



Radicado No: 2020110027821

Fecha: 13-10-2020

Bogotá D. C.,
110.

Señora
ELIZA MONTOYA DIAZ
Email: lilomd20@gmail.com
Medellin - Antioquia
E. S. M.

Referencia: Concepto: 110.53.2020
SIA-ATC. No. 012020000540
Responsabilidad Fiscal del contratista en calidad de gestor fiscal.

Respetada señora Eliza,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del día 27 de agosto de 2020, radicado bajo el SIA-ATC. 012020000540, en el que hace la siguiente consulta:

(...) solicita que se informe y remita copia en medio magnético o físico, decisiones y conceptos que traten o aborden el tema de sobre la responsabilidad fiscal del contratista en calidad de gestor fiscal en el marco de la Contratación Estatal en Colombia

(...) se brinde información estadística sobre procesos de responsabilidad fiscal donde se adelantan contra contratistas en calidad de gestor fiscal entre los años 2011 a la fecha en su Contralorías en las contralorías de Antioquia, Bogotá, Valle del Cauca y de la General de la Republica. (...)"

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).

Por lo anterior y 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 contralorías, 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.

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000, *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”*, es función de la Oficina Jurídica *“Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo”*, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

El Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto Legislativo 491 de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”*, amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)

El Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 1462 del 25 de agosto de 2020, prorrogó a emergencia sanitaria por causa del covid-19, en todo el territorio nacional hasta el 30 de noviembre de 2020, en consecuencia los términos fijados en el Decreto Legislativo 491 de 2020 siguen vigentes.

Por lo anterior, este Despacho dentro de los términos legales antes señalados, procede a emitir concepto de manera general respecto de los temas contenidos en su solicitud:

1. Responsabilidad fiscal del contratista en calidad de gestor fiscal:

De las Funciones públicas confiadas a particulares en la Constitución Política de Colombia:

La posibilidad de que particulares, desarrollen funciones públicas tiene su fundamento Constitucional y se enmarca dentro del concepto de Estado Social y democrático de Derecho, participativo, en la definición y ejecución de las tareas públicas.

Asimismo, los artículos 123 y 210 de la norma Superior, señalan:

(...) Artículo 123° Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio (...) Negrilla del Despacho.

(...) Artículo 210° Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley (...). Negrilla del Despacho.

De la norma Constitucional que antecede, respecto al ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares, en el caso de los contratistas, se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 24 de agosto de 2010, dictada dentro del proceso número 31986, magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos, señaló:

(...) “El particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123- 3 y 210-2 de la C. P., puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales, ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos (...).

(...) En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público (...).”

En los términos anteriores, es claro que en estas dos disposiciones de la Carta Magna, autoriza que a juicio del legislador, algunas funciones públicas puedan ser confiadas a los particulares, los cuales, por efecto de esta delegación están sujetos a los controles y responsabilidades propias del desempeño de las mismas, para garantizar la aplicación de los principios orientadores de la función pública y/o administrativa, consagrados en el articulado 209 C.P. y por ende, la prevalencia del interés general.

Los contratistas son gestores fiscales y responden fiscalmente por la celebración de contratos estatales, cuando se genera un daño patrimonial al estado como consecuencia de una gestión irregular, por cuanto en este tipo de contratos se encuentran involucrados recursos públicos.

Con relación a la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios, es pertinente agregar la definición legal se encuentra referida en el numeral 3 del artículo 32° de la Ley 80 de octubre 28 1993 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, la cual es clara en mencionar lo siguiente:

(...) III. DEL CONTRATO ESTATAL.

Artículo 32° De Los Contratos Estatales. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable” (...).

De la disposición legal que precede, se logra inferir razonablemente que este tipo de vinculación del contratista, no genera ningún tipo de relación laboral entre las partes, ni prestaciones sociales. Por tal razón no contiene las mismas condiciones de una relación legal y reglamentaria o de un contrato netamente laboral. Por lo que carece de una relación de subordinación, no debe cumplir horario, se limita únicamente a desempeñar el objeto contractual.

De igual forma, el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de mayo 10 de 2001, radicado No: 1.344, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, refirió:

“La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96-, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente”.

A su turno, el concepto de gestión fiscal, se encuentra enmarcado en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, modificada por el 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*”:

(...) 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. (...) Cursiva del Despacho.

