Clavijo Parrado,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del día 11 de septiembre del 2023, radicado bajo el SIA-ATC No. 012023000725 (Código interno 02331202302266) en el que hace la siguiente consulta:

«En mi Calidad de Jefe de Control Interno de la ESE Municipal de Villavicencio, soy responsable fiscal».

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, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, 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 en Colombia, 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).

Es pertinente aclarar que no es resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal, como lo son las contralorías

territoriales, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Aclarar que de conformidad con las facultades en el Decreto Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es una 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»¹ 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, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 y 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 inquietud planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir un concepto consolidado de manera general y abstracta.

1. DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL:

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en la Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» en los siguientes términos:

«**Artículo 1°** DEFINICIÓN: El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado».

A su turno, el artículo 2 de la norma ídem, establece los principios bajo los cuales se orienta este proceso:

«**Artículo 2°** PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA ACCIÓN FISCAL: En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo»

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3

Así mismo el artículo 4 de la norma en cita, estableció el objeto de la responsabilidad fiscal, de la siguiente forma:

«La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal (...)».

Ahora bien, el régimen de responsabilidad fiscal (Art. 5 Ley 610-2000), se estructura sobre tres (3) elementos integrales a saber: (i) Una conducta dolosa o culposa, atribuible a una persona que realiza gestión fiscal (ii) Un daño patrimonial al Estado y (iii) Un nexo causal entre la conducta y el daño patrimonial. Dicho lo anterior, le corresponde al operador jurídico en cada caso en particular analizar rigurosamente cada uno de los elementos de responsabilidad fiscal a fin de determinar si se encuentran dados los presupuestos exigidos por la norma para su materialización.

2. DE LA GESTIÓN FISCAL:

La gestión fiscal comprende el buen manejo que se les da a los dineros públicos (erario), en términos de eficacia y eficiencia, por parte de quienes manejen, administren y dispongan bienes y recursos Estatales, ya sean servidores del Estado o particulares que ejercen temporalmente funciones públicas, los cuales deben actuar con diligencia y austeridad en la gestión del gasto público, con sujeción a los principios de la función administrativa (art. 209 C.P.), en consonancia con los principios de control fiscal que alude el artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020²

Sobre el tema, se pronunció recientemente la Contraloría General de la República -CGR-, en concepto CGR-OJ-162-2022, del que resulta pertinente citar los siguientes apartes:

«(...)

De acuerdo a la norma señalada **para determinar si un servidor público o particular que desempeña funciones públicas es gestor fiscal**, basta en principio con revisar las funciones que tiene asignadas por ley o el acto que lo investió de funciones públicas, y, si ellas, tomando en cuenta la definición que trae el artículo 3° de la ley 610 de 2000, **comportan el manejo de fondos y bienes del Estado, es decir, implican la titularidad administrativa o dispositiva de los mismos, materializada mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, inversión y gasto, entre otros, o comprendan actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, fuerza afirmar que se configura gestión fiscal.**

² Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal.

Bajo ese contexto, resulta procedente indicar que si un gestor fiscal ocasiona daño al patrimonio se iniciara un proceso de responsabilidad fiscal, pero si quien causa daño al Erario público, no ostenta la calidad de gestor fiscal contra él, serán otras las acciones donde deba intentarse el resarcimiento de los daños, como las actuaciones disciplinarias y penales (...).

Este Despacho respecto de la noción de gestión fiscal se pronunció a través del concepto con número 110.082.2023 de fecha 27 de septiembre de 2023, siendo preciso resaltar los siguientes apartes así:

«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 en cualquiera de las actividades descritas y a través de la ejecución de cualquiera de las acciones igualmente allí anotadas, son gestores fiscales.

(...)

Ahora bien, de la interpretación gramatical de la norma se tiene que, la gestión fiscal es toda actividad del servidor público o el particular que implique el manejo, utilización, ordenación, disposición u organización de los recursos públicos puestos bajo su tutela.

