

Bogotá D.C.,
110.

Doctor

JHONY ALEXANDER MORENO MONTOYA

Secretaría de Desarrollo Institucional

Alcaldía de Villavicencio

Correo electrónico: apoyoalagestion@villavicencio.gov.co

Villavicencio - Meta



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202400810
Fecha: 21 de marzo de 2024 01:48:43 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Secretaría de Desarrollo Institucional -Alcaldía
de Villavicencio-

Referencia: Concepto No. 110.021.2024
SIA-ATC No. 012024000190

1. *De los convenios interadministrativos y su alcance.*
2. *De las competencias y autonomía administrativa de las contralorías territoriales.*
3. *Del daño fiscal.*

Estimado Doctor Moreno;

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del día 21 de febrero del 2024, radicado bajo el SIA-ATC No. 012024000190 (código interno 2101-202400476), en el que hace la siguiente consulta:

- «(...) 1. *¿Es viable jurídicamente (sic) el convenio 3548 2022 suscrito entre el Municipio de Villavicencio y la contraloría Municipal de Villavicencio?*
2. *¿Existía o existe un deber legal (sic) para dar cumplimiento a lo solicitado por parte de la Contraloría Municipal de Villavicencio en el marco del Convenio 3548 de 2022?*
3. *¿Es posible dar cumplimiento a las solicitudes hechas por parte de la Contraloría Municipal de Villavicencio dentro del marco del convenio 3548 de 2022, teniendo en cuenta que, para dar cumplimiento a estas solicitudes, éstas se realizaran por gastos de funcionamiento, conforme a la existencia de disponibilidad de recurso?*
4. *¿Existiría algún detrimento fiscal en caso de dar cumplimiento a lo solicitado por la Contraloría Municipal de Villavicencio dentro del marco del convenio 3548 de 2022 al tener la contraloría autonomía financiera?*
5. *¿Existiría un presunto conflicto de intereses o afectaría la objetividad y demás principios de la Contraloría Municipal de Villavicencio si se cumple con la solicitudes realizadas por la Contraloría dentro del marco del convenio 3548 de 2022, teniendo en cuenta la Alcaldía de Villavicencio es sujeto de control por parte de la Contraloría de Villavicencio? (...)*».

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 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 que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir un concepto consolidado de manera general y abstracta.

1. DE LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS Y SU ALCANCE:

Este Despacho estima necesario precisar sobre el marco normativo que regula los convenios interadministrativos, reglamentados por la Ley 489 de 1998² en su artículo 14, y que en sentido amplio se convierten en los instrumentos idóneos, para llevar a cabo y ejecutar, de manera eficiente y eficaz los mandatos normativos de manera coordinada con base en las funciones que sean interrelacionadas o complementarias entre las entidades u organismos.

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3

² 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.



Los convenios interadministrativos son herramientas del derecho público, especialmente de la rama del derecho administrativo³, cuya finalidad consiste en facilitar y convertirse, en un medio idóneo para agilizar y hacer viable y expedita la contratación entre entidades públicas, de forma excepcional, si puede llamarse de esta forma, a la regla general que existe para las demás modalidades de contratación, que se encuentran en la Ley 80 de 1993.

Dichos convenios interadministrativos, permiten acorde al espíritu de la norma Ley 489, que se transferencia de competencias entre entidades estatales, para cumplir con los fines esenciales del Estado en relación con la actividad pública, lo anterior de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2 de la Constitución Política.

Seguidamente el inciso final del artículo 14 de la citada ley, afirma que: «(...) Estos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos».

Sobre el tema consultado, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-671/15, se pronunció sobre la regulación de los convenios interadministrativos, en las siguientes partes:

«(...)

3.1.2.2. La regulación de los contratos o convenios interadministrativos

Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública.

