

Bogotá D.C.,
110



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202303107
Fecha: 9 de noviembre de 2023 07:59:51 AM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: LUIS ALEJANDRO CLAVIJO PARRADO

Doctor
LUIS ALEJANDRO CLAVIJO PARRADO
Carrera 42 # 32 -06 Barrio Barzal Alto
Villavicencio – Meta
controlinterno@esedevillavicencio.gov.co

Referencia: Concepto 110.092.2023
SIA-ATC. 012023000785
1. *De la responsabilidad fiscal*
2. *De la responsabilidad administrativa*
3. *De la responsabilidad disciplinaria*

Respetado doctor Clavijo Parrado:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento efectuado a través de nuestra página web el 25 de septiembre de 2023, radicado en la AGR el 26 de septiembre de 2023 con el número 02331202302434 bajo el SIA-ATC. 012023000785, en el que consulta lo siguiente:

«CUAL ES LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA, FISCAL Y DISCIPLINARIA DEL JEFE DE CONTROL INTERNO DE LA ESE MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO, FRENTE A LA DESICION (sic) ADMINISTRATIVA Y LA ACTUACION PARA LA TOMA DE LA DECISIONES (sic) DE LA DISPOSICIÓN FINAL DE TRES AMBULANCIAS DE TRANSPORTE ASISTENCIAL BÁSICO (TAB) QUE NO SE ENCUENTRAN EN FUNCIONAMIENTO EN LA ENTIDAD.»

Al respecto debemos manifestarle en primer lugar que, usted en requerimiento efectuado el pasado 11 de septiembre del 2023 y radicado en la AGR con el SIA-ATC. 012023000725 efectúa solicitud de concepto respecto de «En mi Calidad de Jefe de Control Interno de la ESE Municipal de Villavicencio, soy responsable fiscal», el cual fue contestado por esta Oficina Jurídica con el concepto 110.087.2023 (radicado 1102-202302899 del 23 de octubre de 2023).

Tanto la consulta inicial como la actual se refieren al mismo tema: la responsabilidad fiscal del jefe de control interno de una entidad; por lo tanto, este Despacho, para efectos de la respuesta al presente requerimiento, lo remite a lo anotado en el concepto 110.087.2023, complementando con algunas apreciaciones que se hacen a continuación.

Como se anotó en el concepto relacionado, la función de la Auditoría General de la República – AGR,

es la vigilancia y el control fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales, función que no contempla la injerencia en la vigilancia y control fiscal realizada por éstas a sus sujetos de control, así como tampoco el ser superior jerárquico o funcional de ellas, tal como lo ha dejado claro la Corte Constitucional en diferentes sentencias como en la anotada C-1176 de 2004. Por lo tanto, corresponde abstenerse de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

En su solicitud usted indaga sobre «la responsabilidad administrativa, fiscal y disciplinaria del jefe de control interno», al respecto este Despacho en el referido concepto a solicitud suya, se pronunció sobre la responsabilidad fiscal teniendo en cuenta que la Auditoría General de la República es un órgano de control fiscal. Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad disciplinaria no nos es dable pronunciarnos de fondo por carecer la AGR de funciones y/o competencia en esta materia respecto de nuestros sujetos de control y de sus funcionarios, no obstante, haremos un breve esbozo de esta materia a fin de ilustración.

En ese orden de ideas, esta Oficina para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico 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) De la responsabilidad fiscal; ii) De la responsabilidad administrativa; iii) De la responsabilidad disciplinaria.

1. De la responsabilidad fiscal

La Constitución Política de Colombia establece:

«Artículo 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.»

Respecto de las actuaciones y hechos referentes a los bienes del Estado, la responsabilidad del servidor público puede ser derivada de un proceso de responsabilidad fiscal, de un proceso penal, de un proceso disciplinario o inclusive de un proceso sancionatorio 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 al respecto:

«Artículo 7º. Pérdida, daño o deterioro de bienes. En los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables.