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.» (Resaltado documento original)

Esta Corte en la sentencia C-438 del 30 de noviembre de 2022 declara inexecutable el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones», anotando respecto de la gestión fiscal y de los gestores fiscales, lo siguiente:

«(iv) El gestor fiscal

158. Como en precedencia fue anotado, según lo prevén los artículos 267 y 268 de la Constitución y sus desarrollos contenidos principalmente en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 y el Decreto Ley 267 de 2000, entre otras, son gestores fiscales tanto las entidades públicas y con ellas los servidores públicos que laboran en ellas, así como las personas jurídicas de derecho privado y los particulares que allí trabajan o, en general, todos aquellos que por habilitación legal, administrativa o contractual reciban, recauden, perciban, manejen, administren, dispongan o destinen bienes, fondos o recursos públicos y, son precisamente ellos, los mismos sujetos de control fiscal. Sobre esa base, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la gestión fiscal a cargo de tales gestores comprende todo un universo de acciones inmersas en las denominadas “actividades económicas, jurídicas y tecnológicas” y la capacidad de realizar una o más acciones derivadas del tráfico de los recursos o bienes públicos en cumplimiento de los fines a cargo del Estado.

159. Así, el gestor fiscal por excelencia es la entidad pública o la entidad privada que actúa por conducto del o los servidores públicos o de los que tienen la disponibilidad jurídica de los bienes o recursos de origen público de tales entidades como: 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;”^[137] como también, “los directivos de las entidades y demás personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado.”^[138]

(...)

163. En conclusión, son gestores fiscales, y en caso de que se produzca un daño al patrimonio público, presuntos responsables fiscalmente, los servidores públicos y/o los particulares que por habilitación legal, administrativa o contractual manejen o administren bienes y recursos públicos y que tengan capacidad decisoria frente a los mismos por haber sido dispuestos a su cargo. En razón a ello, indistintamente de la condición pública o privada del ejecutor o del poder jurídico o fuente de la cual se derivan las obligaciones fiscalizadoras, es la gestión fiscal la que

constituye el elemento decisorio y determinante de las responsabilidades inherentes al recibo, percepción, recaudo, administración, gestión, disposición o destinación de dichos bienes o recursos de naturaleza pública.» (Negrilla propia)

(...)

3. Conclusiones

(...)

ii. Se considera gestor fiscal al servidor público o al particular con potestad o competencia legal, funcional o contractual de ordenar, disponer, decidir, manejar, utilizar, administrar, organizar, o destinar los recursos públicos dados bajo su tutela.

iii. La responsabilidad fiscal se establece respecto del servidor público o particular que, en ejercicio de la gestión fiscal, en actuación contraria a los principios de la función administrativa y a la función fiscal, produce daño al patrimonio Estatal por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna.

iv. Corresponde órgano de control fiscal respectivo de conformidad a la Constitución, la ley, el reglamento, el manual de funciones y/o el contrato respectivo, determinar en cada caso si el hecho generador se enmarca dentro del concepto de gestión fiscal, en segundo término si el servidor público o el contratista ejerce gestión fiscal; en tercer lugar, si su actuación es ejercicio de dicha gestión fiscal o con ocasión a ella; y por último, si con su acción u omisión se afectaron los recursos del Estado puestos bajo su tutela. (...)

Con fundamento en lo previamente citado, esta oficina ratifica el contenido de los conceptos emitidos, así como coincide con la visión de la CGR, concluyendo que será considerado gestor fiscal todo servidor público o particular con potestad o competencia legal, funcional o contractual de ordenar, disponer, decidir, manejar, utilizar, administrar, organizar, o destinar los recursos públicos dados bajo su tutela, siendo en todo caso responsabilidad del órgano de control fiscal respectivo el efectuar el análisis en cada caso concreto y determinar si hay lugar a ello las eventuales responsabilidades que del ejercicio de la gestión fiscal se desprendan.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. 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 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:

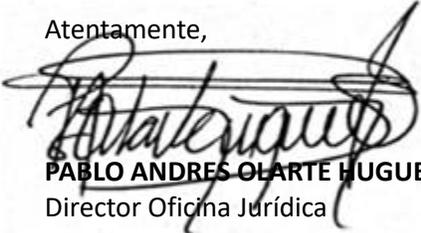
«... el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta

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 de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <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: Avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D.C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y laabril@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, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione 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: **c3612b66**, también puede consultar su solicitud seleccionando 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
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet

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.