La Sección Primera del Consejo de Estado se manifestó en este sentido en la sentencia del 26 de agosto de 2004, en la que dijo: “que los sujetos pasivos en el proceso de responsabilidad fiscal son los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, causan un detrimento patrimonial al Estado”¹.

Igualmente, la Corte Constitucional, en la sentencia C-529 de 1993, sostuvo: “que de conformidad con la noción generalmente aceptada de que el fisco se integra por bienes o fondos públicos, cualquiera sea su origen, el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes en sus diferentes etapas de recaudo, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición”².

Es en ese orden de ideas, se trae colación el concepto del Consejo de Estado, en Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante el cual se pronunció el 3 de febrero de 2005, C.P. Gustavo Aponte Santos, rad. 1.624, [...] para determinar cuándo un particular que realiza funciones públicas es sujeto de control fiscal, no basta analizar la naturaleza de la función que desempeña y la de los recursos que recauda o percibe, sino que es indispensable, además, verificar si realiza actos de gestión fiscal, en los términos estatuidos en la ley 610 de 2000 [...].

Desde una perspectiva Constitucional y la última reforma al régimen de control fiscal de Colombia, el artículo 1 del Acto Legislativo No. 04 de 2019, modificó el artículo 267 de la Constitución Política en los siguientes aspectos: i) amplió las competencias de la Contraloría General de la República, señalando que le corresponde la vigilancia y el control de la gestión fiscal de la administración **y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos;** ii) el control fiscal además de ser posterior y selectivo, podrá ejercerse de manera preventiva y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público [...] Negrilla del Despacho.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 26 de agosto de 2004, C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza, rad. 2093

² Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Seguidamente la norma ibídem, en su artículo 124 que modificó el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, en lo que atañe al objeto de la responsabilidad fiscal, es claro en mencionar que los particulares que realicen gestión fiscal serán objeto de responsabilidad fiscal, tal como se ilustra a continuación:

(...) La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, 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 (...). Negrilla del Despacho.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, este Despacho procede a responder a sus preguntas así:

1. Los contratista, que realicen actos de gestión fiscal, directa o indirectamente, son responsable fiscalmente, ya que concurren como sujetos particulares, con funciones públicas temporales para manejar y/o administran fondos, bienes y el erario público, postura que fue ratificada por la norma constitucional, legal y la jurisprudencia de las altas cortes, previamente mencionadas en el presente concepto jurídico.

La Auditoría General de la República con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 403 de 2020, no ha emitido conceptos sobre el tema consultado.

2. En cuanto a su segunda de petición de consulta, en lo concerniente a la información estadística sobre procesos de responsabilidad fiscal donde se adelantan contra contratistas en calidad de gestor fiscal, entre los años 2011, a la fecha en las Contralorías de Antioquia, Bogotá, Valle del Cauca y de la General de la Republica.

Es pertinente agregar que el SIA-ATC No. 012020000540, fue trasladado por competencia, mediante el oficio de comunicación, identificado bajo radicado No. 20202100021151, con fecha calenda el día: 28-08-2020, a los Despachos de la Contraloría General De La República, Contraloría Distrital de Bogotá, Contraloría General De Antioquia y Contraloría Departamental Del Valle Del Cauca, para lo de su competencia, siguiendo el procedimiento establecido por mandato legal, en el artículo 21° de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo primero (1) de la Ley Estatuaría 1755 del 30 de junio de año 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”*, en concordancia con las disposiciones interna de la AGR, mediante la expedición de la Resolución Orgánica No. 008 del 20 de agosto del 2019 *“Por el cual se unifica la reglamentación sobre la atención de derechos de petición y la promoción del control social por parte de la Auditoría General de la República”*, en su artículo 10 *“Funcionario sin competencia”*.

Del anterior procedimiento arriba señalado se deja constancia por escrito y se adjuntó el archivo en formato PDF, del oficio de comunicación, identificado bajo radicado No.

20202100021151, con fecha calenda el día: 28-08-2020, suscrito por el Despacho de la Auditora Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal (AF).

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 *“Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”*, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

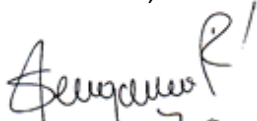
El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 *“Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso 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 del Despacho)

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 Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de la ciudad de Bogotá 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 **db39d6d0**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción
Oficios Contralorías

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Luis Alejandro abril parra		05-10-2020
Revisado por:	Genith Carlosama Mora.		09-10-2020
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		13-10-2020

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.