



80112-

Bogotá, D.C.,

Doctor
JULIO REDONDO ESCOBAR
Contralor Provincial
Gerencia Departamental Colegiada del Atlántico
Contraloría General de la República
Calle 70 No. 52-29, piso 2
Barranquilla - Atlántico

Ref. Reconsideración del Concepto con radicado No. 2013IE0057453 del 26 de junio de 2013. Tema: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL. CONTRATO DE CONCESIÓN.

1. Tema.

Mediante Oficio con radicado No. 2013IE0057453 del 26 de junio de 2013, esta Oficina rindió concepto respecto de la consulta proveniente del Dr. JULIO REDONDO ESCOBAR en su calidad de Contralor Provincial de la Gerencia Departamental Colegiada del Atlántico sobre la viabilidad de que la CGR avoque conocimiento sobre irregularidades denunciadas en la prensa, ocurridas durante la ejecución de un contrato de concesión, en el que el concesionario según lo denunciado, ha incumplido durante 14 años su obligación de pagar a la Nación la contraprestación económica a la que se comprometió, y en el que existe un conflicto económico entre el concesionario y un tercero, desde hace aproximadamente 5 años, por el supuesto incumplimiento de un contrato que se suscribió con ocasión del contrato de concesión.

En las consideraciones jurídicas efectuadas para concluir¹ el tema de la consulta en mención, se determina que eventualmente, en parte, podrá generarse confusión en

¹ “La Oficina Jurídica en ejercicio de la facultad establecida en el Art. 43 del D.L.267/2000 y el Art.28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se permite conceptuar:

(1) ¿La CGR es competente para conocer y entrar a deliberar sobre un negocio entre particulares y/o privados, que involucra un bien entregado en concesión?

Aunque la pregunta no es clara, consideramos que la CGR es competente para investigar y declarar la responsabilidad fiscal de los particulares que manejen fondos o bienes públicos, si de su gestión, por acción u omisión, se deriva un daño patrimonial para el Estado.

Por lo anterior, en cada caso corresponderá a quien tenga la competencia para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, determinar si los contratos que para la ejecución de la concesión suscribió el concesionario con terceros, generaron o no un daño patrimonial al Estado, caso en el cual, para atribuir dicha responsabilidad, deberá verificar además: (1) que haya existido gestión fiscal por parte del concesionario; (2) que esté comprobada una conducta dolosa o culposa del concesionario; (3) que exista un

relación con su aplicación en temas ya decantados por la línea institucional y por la jurisprudencia, puntualmente en lo que corresponde al siguiente fragmento:

“3.2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL.

(...)

Para efecto (sic) del control fiscal, sólo podría considerarse que existe daño patrimonial al Estado cuando las acciones de cobro de las que disponía la entidad contratante, para ejecutar las obligaciones a su favor, aún en contra de la voluntad del contratista, hayan caducado o prescrito.

Así las cosas, si se trata de una concesión en ejecución, la omisión en el cobro de las obligaciones que se han hecho exigibles, genera responsabilidad disciplinaria para los servidores públicos que han incumplido sus funciones y deberes.

Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad fiscal que estas omisiones pudieran causar, el daño patrimonial ocurriría solo en el momento en el que prescriba la acción de cobro para ejecutar la liquidación bilateral, unilateral o judicial, en la que se ordene el pago de las contraprestaciones económicas adeudadas. Antes de esta fecha, sólo existiría el riesgo de la ocurrencia del daño”

2. Consideraciones jurídicas.

2.1. Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional.

Se toma en consideración o contexto la posibilidad y atribución de aplicar los sistemas de control fiscal y de responsabilidad fiscal sobre actuaciones u operaciones acontecidas durante la ejecución de contratos financiados con recursos públicos, para no contravenir la línea jurisprudencial que sobre la materia ha estructurado la Corte Constitucional.

Desde la sentencia C- 623 de 1999, cuando la Corte se pronunció sobre las consecuencias normativas del artículo 65 de la ley 80 de 1993 y en reiteradas oportunidades, la línea jurisprudencial reconoce de modo indubitable la competencia de los órganos de control fiscal, en el contexto del control posterior y selectivo, para ejercer los distintos sistemas de control fiscal e incoar las acciones correspondientes. En el texto de la citada providencia, sostuvo la Corte:

“En el artículo 65 de la ley 80/93, materia de acusación parcial, se prescribe en el primer inciso, la intervención de las autoridades fiscales “una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos”, y el control posterior de las cuentas

nexo causal entre la conducta dolosa del concesionario y el daño patrimonial al Estado ; y (4) que no haya caducado la acción fiscal”.

correspondientes a los pagos originados en los mismos, con el fin de verificar si éstos se ajustaron a las disposiciones legales. En el segundo inciso se establece que una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En el tercero se asigna el control previo administrativo de los contratos a las oficinas de control interno, y en el cuarto se autoriza a las autoridades de control fiscal para exigir informes a los servidores públicos, de cualquier orden, sobre su gestión contractual, siendo el aparte subrayado el que se demanda, por las razones que se resumieron en el acápite III de esta providencia.

"Pues bien: el control fiscal sobre la actividad contractual de la administración pública, según la disposición acusada, tiene lugar en dos momentos distintos: 1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato, y 2. una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

(...)