El convenio interadministrativo fue consagrado en los Artículos 95 y 96 de 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:", como un negocio jurídico bilateral en virtud del cual la administración se vincula con otra entidad pública en el marco de la función administrativa de que trata el Artículo 209 de la Constitución para que mediante instrumentos de cooperación se cumpla el interés general:

"Artículo 95º.- Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de sus entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán

³ Sobre los referidos convenios véase la referencia que consagra el artículo 7 del Decreto Nacional 855 de 1994, cuyo tenor es el siguiente: "Los contratos interadministrativos, es decir, aquellos que celebren entre sí las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, con excepción de los contratos de seguro, encargo fiduciario y fiducia pública, se celebrarán directamente. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal."



integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.”

(...)

“**Artículo 96º.**- Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- a. Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;
- b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;
- c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;
- d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;
- e. La duración de la asociación y las causales de disolución.”»

En ese sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil⁴ del Consejo de Estado, en concepto rad. interno: 2489 número único: 11001-03-06-000-2022-00250-00, Consejera Ponente: MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA, señaló:

«(...)

b. Los convenios interadministrativos

La nota distintiva de los convenios interadministrativos la constituye la concurrencia de dos o más entidades estatales para la realización de fines comunes a ambas partes, respecto de los cuales, cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales.

⁴ Referencia: Actuaciones administrativas que deben surtirse con ocasión de la orden impartida por la Corte Constitucional en sentencia C-153 de 2022, respecto de los convenios interadministrativos celebrados al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021



Se da en el marco de un ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias.

Se habla de cooperación, porque la entidad pública celebra el convenio cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas.

Esa finalidad común y ánimo de cooperación se dan en el ámbito de un paralelismo de intereses, por lo que no existe preeminencia de ninguna de las partes, sino más bien, las relaciones se desarrollan en un plano de igualdad o equivalencia, esto es, sin que existan prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

En el Concepto 1881 del 30 de abril de 2008, esta Sala afirmó que, es de la esencia del convenio interadministrativo que cada una de las entidades parte realice los cometidos estatales a su cargo, «[p]ues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios».

Desde luego, en los convenios interadministrativos propiamente dichos es posible que cada entidad incurra en costos y gastos para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos para con la otra, razón por la cual bien pueden comprender la asunción de aportes económicos o financieros, pero sin que su objeto esencial lo constituyan prestaciones propias de los contratos interadministrativos o el pago de un precio o una remuneración.

En todo caso, es preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política (moralidad, economía, celeridad, entre otros)».

Mencionado lo anterior, este Despacho carece de la competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los convenios interadministrativo celebrados entre las partes, con el carácter orientativo, se concluye que el convenio interadministrativo tiene por objeto coordinar en forma armónica la cooperación administrativas entre dos o más entidades públicas, siempre y cuando exista relación de funcionalidad coherente entre las mismas, dicho en otras palabras, que se comparta las competencias y/o facultades legales asignadas a ambos entes territoriales, por lo que debe mediar un plano de equidad y de igualdad recíproco, por consiguiente, no existe relación de conexidad entre ambas entidades territoriales en relación a sus funciones, en tal medida se podría llegar a presentar un desequilibrio económico y financiero, mencionado lo anterior, el convenio se debe ceñir en estricto sentido al cumplimiento de los principios orientadores de la función pública (Art. 209 C.P.).

2. DE LAS COMPETENCIAS Y AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA DE LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES:

Previo a entrar a realizar un análisis jurídico sobre el daño patrimonial como elemento estructural de responsabilidad fiscal, se estima pertinente traer a colación los presupuestos constitucionales, legales y reglamentarios que les asigna competencias y la autonomía administrativa a las contralorías territoriales del país, en el siguientes contexto normativo:



La Constitución Política, en calidad de Norma Superior, estableció en su artículo 272 modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 04 de 2019, las facultades y/o competencias asignadas a las contralorías territoriales, así:

«Artículo 272° *La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.*

La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.

(...) las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal (...). (Negrilla fuera de texto).

