



Radicado No: 20211100017631

Fecha: 01-06-2021

Bogotá,
110

Señora
VALENTINA SAURITH ESCOBAR
valentinasaurithe@gmail.com
Ciudad.

Referencia: Concepto 110. 033 .2021
SIA ATC 012021000355
Daño fiscal sobre el anticipo del contrato.

Cordial saludo:

La Auditoría General de la Republica, recibió su requerimiento, mediante la cual solicita se le resuelvan los siguientes interrogantes en el marco de un supuesto de hecho en el caso de un incumplimiento de un contratista por mal manejo del anticipo frente al cual la entidad está adelantando el proceso para afectar el amparo de manejo de anticipo así:

1. *¿Existe daño fiscal consolidado aún a pesar de que la administración tiene en curso acciones administrativas para la recuperación del dinero pagado a título de anticipo?*
2. *¿Existe daño fiscal consolidado, aun que la administración está en términos para liquidar y por vía de liquidación donde se puede compensar saldos para recuperar el anticipo?*
3. *En el supuesto factico general expuesto, ¿Cuál sería el hecho generador? ¿la firma del contrato que prevé el anticipo?, ¿la orden de desembolso del anticipo a la luz del contrato o el mal manejo del anticipo?*
4. *¿Pueden coexistir las acciones administrativas y la acción de responsabilidad fiscal?*

Antes de hacer pronunciamiento a su requerimiento, debemos informarle que dadas las funciones Constitucionales y Legales asignadas a la Auditoria General de la Republica, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000, donde establece la organización y funcionamiento de la Entidad, y específicamente el numeral 2 de artículo 13, donde se reglamentan las funciones de la Oficina Jurídica, instituyendo:

“Oficina Jurídica. Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad”.

Así mismo le informamos que, 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. (...)”

La Auditoría General de la República no emite conceptos de situaciones particulares o concretas que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia. Por lo tanto, no se puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que se ejerce un control posterior y selectivo de la gestión fiscal.

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...”

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, la Auditoría General de la República, no puede tener pronunciarse respecto de la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, por lo que cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

La Auditoría General de la República no es instancia de revisión en los procesos de responsabilidad fiscal, por tanto no le compete pronunciarse sobre las decisiones de fondo, sino que sus resultados están enfocados desde el punto de vista de la afectación a los principios de la gestión fiscal.

No obstante, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una clarificación sobre el tema planteado en la consulta, referente a que un contratista incurra en el mal manejo de un anticipo, y la entidad se encuentra adelantando las acciones para el amparo del mismo, solicitando varios interrogantes sobre el daño fiscal, pasa esta

Oficina Jurídica a formular algunas consideraciones de manera general y abstracta teniendo en cuenta las inquietudes formulada, bajo las siguientes manifestaciones:

1. Daño Fiscal

De conformidad con la Ley 610 de 2000, y el Decreto Ley 403 de 2020, el objeto de la responsabilidad fiscal es 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.

La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

“- Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concorra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.

- Un daño patrimonial al Estado.”

- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores”.

El elemento más relevante para que se dé la responsabilidad fiscal, es el daño, en consecuencia, no hay responsabilidad fiscal sin daño, y éste debe ser atribuido a título de dolo o culpa grave, debiendo existir una relación de causalidad entre la conducta y el hecho generador del daño.

Para establecer el daño, es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia de un 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 y determinado. La finalidad de la responsabilidad fiscal es meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria, que pueda corresponder por la misma conducta, lo que se debate dentro del proceso de responsabilidad fiscal 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.

Otro factor indispensable para hablar de daño fiscal, es la gestión fiscal, por lo tanto es necesario analizar si el presunto responsable fiscal, despliega una gestión fiscal, en el caso concreto donde se habla de un anticipo en un contrato, es necesario manifestar, que los contratos estatales, siempre involucran la ejecución de recursos públicos porque con ellos se paga al contratista. Sin embargo, este solo podrá reputarse gestor fiscal si gestiona fondos públicos.

2. ANTICIPO

Para vislumbrar mejor los interrogantes planteados en la consulta, es preciso establecer si el anticipo es un recurso público y si el contratista despliega una gestión fiscal.

En primera instancia, el anticipo se toma como recursos que la entidad entrega al contratista con el fin de financiarlo y no como pago por los trabajos o labores acometidas, con la obligación de que dichos recursos deberán amortizarse en proporción a la ejecución del contrato, pues se trata de una especie muy particular de préstamo. Lo anterior tiene consecuencias muy importantes, porque se trata de recursos públicos administrados por un particular (contratista).

Considerando que la doctrina ha indicado, que el contratista en lo referente a la administración del anticipo contractual, desarrolla una tarea propia de la denominada gestión fiscal, dada la naturaleza pública de los recursos entregados por el ente estatal, donde se habilita al particular como gestor de los recursos públicos, teniendo la facultad y disponibilidad jurídica, para administrar, invertir y disponer de estos recursos en la ejecución del contrato.

Por lo anteriormente expuesto, ante cualquier eventualidad donde se dé un indebido manejo sobre el anticipo contractual, se estaría inmerso a un proceso de responsabilidad fiscal en los términos de la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011.