De acuerdo con los resultados de este examen, y en caso de existir fundamento para hacerlo, las autoridades fiscales deberán iniciar las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en extralimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

(...)

Así las cosas, el aparte acusado del artículo 65 de la ley 80/93 al establecer el control fiscal sobre los contratos liquidados y terminados, no infringe los artículos citados por el actor, pues ella misma ordena que se realice en forma posterior y selectiva, y que además de la vigilancia de la gestión fiscal se evalúen los resultados obtenidos con el gasto o la inversión. Dicha disposición tampoco desconoce los principios de eficacia y eficiencia ni constituye impedimento para que las Contralorías inicien los juicios de responsabilidad fiscal y cumplan con el deber de promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (arts. 268-8 y 272 C.P.).

(...)

Para concluir procede la Corte a responder las preguntas planteadas al inicio de estas consideraciones.

- El control fiscal sobre los contratos estatales debe ejercerse después de que se han cumplido los trámites administrativos de legalización de los contratos, esto es, cuando han quedado perfeccionados, durante su ejecución y después de terminados o liquidados.

(...)

- El control fiscal sobre los contratos estatales liquidados o terminados, como lo consagra la norma demandada, no viola la Constitución. Por el contrario, se ajusta a sus preceptos, concretamente, a lo consagrado en el artículo 267” (negrilla fuera de texto).

Como prolegómeno de las conclusiones que se desprenden de la anterior transcripción, ha de recordarse que la denominada actividad contractual se integra por la fase precontractual, fase de ejecución y fase de liquidación. Que a su vez, la fase precontractual, está integrada, por la etapa de estudios y documentos previos y por la etapa de selección; que la fase de ejecución supone actividades concernientes a las condiciones de perfeccionamiento, condiciones de ejecución y condiciones de dirección, control y sanción; y, finalmente, que la fase de liquidación supone la terminación del plazo de ejecución y las obligaciones de garantía que surgen con el acta liquidación. En ese orden de ideas, en el marco de la gestión fiscal y de quienes contribuyen o son determinantes en ella, pueden ser sujetos de la acción fiscal.

Ahora bien, en cuanto a la materia que nos ocupa, resulta para la Corte Constitucional, inequívoco que los sistemas de control fiscal pueden aplicarse sobre los contratos estatales que hayan cumplido sus condiciones de perfeccionamiento y sus condiciones de ejecución, actividades que son a las que se alude con la expresión “legalización” del contrato, esto es, que es plausible catalogar como control posterior, el que en ejercicio de sus competencias misionales, pueden ejercer los órganos de control fiscal, a partir del inicio de la etapa de ejecución de las obligaciones que integran el objeto contractual. En concreto, la Corte considera como legítimo desplegar los sistemas de control fiscal, sobre las cuentas y pagos derivados de la ejecución, lo que comprende establecer control posterior al cotejo entre lo realmente ejecutado y los pagos realizados, así como entre las acreencias recíprocas, para verificar su sometimiento a las disposiciones legales.

Por otra parte, de lo transcrito, puede inferirse que la calidad de control posterior en el marco anteriormente expuesto, impone el deber de las contralorías para iniciar los juicios de responsabilidad fiscal y cumplir con el deber de promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, lo cual resulta coherente con los deberes que la ley les impone ante la aparición de un daño al patrimonio del Estado, que surja como actual y cierto con ocasión de la gestión fiscal, incluso, derivada de la ejecución contractual, y que se manifiesta en el

ejercicio de la acción fiscal. No es en vano, que la sentencia que se analiza, recabe en que los mandatos del artículo 65 de la Ley 80 de 1993, no impiden, ni son obstáculo para adelantar los procesos fiscales, cuando quiera que se configuren los presupuestos previstos en el régimen de la responsabilidad fiscal, es decir la configuración cierta y consolidada de los elementos contemplados en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000.

Ahora bien, con el objeto de determinar hasta qué punto resulta viable hacer exigible la responsabilidad fiscal, cuando el daño se produce en el curso de la ejecución contractual, antes de la terminación y/o liquidación del contrato, se deben traer a colación los alcances de la Sentencia C-648 de 2002, emitida con motivo de la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra de los artículos 44 y 61 de la Ley 610 de 2000, y en cuyo texto, entre otros, se presentaban, por parte de la demanda como argumentos centrales: i) que los contratistas o a sus garantes, sólo pueden ser juzgados por las jurisdicciones administrativa o arbitral; y ii) que las contralorías no pueden intervenir durante la ejecución de los contratos. Argumentos desechados por la Corte Constitucional, de la siguiente manera:

"5. Estiman los demandantes que las normas acusadas desconocen el esquema constitucional sobre vigilancia de la gestión fiscal (C.P., arts. 119 y 268 numerales 5 y 6) al extender la intervención de la contraloría a los contratos estatales en ejecución, a los contratistas y a los garantes de obligaciones meramente contractuales. Agregan que el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 prohíbe la intervención de las contralorías en la contratación.

Sobre el particular debe señalarse, como ya lo ha expresado la Corte, que efectivamente las Contralorías no pueden participar en el proceso de contratación, puesto que su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones. Tampoco pueden interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora, lo cual está prohibido expresamente por la Carta Política al señalar en el artículo 267 que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. De esta forma, al excluir la intervención de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, se evita que se incurra en el mismo vicio que el constituyente quiso acabar: la coadministración.