En los demás eventos de pérdida, daño o deterioro de este tipo de bienes, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro

de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el Código Disciplinario Único o a los delitos tipificados en la legislación penal.» (resaltamos en negrilla)

La Corte Constitucional en sentencia C-633 del 15 de agosto de 2012, al respecto dijo:

«4.3.5.4. Las disposiciones contenidas en la Ley 610 de 2000, pese a ser normas de carácter fiscal, definen en sus artículos 6 y 7, el daño patrimonial al Estado y la pérdida, daño o deterioro de bienes por causas distintas al desgaste natural, y señalaron los tipos de responsabilidad que de ellos se derivan, indicando que habrá responsabilidad fiscal cuando sean el resultado de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado o cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables. Por su parte, el inciso final del artículo 7º. prescribió que en los demás eventos en que se dé la pérdida, daño o deterioro de bienes del Estado, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el Código Disciplinario Único.

(...)

4.3.5.6. Diferentes estatutos legales y desarrollos jurisprudenciales han definido la responsabilidad de las personas por los daños ocasionados en virtud de culpa leve o grado superior de culpa^[16].

(...)

4.4. Conclusión.

(...)

(i) La responsabilidad administrativa del servidor público se basa en los principios generales del derecho que establecen la obligación de reparar el daño ocasionado con culpa, como también en las normas ordinarias y administrativas de responsabilidad extracontractual, no solo en las disposiciones sustantivas de la Ley 1476/11. De este modo, es posible iniciar o proseguir el proceso de responsabilidad allí previsto, por hechos anteriores a la vigencia de la citada Ley.»

La Ley 610 de 2000, determina respecto de la responsabilidad fiscal:

«Artículo 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. 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.

Parágrafo 1º. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.



Artículo 5º. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.»

La Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001 del 9 de agosto 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 responsabilidad fiscal, dijo:

«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.** Advertiendo 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.**» (Resaltamos en negrilla)

Posteriormente esta Alta Corte en la sentencia C-131 del 26 de febrero de 2002, dijo:

«10. Ahora bien. El proceso de responsabilidad fiscal tiene por objeto determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta causen daño al patrimonio del Estado. Ese propósito está directamente relacionado con un fin querido por el constituyente cual es el control fiscal que como función pública asignó a organismos especializados. Además, se trata de un proceso que debe sujetarse a los principios que integran el debido proceso, Artículo 29 de la Carta, y a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que, según el Artículo 209, orientan la función administrativa. En ese marco, es claro que el proceso de responsabilidad fiscal debe adelantarse reconociendo los contenidos del debido proceso pero atemperándolos a la naturaleza administrativa y resarcitoria que le caracteriza y a los principios administrativos que lo orientan.

De esa naturaleza y de esos principios se infiere que la responsabilidad que se discute es patrimonial mas no sancionatoria pues lo que se pretende es la reparación del daño causado al patrimonio del Estado y no derivar responsabilidades judiciales por faltas cometidas. Si así fuera, el legislador se encontraría en el deber de establecer mecanismos que permitan un mayor ejercicio de las garantías que integran el debido proceso pues las graves implicaciones de una actuación que conlleve responsabilidad judicial exigirían equilibrar la relación procesal para que el investigado no esté en desventaja frente a quien lo investiga. No obstante, como esa no es la situación que se presenta en el

proceso de responsabilidad fiscal, la atribución de una naturaleza facultativa al derecho a la defensa técnica en la exposición libre y espontánea no rompe el equilibrio procesal ni coloca al investigado en situación de desventaja frente a la administración.

Por otra parte, la responsabilidad que se debate en los procesos fiscales remite a manejos técnicos que son muy conocidos por el servidor público o el particular que ha desempeñado gestión fiscal pues ese conocimiento está ligado a las calidades requeridas para el acceso a la función pública relacionada con la gestión de bienes estatales. De allí que ese conocimiento privilegiado le permita entender la imputación de que es objeto y controvertirla para oponer sus razones a las del investigador con miras a una decisión favorable a sus intereses. Y es claro que ante tal panorama la asistencia de un apoderado en esa diligencia no se muestra como un mecanismo imprescindible para la realización del derecho de defensa.»

Así mismo, en la sentencia C-832 del 8 de octubre de 2002, se refirió sobre las características de la responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

«Ahora bien, la responsabilidad fiscal que pueda establecerse en dichos procesos, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación en repetidas ocasiones a partir del examen de la Constitución y la ley^[26] tiene las siguientes características:

a) Necesariamente se deriva del ejercicio de una gestión fiscal. La responsabilidad fiscal de acuerdo con el numeral 5° del artículo 268 constitucional únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición. No sobra recordar en ese orden de ideas que la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000^[27], norma que regula actualmente la materia, bajo el entendido de que los actos que materialicen la responsabilidad fiscal comporten una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal^[28].