De la norma constitucional citada en líneas anteriores, se logra inferir que el control fiscal es una función pública que dentro del ámbito de sus jurisdicciones, ejercida por las contralorías de las entidades territoriales «departamentales, municipales y distritales». Así las cosas, estos entes de control tiene asignadas unas competencias por el mandato legal vigente, en tal medida, la constituyente de 1991 las clasifica en su «Título X» como: organismos de control de carácter técnico que cuentan con autonomía administrativa y presupuestal para ejercer la vigilancia del control fiscal, sin desconocer el la potestad concurrente integral o selectiva atribuida al Despacho del Contralor General de la República, en términos de lo reglamentado por del Decreto Ley No. 403-2020.

Seguidamente, el mencionado Decreto Ley 403-2020⁵ el Título II, Capítulo I⁶ en su artículo 4, estableció el ámbito de competencia de las contralorías territoriales:

«ARTÍCULO 4° ÁMBITO DE COMPETENCIA DE LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES: Las contralorías territoriales vigilan y controlan la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios y demás entidades del orden territorial, así como a los demás sujetos de control dentro de su respectiva jurisdicción, en relación con los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales según el orden al que pertenezcan, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley; en forma concurrente con la Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto ley y en las disposiciones que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan (...). (Subrayas fuera de texto).

«ARTÍCULO 5° INDEPENDENCIA TÉCNICA DE LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES: Las actividades, acciones y objetos de control serán establecidos con independencia técnica por las contralorías territoriales, sin perjuicio de la colaboración técnica que puede existir entre ellas.

Los contralores territoriales **podrán prescribir los procedimientos técnicos de control, los métodos y la forma de rendir cuentas por parte de los responsables del manejo de fondos o bienes públicos e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse dentro de su área de competencia;**

⁵ «Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal»

⁶ DISPOSICIONES GENERALES PARA EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS DE LAS CONTRALORÍAS.



sin perjuicio de la facultad de unificación y estandarización de la vigilancia y control fiscal que le corresponde al Contralor General de la República, la cual tiene carácter vinculante para las contralorías territoriales». (Subrayas y Negritas fuera de texto).

Respecto de la naturaleza, autonomía e independencia de las Contralorías Departamentales, la Corte Constitucional, se pronunció recientemente mediante la Sentencia C-376/22, Magistrado Ponente: JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR, de la que se destacan los siguientes apartes de su relatoría:

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL-Naturaleza / CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL-Objetivo

«Las contralorías departamentales son organismos de control autónomos e independientes que no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público. Su existencia responde al sistema de pesos y contrapesos que el Constituyente diseñó respecto de la estructura del Estado en la Carta Política de 1991. Tienen como propósito ejercer la vigilancia y control fiscal en los departamentos en donde están constituidas. Se trata de órganos técnicos, dotados de autonomía administrativa y presupuestal, los cuales deben ser fiscalmente sostenibles. Estas contralorías deben colaborar armónicamente con las demás entidades del Estado, en el marco del ejercicio de sus funciones de vigilancia y control del erario».

(...)

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL- Autonomía e independencia

«(...) las contralorías departamentales son órganos de control que ostentan autonomía e independencia. La autonomía se refiere a la capacidad de ejercer su función de control fiscal a través de una administración y presupuesto propios. También implica, en principio, que el servidor público que dirige el órgano de control no sea designado ni pueda ser removido por funcionarios pertenecientes a las entidades a las que está llamado a vigilar, así como que los actos mediante los cuales se ejerce la vigilancia fiscal no estén supeditados a la aprobación o revisión de los entes vigilados. Por su parte, la independencia conlleva la ausencia de injerencias externas en el desarrollo de los cometidos constitucionales asignados a esos organismos de control. Con todo, el ejercicio adecuado de la vigilancia fiscal requiere la independencia y autonomía de los órganos que la ejecutan, sin perjuicio del mandato de cooperación que deviene transversal a todas las entidades que hacen parte del Estado colombiano».