Sin embargo, esta circunstancia no sirve de argumento para alegar la improcedencia del control fiscal sobre los contratos estatales, el cual, por el contrario, bien podrá ejercerse cuando la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización del contrato, sin que esta actuación desnaturalice la función a cargo de las contralorías ni vulnere los parámetros constitucionales sobre estos tópicos. Por consiguiente, el perfeccionamiento del contrato es el momento a partir del cual tales actos nacen a la vida jurídica y pueden ser objeto del control posterior, como lo ordena la Constitución (art. 267) y lo ha reconocido esta Corporación" (negrilla fuera de texto).

La propia normativa reguladora del proceso de responsabilidad fiscal, en disposición declarada exequible por la Sentencia que se acaba de mencionar, cuenta con la posibilidad de hacer exigible la responsabilidad fiscal por daños ocasionados en la ejecución contractual, incluso, antes de la liquidación del contrato estatal. En efecto, a tal conclusión se puede arribar cuando la Ley 610 de 2000, en su artículo 61, dispone que *"Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado"*.

Una preceptiva como la que se acaba de referir, no estaría en el ordenamiento jurídico, ni la Corte la habría declarado exequible, si no se concibiera, conforme a la Constitución y a la razonabilidad de la responsabilidad fiscal, que en el ejercicio de sus funciones las contralorías tienen conferida la atribución de verificar la existencia cierta y actual de un daño fiscal, con ocasión de la ejecución de un contrato, y de adelantar la acción dirigida a su resarcimiento, sin esperar a su liquidación, ni menos a la extinción de las acciones contencioso administrativas.

Tanto es así, que el legislador, les asigna competencia para solicitar, a la entidad contratante, en hipótesis de esa naturaleza, que se declare la caducidad del contrato en cuya ejecución se causó el daño objeto de resarcimiento fiscal.

Lo anterior, **claro está, bajo la condición de que si y solo sí, durante la ejecución del contrato se acrediten las evidencias de certeza de un daño fiscal cierto y consolidado, esto es con la configuración de los elementos previstos en los artículos 5° y 6° de la Ley 610 de 2000.**

2.2. - Presupuestos materiales y procesales que establecen las leyes reguladoras de la responsabilidad fiscal.-

Por tal razón, es que se considera que el concepto en cuestión, debería contextualizarse en los mandatos legales conforme a los cuales: basta que se den las condiciones materiales y procesales para incoar la acción fiscal, para que aflore el deber y la competencia de proceder en forma inmediata a adelantar el proceso de responsabilidad fiscal.

En el anterior orden de ideas, si se tiene establecido que los sistemas de control fiscal pueden ser ejercidos durante la ejecución del contrato, como lo ha señalado reiteradamente la Corte, entonces, resulta menester recordar la concepción de la propia Corte Constitucional, sobre la debida concatenación que existe en el ejercicio de las atribuciones derivadas de dichos sistemas de control. Así, desde la Sentencia C- 840 de 2001, en postura que es reiterada en la C-382 de 2008 y en la C-557 de 2009, se identifican dos momentos diferenciados del control fiscal que tienen ocurrencia siempre

que se reconozca la competencia de los órganos de control fiscal. En consolidación de la misma línea, la C-557 de 2009, señala:

"5.4.8 En cuanto a los momentos del control fiscal la jurisprudencia constitucional ha expuesto que el control fiscal, el cual es posterior y selectivo, se desarrolla en dos momentos diferenciados que sin embargo se encuentran entre sí claramente vinculados, el primero de los cuales resulta necesario y obligado, mientras que el segundo tiene un carácter derivado.

Así, en un primer momento, las contralorías de todos los órdenes llevan a cabo la labor de vigilancia propiamente dicha, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con la ley. Esta primera labor se desarrolla mediante la práctica de auditorías sobre los sujetos sometidos al control fiscal selectivo. A partir de este seguimiento se produce la formulación de las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, e incluso, las glosas que se deriven del estudio de los actos de gestión fiscal controlados. En un segundo momento, y si de la labor de vigilancia primeramente practicada surgen elementos de juicio a partir de los cuales se pueden inferir posibles acciones u omisiones eventualmente constitutivas de un daño al patrimonio económico del Estado, se inicia el proceso de responsabilidad fiscal, orientado a "obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa".

(...)

Por consiguiente, el proceso fiscal constituye una facultad complementaria a la del control y vigilancia de la gestión fiscal que le corresponde ejercer a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, municipales y distritales, en aras de establecer la responsabilidad por acción y omisión de los servidores públicos y de los particulares, en el manejo de fondos y bienes públicos cuando se advierte un posible daño al patrimonio estatal".

Para el caso que nos ocupa, resulta concluyente que si se reconoce inequívoca competencia para que la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, ejerzan control fiscal sobre los contratos estatales en ejecución, pues en tal posibilidad indiscutiblemente se encuentra incluida la competencia derivada de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal que de allí surjan de manera inmediata, pues dicha atribución no parece estar sometida ni condicionada al devenir de la actividad contractual subsiguiente.