(...)

b) Es de carácter subjetivo. Para deducirla es necesario en efecto determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. En este sentido cabe recordar que como lo señalan los artículos 4° y 5° de la ley 610 de 2000, 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 y que para que ella se configure debe existir un nexo causal entre dicha conducta dolosa o culposa y el daño patrimonial al Estado^[29]. De lo cual se colige que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

c) Es patrimonial y no sancionatoria. En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. En este sentido como lo explicó esta Corporación al declarar la exequibilidad de la expresión "mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal" contenida en el artículo 4° de la Ley 610 de 2000, el perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado, es decir, el Estado, quede indemne, esto es, como si

el perjuicio nunca hubiera ocurrido.

(...)

d) Es independiente y autónoma de otros tipos de responsabilidad. La responsabilidad fiscal es distinta de la responsabilidad disciplinaria o de la responsabilidad penal que pueda generarse por la comisión de los mismos hechos que se encuentran en el origen del daño causado al patrimonio del Estado, que debe ser resarcido por quien en ejercicio de gestión fiscal actúa con dolo o culpa. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque la Corte ha advertido que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de un proceso fiscal^[32].

Cabe hacer énfasis de manera particular en que los bienes jurídicos protegidos por cada tipo de responsabilidad son diferentes y que los objetivos perseguidos en cada caso son igualmente diversos.

En este sentido cabe recordar que contrariamente a lo que sucede en materia penal en donde la reparación de los perjuicios ocasionados al patrimonio estatal no genera la cesación de procedimiento o la absolución por la conducta punible atribuida al servidor, en cuanto lo que se censura es la vulneración del bien jurídico protegido por el derecho penal, -a saber en materia de peculado, la administración pública-, en el ámbito fiscal la acción respectiva podrá cesar si se demuestra que el daño investigado ha sido resarcido totalmente (artículo 16 de la Ley 610 de 2000)^[33].

e) Dicha responsabilidad se declara en un proceso de naturaleza administrativa^[34]. En este sentido 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 en lo contencioso administrativo^[35]. Cabe recordar además que en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales las normas vigentes consagran el grado de consulta ante el superior funcional o jerárquico del servidor encargado de determinar la responsabilidad fiscal cuando se 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^[36].

f) En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se debe respetar el debido proceso.» (Resaltamos en negrilla)

En la reciente sentencia C-091 del 10 de marzo de 2022, respecto de la responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional, manifestó:

«106. En concreto, la responsabilidad fiscal ha sido definida como una imputación hecha por los órganos de control fiscal, que tiene por objeto examinar la viabilidad de imponer a quien funge como gestor fiscal la obligación de resarcir los daños que, con su proceder, ha ocasionado al patrimonio público^[47]. Según se sigue de lo anterior, «[e]sta responsabilidad tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado»^[48]. La índole que le ha sido otorgada en el ordenamiento es de carácter resarcitorio, pues procura, únicamente, conseguir la «reparación de los daños que [el erario] haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos»^[49]. Carece, entonces, de un carácter sancionatorio, pues la suma dineraria que impone la decisión con responsabilidad fiscal no pretende disciplinar o al

sujeto^[50].»

En cuanto a la responsabilidad fiscal, este Despacho en el concepto 110.082.2023 (radicado 1102-202302668 del 27 de septiembre de 2023) se pronunció de manera amplia. De este traemos a colación los siguientes apartes:

«Las disposiciones relacionadas son claras al indicar que la responsabilidad fiscal recae sobre las personas que ejercen la gestión fiscal

(...)

Ahora bien, de acuerdo con las disposiciones normativas se tiene que, la responsabilidad fiscal se tiene cuando el servidor público o particular que ejerce gestión fiscal, con su actuación produce daño al patrimonio por su gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna

Por lo anterior, será el órgano de control fiscal respectivo quién deberá determinar a las luces de la Constitución, la ley, el reglamento, el manual de funciones y/o el contrato respectivo, en primer lugar, si se trata de un hecho que 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.

3. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, se concluye lo siguiente:

- i. Gestión fiscal es toda actividad económica, jurídica y/o tecnológica adelantada por el servidor público o el particular en ejercicio de la potestad o competencia legal, funcional o contractual de gestor fiscal.
- 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.»

De acuerdo con lo anotado hasta el momento, podemos concluir que la responsabilidad fiscal es aquella establecida a través del proceso de responsabilidad fiscal respecto del gestor fiscal - funcionario público o particular- que con su actuar en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, ha causado un daño al patrimonio público y que, por tanto, debe resarcirlo de manera integral.

2. La responsabilidad administrativa

Tal como se anotó en el punto anterior, la responsabilidad administrativa por hechos referentes a la gestión de los bienes públicos también puede ser derivada de un proceso sancionatorio. Al respecto la Ley 42 de 1993 «Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen», establece:

«Artículo 100. **Los contralores podrán amonestar o llamar la atención a cualquier** entidad de la administración, **servidor público**, particular o entidad que maneje fondos o bienes del Estado, **cuando consideren**, con base en los resultados de la vigilancia fiscal **que han obrado contrariando los principios establecidos en el artículo 9° de la presente Ley**, así como por obstaculizar las investigaciones y actuaciones que adelanten las contralorías, sin perjuicio de las demás acciones a que pueda haber lugar por los mismos hechos.

ARTÍCULO 101. **Los contralores impondrán multas a los servidores públicos y particulares** que manejen fondos **o bienes del Estado**, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes no comparezcan a las citaciones que en forma escrita les hagan las contralorías; no rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas; incurrirán reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas e informes; se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas; de cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas; teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida; no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías; no cumplan con las obligaciones fiscales y cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello.
(...)» (Resaltamos en negrilla)

Considera este Despacho que este artículo debe ser armonizado con el artículo 3º del Decreto-Ley 403 de 2020 «Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal» que establece:

«Artículo 3. Principios de la vigilancia y el control fiscal. La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:

a) Eficiencia: En virtud de este principio, se debe buscar la máxima racionalidad en la relación costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores.

b) Eficacia: En virtud de este principio, los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos.

c) Equidad: En virtud de este principio, la vigilancia fiscal debe propender por medir el impacto redistributivo que tiene la gestión fiscal, tanto para los receptores del bien o servicio público considerados de manera individual, colectivo, o por sector económico o social, como para las entidades o sectores que asumen su costo.

d) Economía: En virtud de este principio, la gestión fiscal debe realizarse con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados.

(...))»

Así entonces se tiene que, al funcionario público se le puede endilgar responsabilidad administrativa a través de un proceso sancionatorio fiscal cuando su actuar respecto de los bienes del Estado son manejados o administrados con desconocimiento de los principios que rigen la vigilancia y el control fiscal como lo son la eficiencia, la eficacia, la economía y la equidad, entre otros.

Esta responsabilidad administrativa al provenir de un proceso sancionatorio fiscal tiene como sanciones las establecidas en la precitada Ley 42 de 1993, toda vez que los hechos no comportan detrimento patrimonial, pues de serlo, el proceso a adelantar sería el de responsabilidad fiscal.

3. La responsabilidad disciplinaria:

La responsabilidad disciplinaria es aquella proveniente del acaecimiento de falta disciplinaria, la cual es definida en el artículo 26 de la Ley 1952 de 2019 «Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario», así:

«Artículo 26. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley.»

El Consejo de Estado en múltiples sentencias se ha pronunciado respecto de la responsabilidad disciplinaria. Veamos algunas:

Sentencia del 23 de agosto de 2018, proferida en el radicado 2013-01174-00(2873-13) por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado:

«Cabe aclarar, que el ejercicio de la función pública, se funda en el derecho positivo, por lo que el

legislador ha regulado la responsabilidad que le atañe a cada uno de los sujetos activos de la acción disciplinaria en desarrollo de las funciones propias de su cargo, con ocasión o desarrollo del servicio, preceptos que también deben guardar armonía con otros campos como el penal y el fiscal, no obstante ser autónomos e independientes, y respetar las garantías de orden sustantivo y procesal consagradas constitucional y legalmente. [...]»

