



Bogotá D.C.,
110.

Doctora
MARIA PAULA DUQUE LEON
m.pauladuquel@gmail.com
Bogotá D.C.

Referencia: Concepto: 110.075.2023
 SIA-ATC No. 012023000605.
 1. *De la facultad de delegación del representante legal*
 2. *De la gestión fiscal*

Respetada Doctora Duque,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del 1 de agosto de 2023, radicado bajo el SIA-ATC. No. 012023000605 (Cod. 02331202301936), en el que hace la siguiente consulta:

«En el evento que el representante legal de una entidad estatal haga uso de la facultad de delegación del gasto, en materias diferentes a la contratación estatal, en donde la delegación no exime de responsabilidad al delegante, puede ser considerado como gestor fiscal dicho representante (sic) legal de cara a una eventual responsabilidad fiscal? (sic)»

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», 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 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 problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes al tema que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir un concepto consolidado de manera general y abstracta.

1. De la facultad de delegación del representante legal

El artículo 211 de la Constitución Política de Colombia, indica:

«ARTÍCULO 211. La ley señalará las funciones que el presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. **Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.**

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.»
(Negrilla fuera de texto)

La Ley 489 de 1998 «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el

ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.»), establece:

«**ARTÍCULO 9.- Delegación.** Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente Ley.

PARÁGRAFO. – Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente Ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.»

Al mismo tiempo la norma señala las funciones que no son susceptibles de delegación:

«**ARTÍCULO 11. Funciones que no se pueden delegar.** Sin perjuicio de los que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.»

La Sala de lo Contencioso Administrativo sección segunda subsección “A” del Consejo de Estado con Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero en decisión del 26 de julio de 2012 dentro del radicado 76001-23-31-000-2001-04231-02(1558-09) define la delegación como:

«Como es sabido, la delegación es un **fenómeno de transferencia de competencias a personas o funcionarios para que actúen de manera independiente y definitiva**, pudiendo el delegante reasumir la competencia y revocar la decisión, según lo determine la ley que lo permita. **La titularidad de la función no se pierde por parte del delegante y tampoco se rompe con su responsabilidad**, que se radica entonces tanto quien la delega como en quien se delega.» (Negrilla propia)

De acuerdo con lo anterior, la delegación de funciones consiste en gran medida en la acción de facultar a otra entidad o funcionario conforme previa autorización legal por medio de un acto administrativo emitido por una autoridad administrativa.

Señala la Constitución Política de Colombia en su artículo 211 que si bien la delegación exige de responsabilidad al delegante y el deber recae sobre el delegatario el primero puede en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario. En este sentido, en armonía con lo señalado por el Consejo de Estado «la titularidad de la función no se pierde por parte del delegante y tampoco se rompe con su responsabilidad.»

Ahora bien, en sentencia C-372 de 2002¹ se refiere a la improcedencia de la delegación así:

«(...) d. Improcedencia de la delegación. Hay funciones cuyo ejercicio es indelegable, sea porque hay restricción expresa sobre la materia o porque la naturaleza de la función no admite la delegación. Un ejemplo de restricción expresa en materia de delegación se encuentra en la prohibición para que el vicepresidente de la República asuma funciones de ministro delegatario (C.P., art. 202). También resulta improcedente la delegación para el ejercicio de la actividad o la competencia de la integridad de la investidura presidencial o cuando la delegación supone transferir aquellas atribuciones que atañen con el señalamiento de las grandes directrices, orientaciones y la fijación de políticas generales que corresponden como jefe superior de la entidad estatal “pues, lo que realmente debe ser objeto de delegación, son las funciones de mera ejecución, instrumentales u operativas. (...)»

2. De la gestión fiscal

El artículo 3 de la ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» es precisa en lo referente a la gestión fiscal al señalar:

«**Artículo 3°. 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. »

Así pues, la misma norma en los artículos 4 y 5 indica:

«**Artículo 4°. 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 1°. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

cualquier otra clase de responsabilidad.

Artículo 5°. 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.»

De acuerdo a lo expuesto, es preciso indicar que el proceso de 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, siendo necesario un nexo causal entre el daño patrimonial al estado y la conducta del respectivo gestor fiscal.

Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto al tema consultado, es dable concluir:

- i. La delegación es la facultad que tiene una autoridad administrativa para transferir competencias a funcionarios subalternos siempre y cuando la ley haya autorizado establecido expresamente esta posibilidad respecto de las funciones a delegar, pudiendo el delegante reasumir la competencia.
- ii. La gestión fiscal la adelantan los gestores fiscales que de acuerdo con el artículo 3 de la ley 610 de 2000 son aquellos servidores públicos o personas del derecho privado que administren o manejen recursos o fondos públicos. Por tanto, es necesario reconocer que al hablar de gestor fiscal no se habla de un cargo en particular o un rol específico dentro de las entidades, sino que se refiere a unas funciones de veeduría, respaldo, control, conservación, gestión y ordenación de los recursos públicos, funciones a cargo de quienes administran tales recursos.
- iii. El proceso de responsabilidad fiscal busca resarcir los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, por lo tanto, en cada caso en particular, será necesario por parte del respectivo ente de control el examinar al detalle la conducta del gestor fiscal, a fin de determinar si existe un nexo causal entre el daño al erario y la conducta del gestor, debiendo establecer la responsabilidad de quienes ejercieron la gestión fiscal reprochada más allá de si actuaron como delegantes o delegatarios.

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

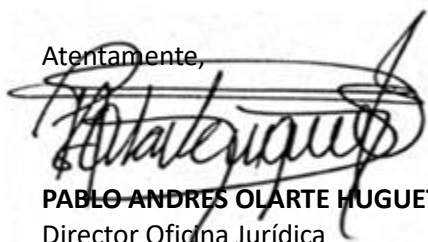
Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«... 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: c3bd952b, 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
Transcrito por:	Juan David Sinisterra Perlaza
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
<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>	