De acuerdo con la línea jurisprudencial que se trae a colación, si en el marco del control fiscal posterior, se evidencian hallazgos que acrediten la existencia cierta e indiscutible de daño fiscal durante la ejecución de un contrato estatal, en los términos de los señalado en la Ley 610 de 2000, entonces, se configurarían las condiciones del segundo momento de

la labor de vigilancia fiscal, atinente a establecer la responsabilidad fiscal, lo cual resulta ser complemento necesario, según las voces de la Corte, de lo actuado en la fase auditora y que da lugar al inicio de los trámites regulados en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, artículos 97 y siguientes.

Establecida la existencia del daño cierto y consolidado, no queda otro camino que incoar la acción fiscal con prescindencia de la actividad o ámbito administrativo en el cual se haya generado. Así lo reconoció la anteriormente citada Sentencia C-623 de 1999, cuando al hacer referencia a la actuación a seguir ante el hallazgo de un daño fiscal y la oportunidad para desplegar el proceso correspondiente, sostuvo:

"De acuerdo con los resultados de este examen, y en caso de existir fundamento para hacerlo, las autoridades fiscales deberán iniciar las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en exlimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

(...)

El control fiscal posterior no es per se inoportuno; la oportunidad no se relaciona con la etapa o momento en que según la Constitución éste debe realizarse, sino con el término en el que las autoridades respectivas deben ejercerlo, que necesariamente, ha de ser después de ejecutados los procesos u operaciones objeto de control y antes de que prescriban las acciones fiscales, administrativas, disciplinarias o penales, procedentes según la Constitución y la ley.

(...)

*No se olvide que la contratación estatal es uno de los más importantes instrumentos con que cuenta la administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y garantías de los asociados. **Por estas razones, el control fiscal que se ejerza sobre tales actos debe ser oportuno, célere y eficiente pues allí están comprometidos intereses generales**" (negrilla y subraya fuera de texto).*

En el mismo sentido se pronunció la sentencia C-840 de 2001, anteriormente citada, cuando sostuvo:

Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de daño fiscal, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento,

esto es, del proceso de responsabilidad fiscal. El cual, en todo caso, está sujeto a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción” (negrilla fuera de texto).

Estas citas nos permiten inferir que la naturaleza posterior del control fiscal, no se opone, según las voces de la jurisprudencia constitucional a que, con la misma fuerza de deber funcional, el control fiscal debe ser también oportuno, entre otros motivos, para evitar que un posible daño al patrimonio se consolide y/o para resarcir el daño fiscal ya causado; además, dicho control debe ser célere, lo que significa que, en cumplimiento de sus fines, debe practicarse lo más pronto posible, por lo que, en las hipótesis configurativas de hallazgo fiscal, de daño cierto, corresponde dar curso inmediato al segundo momento del control fiscal que se traduce en el inicio del proceso de responsabilidad fiscal.

Por otra parte, de las citas que se acaban de hacer, es preciso recordar que solo la ley puede restringir los tiempos del control fiscal y que, ante la existencia de daño fiscal en cualquier contexto, los parámetros de actuación están dados en los tiempos de la caducidad de la acción y en la prescripción.

Pero adicionalmente, la anterior concepción tiene respaldo normativo tanto en el artículo 40 de la ley 610 de 2000, como en el artículo 98 literal a) de la Ley 1474 de 2011. El artículo 40 de ley 610 de 2000, al definir el horizonte del proceso de responsabilidad fiscal no condiciona su apertura a otra circunstancia distinta a que *"se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal."*

En el mismo sentido el artículo 98 literal a) de la Ley 1474 de 2011, al regular la causal para convocar proceso verbal, señala que: *"a) Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, el funcionario competente expedirá un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante"*.

Nótese, entonces, que para el legislador, la premisa básica para el inicio del proceso de responsabilidad fiscal no es otra distinta que la de acreditar, como mínimo, la existencia cierta de daño al patrimonio generado por deficiencias en la gestión fiscal. El presupuesto básico, de si y sólo si, que hace imperativa e inmediata el inicio del proceso de responsabilidad fiscal es que el órgano de control fiscal competente cuente con los debidos soportes probatorios que acrediten la certeza de daño causado al patrimonio público en el ámbito de la gestión fiscal, cualesquiera que sean las circunstancias de tiempo, modo o lugar y/o tipo actividad, en que el mismo se hubiere generado, incluida, la actividad contractual.

No existe en el marco legal citado relativo a la acción fiscal y al proceso de responsabilidad fiscal, precepto alguno que postergue su promoción e inicio a una etapa posterior a la del momento en que se configura daño fiscal cierto y consolidado.

En ese orden, ante hipótesis en las que se cuente con la existencia cierta, consolidada y, por ende, indubitable de un daño fiscal en el devenir de la ejecución contractual, no queda otra alternativa de actuación distinta a la de iniciar el proceso fiscal. Lo cual es consonante con lo postulado por la jurisprudencia constitucional al definir el alcance del control fiscal sobre contratos estatales, en cuanto a que el mismo puede practicarse con posterioridad al cumplimiento de las condiciones de perfeccionamiento y ejecución, esto es, al inicio del cumplimiento de las prestaciones recíprocas, en los términos y bajo los parámetros fijados por la jurisprudencia constitucional al pronunciarse sobre el artículo 65 de la Ley 80 de 1993.