La Subsección B de la Sección Segunda de Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 14 de agosto de 2020 dentro de la radicación 25000-23-42-000-2017-00876-01(4811-19), concluyó:

«2.5 CONCLUSIÓN

Así pues, esta Sala de decisión reitera que los servidores públicos del Estado desempeñan sus deberes funcionales con sujeción a la Constitución, la Ley y los reglamentos que regulan su actividad y el incumplimiento de los mismos genera responsabilidad.»

Sentencia del 21 de agosto de 2020 dentro de la radicación 11001-03-25-000-2012-00406-00(1564-12) de la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo:

«En materia disciplinaria la responsabilidad implica el análisis de la conducta del sujeto disciplinable desde tres (3) diversos factores a saber, la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad, los cuales por el diseño y estructura del derecho disciplinario adquieren connotaciones especiales diferentes a los decantados por otras manifestaciones del ius puniendi del Estado.

En cuanto a la tipicidad, la ley determina que el operador disciplinario debe identificar la conducta del sujeto disciplinable (imputación fáctica) y analizarla jurídicamente (imputación jurídica) a efectos de establecer si: i) constituye infracción de una norma de comportamiento, esto es, si generó: a) una infracción a un deber, b) una infracción a una obligación o c) una extralimitación de funciones previamente establecidas en la constitución, la ley o el reglamento, y ii) si esta, de conformidad con la “clasificación de las faltas” (gravísima, grave o leve), constituye una falta disciplinaria atendiendo a un listado taxativo –para las faltas gravísimas- y a unos “criterios de gravedad o levedad” –para las faltas graves y leves-.

(...)

La antijuridicidad por su parte, de acuerdo con la ley disciplinaria, analiza la conducta del sujeto disciplinable desde una perspectiva diferente a la de la tipicidad, esto es desde la justeza de la misma. Esta es descrita por la norma disciplinaria como la “ilicitud sustancial” que se traduce en una afectación del “deber funcional sin justificación alguna”, es decir, este elemento a diferencia de otras disciplinas del ius puniendi –como el derecho penal - no responde a la magnitud o gravedad del daño producido con la conducta sino a la existencia de la afectación de la función (independiente de si esta afectación es grave o no) y a la existencia o no de justificación para la misma, con base –entre otras- en las causales de justificación preestablecidas por el legislador.

(...)

El tercer factor de la responsabilidad disciplinaria es la culpabilidad, bajo la cual se analiza la conducta desde una perspectiva subjetiva, esto es, desde la evaluación de la voluntad y el conocimiento del sujeto disciplinable al momento encaminar su actuación.»



Se tiene entonces que, la falta disciplinaria se configura por el incumplimiento de deberes, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, la realización de prohibiciones y la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses. En el catálogo de estas conductas contenidas en los artículos 37 (derechos), 38 (deberes), 39 (prohibiciones) y 40 a 45 (inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses) y de las faltas gravísimas contempladas en los artículos 52 a 66 de la Ley 1952 de 2019 no encontramos ninguna falta con relación expresa al detrimento patrimonial, pero sí, algunas referentes al manejo de los bienes públicos:

«Artículo 38. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

(...)

4. Formular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos.

(...)

17. Permitir a los representantes del Ministerio Público, fiscales, jueces y demás autoridades competentes el acceso inmediato a los lugares donde deban adelantar sus actuaciones e investigaciones y el examen de los libros de registro, documentos y diligencias correspondientes. Así mismo, prestarles la colaboración necesaria para el desempeño de sus funciones.

(...)

22. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.

23. Responder por la conservación de los útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta oportuna de su utilización.

(...)

30. Ordenar, en su condición de jefe inmediato, adelantar el trámite de jurisdicción coactiva en la respectiva entidad, para el cobro de la sanción de multa, cuando el pago no se hubiere efectuado oportunamente.

31. Ejercer, dentro de los términos legales, la jurisdicción coactiva para el cobro de las sanciones de multa.

(...)

Artículo 39. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los Tratados Internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

(...)

12. Ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones.

(...))»

«Artículo 54. Faltas relacionadas con la Contratación Pública. (todas)

Artículo 55. Faltas relacionadas con el servicio o la función pública.

(...)

11. Adoptar decisión administrativa o concepto técnico o jurídico con el fin de favorecer intereses propios o ajenos, en contravía del bien co-mún o del ordenamiento jurídico, u obligar a otro servidor público para que realice dicha conducta.

(...))»