Ahora bien, la **GUÍA DE AUDITORÍA TERRITORIAL EN EL MARCO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES -ISSAI- GAT Versión 3.0⁷** (octubre de 2022), de conocimiento y competencia de las contralorías territoriales, determinó que:

«1.1.5 Independencia

⁷ «Este documento es el resultado del Convenio Interadministrativo No. 171 de marzo 1 de 2019, celebrando entre el Sistema Nacional de Control Fiscal - SINACOF y las Contralorías Territoriales dentro del marco constitucional y legal vigente. En él están suscritos, entre otros compromisos, la actualización de la Guía de Auditoría Territorial - GAT, sustituta de la versión 2012, en la cual se integran Normas Internacionales y son estandarizadas las metodologías sobre las buenas prácticas requeridas. Se trata de una tarea de modernización del control fiscal territorial, con la orientación, asesoría y acompañamiento de la Contraloría General de la República y el apoyo de la Auditoría General de la República».



(...) Las Contralorías Territoriales son órganos de control del Estado de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal para administrar sus asuntos en los términos y en las condiciones establecidas en la Constitución y en las leyes. (Ver Modelo 01- PF Declaración de independencia)»

«Las Contralorías Territoriales mantendrán su independencia en lo concerniente a:

- Selección de los sujetos, asuntos, recursos o materias que serán auditados
- Planificación, programación, ejecución, presentación de informes y seguimiento de sus auditorías
- Organización y administración
- Cumplimiento de aquellas decisiones que, de acuerdo con lo dispuesto en el mandato, conlleven la aplicación de sanciones».

Con fundamento legal en lo preceptuado, esta Oficina Jurídica, reafirma que las contralorías territoriales del país, tienen unas competencias limitadas, establecidas por el legislador Colombiano, con la misión de ejercer la vigilancia y el control la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios y demás entidades del orden territorial, en relación con los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales según el orden al que pertenezcan, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley referenciada, en todo caso, le está prohibido la coadministración con sus sujetos vigilados, pues esa situación irregular podría desencadenar en un conflicto de interés que afectaría la transparencia, la imparcialidad y la objetividad de proceso auditor. En ese sentido, los entes de control territorial, gozan de la autonomía administrativa y presupuestal para administrar sus propios asuntos, en los términos y en las condiciones establecidas en la Constitución y las leyes decantadas, aplicando los principios rectores de la vigilancia y el control fiscal (Art. 3 Decreto 403-2020), en lo concerniente a la eficacia, eficiencia, equidad, coordinación y resaltando la economía, cuyo tenor nos indica que todas las autoridades administrativas deberán proceder con austeridad en el gasto público y optimizar los recursos del Estado, actuado con diligencia, cuidado y esmero, como lo haría un buen gestor fiscal.

3. DEL DAÑO FISCAL:

El artículo 5 de la Ley 610 de 2000⁸ establece taxativamente los 3 elementos estructurales para el régimen de responsabilidad fiscal, señalando que se configuran cuando exista una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores enunciados.

Por lo anterior, es preciso indicar que en materia de responsabilidad fiscal el daño constituye uno de los elementos más polémicos y controvertidos en la acción fiscal. Así las cosas, el daño patrimonial se caracteriza por ser cierto, actual, real y cuantificable, su definición fue incorporada por el legislador en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, en los siguientes términos:

⁸ «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías».



«**Artículo 6° DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO:** Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, ~~uso indebido~~ o deterioro de los bienes o recursos públicos, ~~o a los intereses patrimoniales~~ del Estado, producida por una gestión fiscal anti-económica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público»⁹

Respecto de la naturaleza jurídica del daño patrimonial, la Corte Constitucional mediante sentencia **SU431/15**, determinó:

«(...)

El daño en el campo de la responsabilidad fiscal tiene varios rasgos especiales: Por un lado, (i) debe obedecer a una actividad propia de la gestión fiscal, dándose a entender con ello que la responsabilidad fiscal no es universal o general para todos los servidores públicos o particulares, pues aplica únicamente a los gestores fiscales como elemento orgánico; y, por otro, (ii) la conducta generadora de responsabilidad solo es aquella desarrollada de forma dolosa o gravemente culposa.