2.3. La autonomía de la acción fiscal al hacerla dependiente de incoar las acciones contractuales.-

La manera como está redactada la conclusión transcrita del concepto de la referencia, emitido por la Oficina Jurídica, induce a confusión pues su redacción sugeriría que la determinación del daño fiscal, derivado de los incumplimientos de las obligaciones del concesionario, estaría sujeta a que la entidad intentara las acciones de controversias contractuales. Apreciación que, de ser así, estaría en contravía de los postulados constitucionales y legales que reafirman la autonomía de la acción fiscal y del proceso de responsabilidad fiscal, ante evidencias, si y solo sí, de daños ciertos y consolidados en el *iter* de la ejecución contractual.

En una lectura preliminar, el concepto bajo estudio, no es tan claro en reconocer la competencia de los órganos de control fiscal para conocer sobre daños fiscales ciertos y probados durante la ejecución contractual. Implícitamente pareciera conferir la exclusividad del conocimiento a la jurisdicción, con exclusión del operador fiscal, pues no de otra forma se entiende su alcance cuando hace depender de las acciones judiciales de cobro, la posibilidad de incoar la acción fiscal.

De acuerdo con su naturaleza legal, la acción fiscal regulada en las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, es autónoma respecto de cualquier otro tipo de acción tanto en lo administrativo como en lo judicial. En efecto, dispone el párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000, que: "*La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad*". Previsión legal conforme a la cual los parámetros de juzgamiento, dirigidos a establecer la existencia o inexistencia de responsabilidad generada en la gestión o administración de recursos públicos, por parte de servidores públicos y sujetos de derecho privado, en lo substancial son parámetros diferentes, por su origen, causas, efectos y consecuencias, respecto de los establecidos por otras normas del ordenamiento jurídico para hacer exigibles otras formas

de responsabilidad distintas de la responsabilidad fiscal, así en ocasiones versen sobre los mismos supuestos fácticos.

De igual forma, el postulado de la autonomía de la responsabilidad fiscal es consecuencia de lo que ha reconocido la Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2002, en el sentido de *"que de acuerdo con los principios que orientan la organización del Estado colombiano, la competencia asignada a los órganos de control fiscal se ejerce de manera autónoma e independiente y **sin que su ejercicio pueda ser objeto de sujeción o condicionamiento a las decisiones de cualquiera de los órganos que componen las ramas del poder público** o de los demás órganos a los que la Constitución reconoce la misma autonomía"* (negrilla fuera de texto).

Así las cosas, como consecuencia del alcance del mencionado parágrafo 1º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000, podría afirmarse que el proceso de responsabilidad fiscal no está sujeto, para su ocurrencia y procedencia, a la competencia previa de la jurisdicción, es decir, que no se requiere prejudicialidad de ninguna clase ni exclusión de la acción fiscal cuando quiera que concurren los presupuestos materiales y procesales que de conformidad con las leyes 610 de 2000 y/o 1474 de 2011, son indispensables para incoar la acción fiscal, así por los mismos hechos procedan otro tipo de acciones. Alcance que tiene eco jurisprudencial contenido entre otros pronunciamientos en las sentencias C-046 de 1994, SU-620 de 1996, C-840 de 2001, C-131 de 2002, C-648 de 2002, C-832 de 2002, C-382 de 2008, en los cuales se enfatiza en la autonomía de la responsabilidad fiscal y de la acción correspondiente como fuente de una actuación administrativa, susceptible de posterior control contencioso administrativo. Puede reseñarse de la sentencia C-648 de 2002, cuando, al referirse a la línea jurisprudencial, señala sobre la materia que:

"Al respecto, esta Corporación en diferentes ocasiones ha señalado que en el ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de responsabilidad, las cuales, aunque se rijan por principios constitucionales comunes como el debido proceso y los que regulan la actuación administrativa, son autónomas, tienen objeto, naturaleza y finalidad propias y están reguladas por sistemas legislativos diferentes.

En relación con la responsabilidad fiscal, su finalidad es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga a su cargo la gestión fiscal. Sus características esenciales son las de ser una modalidad de responsabilidad autónoma e independiente, de carácter administrativo y de contenido patrimonial o resarcitorio.

En consecuencia, con estricto apego y fundamento en la citada normatividad y en la línea jurisprudencial citada, es posible el conocimiento y tratamiento de unos mismos supuestos fácticos, por autoridades diferentes y sin prejudicialidad, si y solo si, se dan, entre otras, alguna o algunas de las siguientes configuraciones, en función de la naturaleza de los sistemas jurídicos implicados:

- Cuando los procesos y acciones son substancialmente diferenciadas por el ordenamiento jurídico, como ocurre, por ejemplo, entre lo punitivo y lo exclusivamente patrimonial; o cuando un mismo hecho puede ser juzgado desde lo punitivo y desde lo patrimonial, de manera autónoma e independiente.
- Cuando la jurisdicción es diferente en virtud de que tales hechos son calificados con tratamientos, infracciones o, en general, con consecuencias diversas en distintos regímenes impuestos por la ley.
- Cuando las consecuencias de las acciones o procesos coexistentes, responden a diferentes objetos, causas y efectos.
- Cuando la naturaleza, por ende, la causa de las consecuencias jurídicas tiene distinta regulación en el ordenamiento jurídico.
- Cuando los bienes jurídicos o los intereses tutelados, son distintos.
- Cuando existen distintos órdenes normativos constitucionales y legales, que confronten de manera autónoma y diferenciada un mismo supuesto fáctico.
- Cuando los supuestos fácticos pueden ser conocidos e impliquen la confrontación de normas de contenido y alcances de diferente naturaleza.