«Artículo 57. Faltas relacionadas con la hacienda pública.» (todas)

«Artículo 62. Faltas relacionadas con la moralidad pública.

1. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

(...)

8. Influir en otro servidor público o particular que ejerza función pública, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita.

(...))»

«Artículo 65. Faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él.»

La Corte Constitucional en la sentencia C-699 del 18 de noviembre de 2015 sobre la falta disciplinaria, manifestó:

«En la Sentencia C-404 de 2001, la Corte sostuvo que las faltas disciplinarias que consagren tipos abiertos o en blanco son constitucionalmente admisibles. Este concepto jurídico alude a aquellas infracciones que, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos.

La admisibilidad de “tipos abiertos” en el derecho sancionatorio corresponde, también, según lo



señalado en la Sentencia C-948 de 2002, a la necesidad de salvaguardar el principio de eficiencia en la función pública, establecido en el artículo 209 Superior. A la luz de este principio, exigir una descripción detallada en la ley de todos los comportamientos susceptibles de sanción, conduciría en la práctica a tener que transcribir todo el catálogo de deberes, mandatos y prohibiciones que se imponen en las distintas normas jurídicas, convirtiéndose dicha exigencia en un obstáculo para el cumplimiento de los fines del Estado.»

El conocimiento de los procesos disciplinarios y por consiguiente del establecimiento de la responsabilidad disciplinaria corresponde a la Procuraduría General de la República, a las personerías distritales y municipales, a las oficinas de control disciplinario interno de las entidades, a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial y demás funcionarios con potestad disciplinaria, tal como lo establecen los incisos cuarto y quinto del artículo 2º de la Ley 1952 de 2019:

«Artículo 2º. Titularidad de la potestad disciplinaria, funciones jurisdiccionales de la Procuraduría General de la Nación e independencia de la acción. El Estado es el titular de la potestad disciplinaria.
(...)

Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

A la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial les corresponde ejercer la acción disciplinaria contra los funcionarios y empleados judiciales, incluidos los de la Fiscalía General de la Nación, así como contra los particulares disciplinables conforme a esta ley y demás autoridades que administran justicia de manera temporal permanente.

(...»

4. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, se concluye lo siguiente:

- i. La responsabilidad fiscal es aquella en que incurre el servidor público o particular que por su acción u omisión en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, produce un daño o detrimento al patrimonio estatal, lo cual es determinado a través del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por los órganos de control fiscal.

La determinación de esta responsabilidad tiene por objeto el resarcimiento del patrimonio público afectado.

- ii. Una de las responsabilidades administrativas es aquella que resulta del proceso administrativo sancionatorio fiscal adelantado por el órgano de control fiscal en contra del servidor público o

particular que, en el manejo de bienes públicos, ha obrado de manera contraria a los principios de la vigilancia y el control fiscal tales como la eficiencia, la eficacia, la economía y la equidad.

La determinación de esta responsabilidad conlleva las sanciones establecidas en la Ley 42 de 1993.

- iii. La responsabilidad disciplinaria recae en el servidor público y en el particular determinado en la ley cuando incurre en falta proveniente del incumplimiento de los deberes, la exlimitación en el ejercicio de derechos y funciones, la realización de prohibiciones y la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

De acuerdo con la gravedad de la falta cometida y el grado de culpa, la responsabilidad disciplinaria decretada trae como consecuencia para el disciplinado la destitución e inhabilidad general, la suspensión en el ejercicio del cargo, la multa o la amonestación escrita.

La responsabilidad disciplinaria será establecida a través del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación, las personerías distritales o municipales, las oficinas de control disciplinario interno de las entidades públicas, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, o por el funcionario investido de potestad disciplinaria.

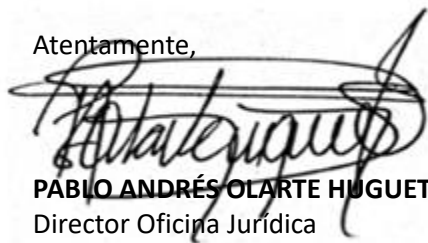
En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula 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'**» (Resaltamos en negrilla)

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 fljimenez@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 ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 331ff925. 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 Cargo
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro – Profesional Especializado Grado 4
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet – Director Oficina Jurídica
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet – Director Oficina Jurídica
<i>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.</i>	