Realmente, la doctrina es uniforme en conceptuar al daño como el elemento estructural de la responsabilidad civil, circunstancia que origina similares efectos cualificadores respecto de la responsabilidad fiscal. Ahora, el daño en tanto requisito indispensable no es suficiente, pues además de su demostración precisa de los varios elementos adicionales que integran la responsabilidad patrimonial. Importante nota en el caso de la responsabilidad fiscal, ya que aquella no se consolidará ni podrá determinarse sin un daño efectivamente verificado.

Frente a las actividades especiales que generan daño, las conductas que lo determinan son aquellas caracterizadas como actividades generadoras o especies de omisiones, verbos rectores según los cuales **se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o de los intereses patrimoniales del Estado, producido por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna** que, en términos generales, no se aplique a los cometidos y fines del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto, de los sujetos de vigilancia y control.

Como elemento material del daño está el concepto de patrimonio público, que cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo. Es, si se quiere, un concepto genérico que involucra todos los bienes del Estado y que comprende en ellos los de todas las entidades, ya sea del nivel central, descentralizado o por servicios.». (Negrilla fuera de texto)

⁹ Texto tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-340-07.



Por su parte, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia rad. No. 68001-23-31-000-2010-00706-01¹⁰ Consejera Ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, en sus notas de relatorías mencionó:

«(...)

RESPONSABILIDAD FISCAL - Daño patrimonial:

[E]s indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona. En el presente caso, no existe duda, ni siquiera por parte de la actora de que en efecto hubo un daño patrimonial al Estado [...].»

De igual forma, la Contraloría General de la República, se ha pronunciado recientemente en el concepto CGR-OJ-065-2022, indicó:

«En el ámbito de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, se encuentra que los elementos que integran la responsabilidad fiscal son: - Una conducta dolosa o gravemente culposa, - Un daño patrimonial al Estado y - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores. Por ende, en materia de responsabilidad fiscal, el daño constituye uno de sus elementos estructurales, el cual puede ser ocasionado por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o gravemente culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento del patrimonio público.

De manera que, cuando se advierta la ocurrencia de un daño patrimonial al Estado, procede el inicio del proceso de responsabilidad fiscal, con la finalidad de identificar e individualizar a los responsables del mismo, determinar el nexo de causalidad que exista entre la conducta desplegada por los autores y el daño causado, así como lograr su resarcimiento.»

En ese contexto es preciso traer a colación lo recientemente señalado por este Despacho en el marco del Concepto No. 110.031.2023, donde se destaca el siguiente argumento:

«Se tiene entonces que el daño se origina o es el efecto de la realización u omisión de un hecho, es decir, que el hecho es la causa del daño, siendo aquel cualquier evento, suceso, acto o acción que lleva a la producción del daño. Así lo anotó esta Oficina como en el concepto 110.032.2010 (Radicado 20101100045321 del 13 de agosto de 2010):

¹⁰ Fecha: Dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017).



«De manera que un hecho generador de daño patrimonial sería cualquiera evento causado por un gestor fiscal que, de manera anormal produzca ciertamente un menoscabo, disminución, perjuicio, pérdida o deterioro determinado o determinable por los medios probatorios idóneos».

De lo anterior expuesto, se tiene que el elemento daño, es la consecuencia de la realización u omisión de un hecho que genera una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, dando como resultados negativos, una lesión al patrimonio público (erario), que recae sobre los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado, ya sea por su menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de ellos.

Bajo ese entendido, corresponderá a cada ente de control fiscal, en el marco de sus competencias funcionales, valorar los hechos y acervo probatorio de cada caso particular y concreto, con el fin de determinar la existencia o no del daño y en dado caso adelantar los procesos de responsabilidad fiscal si a ello hubiere lugar.

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 "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 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,




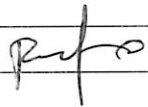
seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña: **770f8927**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra 
Revisado por:	Roque Luis Conrado Imitola 
Aprobado por	Roque Luis Conrado Imitola

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.