Por otra parte, también resulta equívoco sugerir así sea implícitamente que sólo el juez de la Administración, es la única autoridad para resarcir los daños irrogados al patrimonio público. Así al resolver sobre la exequibilidad del artículo 4º de la Ley 610 de 2000, la Corte Constitucional en sentencia C-840 de 2001, reconoce competencia plena e integral del operador fiscal para conocer del daño fiscal en todas sus manifestaciones, sin depender de los pronunciamientos judiciales previos sobre el mismo objeto:

"El actor considera que el artículo 4 de la ley 610 de 2000, al disponer que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, es contrario al artículo 268-5 de la Carta, pues, en su sentir, el objeto de la actividad de la contraloría es determinar los daños sufridos por los bienes públicos y no otros perjuicios, ya que esto compete a la rama judicial del poder público.

(...)

*... en tratándose de **responsabilidad fiscal** resultaría impropio situarse en los dominios del artículo 90 Superior, pues, sencillamente, en tal hipótesis fiscal el Estado es justamente el extremo afectado, como que el Tesoro Público sufre los quebrantos causados por la conducta irregular de quienes ejercen gestión fiscal, sean éstos servidores públicos o particulares. Circunstancia pasiva que se hace aún más palmaria si se tiene en*

cuenta que en el evento de la responsabilidad fiscal el Estado no debe hacer erogación alguna, por el contrario, el resarcimiento pecuniario corre a su favor, siendo por ende impensable cualquier acción de repetición contra funcionario alguno.

(...)

Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). A lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610.

(...)

Pues bien, si como ya se dijo, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. Razones por demás suficientes para desestimar el cargo del actor, según el cual el lucro cesante debería ser declarado por una autoridad que haga parte de la rama judicial (negrilla y subraya fuera de texto).

A modo de conclusión, puede afirmarse que, si y solo si, mientras persista una situación fáctica acreditada como cierta y consolidada que dé cuenta de la existencia de un daño fiscal sin resarcir, será posible incoar la acción fiscal sin condicionamiento ni prejudicialidad alguna.

Sin perjuicio de que con el concurso de otro tipo de acciones, se pueda reparar integralmente el daño causado y, en tal caso, ya no tenga sentido continuar el proceso de responsabilidad, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, respecto de la reparación efectiva dentro del proceso penal (C-046 de 1994).

3. Conceptos de Responsabilidad Fiscal en la Gestión Contractual.

Esta Oficina se ha pronunciado dentro de su competencia en múltiples oportunidades sobre la configuración de la responsabilidad fiscal en la gestión contractual, haciendo expresa mención tanto de los momentos que se observan en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, así como también de la interpretación del artículo 61 de la Ley 610 de 2000.

De manera enunciativa, se citan los siguientes, en donde es posible decantar la posición reiterada de esta Oficina.

- 80112-2482 del 26 de julio de 2001.

"[Se cita el artículo 65 de la Ley 80 de 1993]

Del examen de la norma citada se desprenden tres momentos, etapas o fases en las que debe desarrollarse el control fiscal, teniendo en cuenta desde luego, el carácter posterior y selectivo que la Constitución de 1991 le imprimió a esta función pública y según los lineamientos que vaya señalando la ley.

Primera Etapa: El control fiscal en esta fase se realiza una vez cumplidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, con el propósito de verificar el cumplimiento de las disposiciones sobre selección del contratista, el perfeccionamiento del contrato y el cumplimiento de los requisitos para su ejecución.

Cabe advertir, que esta primera fase del control fiscal no se limita a un simple estudio de verificación mecánica de las disposiciones contractuales, sino que debe centrarse en el análisis del cumplimiento de los principios y reglas que gobiernen la contratación estatal como son la transparencia, la economía y la responsabilidad.

Segunda Etapa: Corresponde al proceso de ejecución del contrato, cuando se ejerce un control posterior a las cuentas canceladas para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, para establecer su conformidad con las disposiciones presupuestales y contractuales y con las obligaciones derivadas del contrato, que es ley para las partes.

Entonces, aquí el control fiscal se aplica básicamente al gasto generado en la obligación contractual.

Tercera Etapa: El control fiscal en esta fase se cumple una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, incluyendo este control los análisis financieros, de gestión y de resultados, tal como lo indica el inciso segundo de la norma reseñada.

De acuerdo con los planteamientos esbozados, se observa que la norma cubre los aspectos precontractuales, contractuales y postcontractuales de la contratación administrativa en lo relativo al control fiscal.

Así mismo, con el fin de evaluar y calificar el grado de economía y eficiencia de la gestión pública, en la medida de la ejecución de las obligaciones contractuales, se constatará en términos de calidad y oportunidad, con ocasión de los avances y recibos de obras, bienes y servicios, la correspondencia existente entre los anticipos y las cuentas parciales de pago con el debido cumplimiento de las cláusulas y condiciones pactadas (estudio menores o mayores costos y/o beneficios a partir de las cotizaciones).

La evaluación no solo plantea los correctivos requeridos para un mejor manejo y ejecución de recursos, sino que sienta las bases y las apreciaciones para determinar las acciones de responsabilidad a que haya lugar”.

- 80112-527 01 de marzo de 2002.

“2.8. El proceso contractual que realizan las entidades estatales a las cuales se aplican las reglas y principios contenidos en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios se expresa a través de las actividades y operaciones conducentes a los estudios de prefactibilidad, factibilidad y operatividad del proyecto, pliegos de condiciones o términos de referencia de la licitación o concurso, selección objetiva de los contratistas, perfeccionamiento y legalización de los contratos, su ejecución, terminación y liquidación.

El anterior proceso comprende las etapas precontractual, contractual y poscontractual.

La etapa contractual se inicia con el perfeccionamiento del contrato, se traba la relación contractual y empieza a contarse el término previsto para el cumplimiento de los derechos y deberes de las partes (Artículos 4, 5 y 41 de la Ley 80 de 1993).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, la etapa contractual es el momento en el cual se inicia el control por parte de la Contraloría, con el propósito de verificar el cumplimiento de los principios de transparencia, economía y selección objetiva del contratista, perfeccionamiento y legalización del contrato.

En esta primera fase el control no se limita a un simple estudio de verificación de las disposiciones contractuales, sino que debe centrarse en el análisis del cumplimiento de las reglas y principios que rigen la contratación estatal y los postulados de la función administrativa, contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política”².

- 80112-EE52991 del 23 de diciembre de 2004:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, el control fiscal al contrato estatal se realiza una vez surtido el trámite de perfeccionamiento y legalización, es decir una vez, las partes se han puesto de acuerdo en el objeto, la contraprestación y éste se eleva a escrito, lo que constituye el perfeccionamiento; la legalización se refiere a la constitución del registro presupuestal y la aprobación de las garantías; así también se hace control a las cuentas de los pagos originados en el contrato y finalmente se realiza la vigilancia fiscal a la liquidación.

² Hace expresa referencia a la Directiva del Contralor General de la República de junio 8 de 1999.

En este contexto, el control fiscal está establecido en la Ley 80 de 1993 a lo largo de todo el contrato estatal, una vez, perfeccionado y legalizado el contrato se realiza el control a la etapa precontractual con el objeto de establecer si el mismo se ajusta a lo preceptuado en el Estatuto Contractual, la Ley de Presupuesto y las normas especiales si fuere el caso; así mismo en esta etapa de la fiscalización se puede establecer la conveniencia o inconveniencia del mismo, y de detectarse futuros daños al patrimonio público es dable ejercer la función de advertencia, si se cuenta con los elementos de juicio necesarios para tales efectos.

Efectuados los pagos originados en el contrato estatal, es jurídicamente viable hacer la fiscalización de las cuentas, a fin de determinar su correspondencia con la normatividad contractual y presupuestal; además, si los dineros girados corresponden a la cancelación por la realización del objeto contractual.

Sí en este momento de la fiscalización se establecen presuntas irregularidades insaneables o irreparables a lo largo de la ejecución del objeto contractual, lo indicado es ordenar una indagación preliminar con miras a cuantificar el daño, establecer los presuntos responsables y el nexo de causalidad entre las dos anteriores, y si fuere procedente se abrirá el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal.

Finalmente se realiza la vigilancia fiscal a la liquidación del contrato, si esta se hubiere realizado, en esta etapa la fiscalización incluye un control financiero, de gestión y de resultados fundado en la eficiencia, la equidad, la economía y valoración de los costos ambientales.

La responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Sólo en el evento en que se reúnan éstos tres elementos puede endilgarse responsabilidad fiscal a una persona.

De los tres elementos el daño es el elemento más importante, a partir de éste se endilga la responsabilidad fiscal, si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal.

En este contexto, la responsabilidad fiscal surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos. Para el caso de los contratos estatales en ejecución si existe la configuración del daño, es viable la imputación de responsabilidad fiscal”.

- 80112-EE57718 del 11 de octubre de 2005:

"La Corte Constitucional se pronunció con respecto a dicho tema en la sentencia C-623/99, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz [se prescinde de la cita por ya encontrarse en el concepto].

2.3.1 Control Fiscal sobre contratos liquidados o terminados. El control fiscal sobre los contratos estatales se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, y después de su liquidación o terminación".

- 80112-EE29376 del 28 de abril de 2010:

"¿ Es requisito para la apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal, que los contratos que suscitan la investigación se encuentren liquidados?

(...)

[Se cita el artículo 65 de la Ley 80 de 1993]

En cualquiera de estos tres momentos puede entonces realizarse el control fiscal, y si del ejercicio de control fiscal apareciera un daño patrimonial al Estado, bien puede iniciarse el respectivo Proceso de Responsabilidad Fiscal sin que exista la liquidación del contrato.

En el mismo sentido la Corte Constitucional se pronunció sobre los alcances del control fiscal a la contratación estatal: " El control fiscal sobre los contratos estatales se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, y después de su liquidación o terminación.

(...)

La prevección del artículo 61 de la Ley 610 de 2000 encuentra razón en cuanto ha sido declarado responsable fiscal un contratista, pero precisamente esta misma norma permite inferir en forma razonable que existe la posibilidad normativa de que haya procesos de reponsabilidad fiscal contra contratistas en contratos que se encuentran en curso.

(...)

Pero si bien este es el principio general no significa que no haya de verificarse en cada proceso la situación jurídica específica. Hay relaciones contractuales en donde surge el daño patrimonial al Estado en la legalización del contrato en momento posterior a ésta, sin que dicho contrato haya sido liquidado. En esto contrato no porque existe liquidación podrá predicarse que no existe daño, toda vez que el respectivo daño y responsabilidad investigados se derivan del momento de la

legalización o ejecución del contrato y es desde allí que se computará el término de caducidad desde la liquidación del contrato.”

- 80112-IE21652 del 8 de abril de 2011:

"Ahora bien, la Guía de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Audite 4.3, utilizada por la Contraloría General de la República para el desarrollo del proceso auditor, según lo establece la Resolución Orgánica N.º. 6069 de 2009, define el hallazgo como: "Toda situación irregular encontrada durante el proceso de una auditoría. (...) Hechos o situaciones irregulares que impactan significativamente el desempeño de la organización", lo anterior en el entendido del ejercicio del control fiscal posterior y selectivo propio del cumplimiento de la misión constitucional ya referida.

No obstante lo anterior, y sin desconocer la naturaleza constitucional del control fiscal posterior, en materia de contratación, el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 ordena: [Se cita el artículo 65 de la Ley 80 de 1993].

Así, es claro que en cualquiera de estos tres momentos contractuales puede realizarse control fiscal y, si en desarrollo del control posterior se observa que en los pagos efectuados dentro de la ejecución parcial del contrato aparecen irregularidades fiscales que ameriten el inicio de un Proceso de responsabilidad Fiscal, el grupo auditor debe realizar su traslado inmediato al competente para el efecto.

Para el caso que aquí se plantea, es menester establecer el momento contractual en el que se ha causado el daño al patrimonio del Estado, la cuantificación e individualización del hallazgo y realizar el correspondiente traslado al Grupo de Investigaciones de la Gerencia Departamental de Antioquia”.

- 80112 – EE78963 12 de octubre de 2011.

"2.3. El otro aspecto de su consulta tiene que ver con aquellos casos de tipo contractual en donde la entidad recibe a satisfacción y liquida los contratos sin tener en cuenta el daño que se ha infligido al patrimonio público.

En estos casos debemos señalar de forma categórica que el acto de liquidación no es oponible a los órganos de vigilancia y control fiscal, pues el acto mediante el cual se recibe a satisfacción y el acta de liquidación son solamente una prueba de un acto negligente por parte del contratante, que no haciendo adecuado uso de las cláusulas excepcionales de derecho público que permiten los contratos estatales, convalida una situación que no atiende los fines esenciales del Estado para lo cual realizó el respectivo contrato.

Si el órgano de vigilancia y control fiscal advierte la existencia de un daño patrimonial al Estado sin importar si existe o no existe acta de liquidación del contrato, deberá en el menor tiempo legal permitido iniciar el respectivo Proceso de Responsabilidad Fiscal vinculando a los generadores del daño al erario y además a los funcionarios que debiendo iniciar las acciones judiciales o administrativas para resarcir el deterioro de los caudales públicos omitieron su función y obraron contrariando la finalidad de la misma.

(...)”.

Por lo anterior queda suficientemente ilustrada la posición de ésta Oficina, frente a las posibles confusiones generadas en el Concepto con radicado No. 2013IE0057453 del 26 de junio de 2013.

4. CONCLUSIÓN.

La Oficina Jurídica en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000 y el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se permite conceptuar, manifestando que unifica los conceptos anteriormente citados con las precisiones y explicaciones aquí contenidas y sustituye en lo pertinente, el concepto con radicado No. 2013IE0057453 del 26 de junio de 2013. Conclusión que se hacen a título enunciativo sin perjuicio de todo lo expuesto a profundidad en este documento.

Se puede concluir que en el ámbito de la ejecución contractual, es posible incoar la acción fiscal, en todo tipo de contrato con recursos públicos, pero **bajo la condición de que si y solo sí, durante la ejecución del contrato se acrediten las evidencias de certeza de un daño fiscal cierto y consolidado, esto es con la configuración plena de los elementos previstos en los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 610 de 2000.** Situación jurídica que dependerá de los presupuestos materiales y procesales contemplados por los artículos 40 de la Ley 610 de 2000 y/o 98 literal a) de la Ley 1474 de 2011, y que en cada caso concreto solo podrán ser verificados, determinados o desechados por el respectivo funcionario de conocimiento.

5. ALCANCE DEL CONCEPTO.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son simples orientaciones de carácter general, que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares. Será en cada caso concreto responsabilidad del funcionario de conocimiento discernir sobre el contenido de los mismos en su aplicación o inaplicación a los casos concretos.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General", así como las formuladas por las contralorías territoriales "respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General", y las presentadas por la ciudadanía respecto de "la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República".

En este orden, mediante su expedición se busca "*orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal*" y "*asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten*".

Cordialmente,

LIGIA HELENA BORRERO RESTREPO
Directora Oficina Jurídica (E).

Proyectó: Mario Roberto Molano López. Asesor Externo.
Diego Fernando Rodríguez Vásquez. Asesor Externo.