De conformidad con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de fecha 4 de octubre de 2006 bajo el radicado número 11001-03-06-000-2006-00090-00(1773), M.P. Enrique José Arboleda Perdomo, exaltó lo siguiente:

“En la jurisprudencia y la doctrina es claro que como el pago es uno de los modos de extinguir las obligaciones, cuando la entidad estatal contratante pacta entregar al contratista recursos a título de pago anticipado, ingresan al patrimonio de éste, pudiendo en consecuencia disponer de ellos como propietario, sin restricciones. Por el contrario, cuando los recursos afectos al contrato se entregan al contratista a título de anticipo, se entiende que se trata de un mecanismo de financiación, de modo que siguen siendo dineros públicos que requieren de garantías y reglas para su manejo e inversión. (...) Estima la Sala que por tratarse de recursos públicos, la expresión “tesoro” ha de entenderse como “tesoro público”, que en concordancia con las normas orgánicas del presupuesto, significa también que los rendimientos producidos por los anticipos son recursos de capital tanto en el presupuesto general de la Nación como en el presupuesto de los establecimientos públicos, pues son producidos por recursos que se entregan para su administración y no a título de pago.”
(Subrayado fuera de texto).

En este sentido, si los recursos entregados al contratista son anticipos, estos, además de encontrarse sujetos a una destinación específica, son de naturaleza pública, y como tal, su administración por parte del contratista está sujeta al mismo régimen aplicable a los servidores públicos que administran recursos públicos.

Con referencia a la contratación estatal esta involucra directamente la inversión de recursos públicos mediante obras, servicios o suministros, los cuales permiten el correcto funcionamiento del engranaje estatal, buscando el cabal cumplimiento de los fines esenciales del Estado mediante la continua, real y eficiente prestación de servicios.

Actualmente los contratistas consultores, asesores, supervisores o interventores, son responsables fiscalmente tanto por el cumplimiento que se derivan de las obligaciones mismas del contrato suscrito, como también por los hechos u omisiones que les fueren atribuibles y causen daño a las entidades públicas, bien sea que se deriven de la celebración de un contrato o la ejecución del mismo.

Con el Estatuto Anticorrupción, todo contratista del estado es sujeto pasivo de responsabilidad fiscal, en tanto pueda el ente de Control Fiscal demostrar la existencia de un daño patrimonial. La Ley 1474 de 2011, incorpora la concepción de que cualquier contratista del estado podrá ser sujeto de responsabilidad fiscal por considerarlos gestores fiscales.

Una vez legalizado el contrato, se suscribe el acta de inicio por las partes, y aprobado el plan de inversión del anticipo por parte del interventor del contrato, la entidad contratante autoriza el desembolso del anticipo, una vez realizado dicho desembolso, se debe iniciar el ejercicio del control y vigilancia, donde le va a permitir a la administración verificar la forma como se ejecuta el anticipo, con el fin de establecer si en su desarrollo se está dando cabal cumplimiento, cualitativo y cuantitativo, a las obligaciones contractuales.

En este orden de ideas, en desarrollo de las facultades arriba mencionadas, es dable sostener que la entidad estatal contratante cuenta con las herramientas necesarias para detectar las anomalías que posiblemente puedan llevar a que se configure en cabeza de uno de ellos, de varios o de todos, un supuesto de responsabilidad contractual, penal, disciplinario y/o fiscal.

Cuando se da la materialización de cualquiera de los riesgos amparados, bajo la cobertura del buen manejo y correcta inversión del anticipo, se debe proceder de conformidad con el principio de responsabilidad, plasmado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, donde señala que los servidores públicos y los contratistas serán responsables dentro de la actividad contractual. Este estatuto también determina qué tipo de responsabilidad se les puede predicar.

En lo que tiene que ver con el manejo e inversión del anticipo, hay que decir que esta es quizá una de las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento puede causar más responsabilidades adicionales a la responsabilidad civil, para los sujetos que intervienen en esta actividad.

El anticipo, por tratarse de un dinero público, debe tener la total seguridad de su retorno integral, sea por vía de la amortización o por vía de la indemnización, tal como lo ha previsto el artículo 7 del decreto 4828 de 2008, instituyendo:

“Artículo 7°. Suficiencia de la garantía. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2493 de 2009. Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas: (...)

7.:2 Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El valor de esta garantía deberá ser equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.”

El mencionado decreto estableció el procedimiento que debe adelantar la entidad para hacer efectivas las garantías, diferenciando los supuestos de hecho en los cuales puede efectuarse la reclamación al garante, a saber: caducidad, multa o incumplimiento. En los tres casos, es de aclarar que la acción fiscal no altera el riesgo asegurado, la suma asegurada ni las demás condiciones propias del contrato de seguro, el contrato de seguro no se altera en su alcance y particularidades por el hecho de que exista un proceso de responsabilidad fiscal.

En el evento que el contratista no invierta correctamente tales recursos quedaría subsumido dentro de una responsabilidad fiscal, dada la naturaleza del anticipo como recurso público, y la condición de administrador que sobre tales recursos tiene el contratista, pero si la entidad pública realiza la reclamación de la reparación a través de la póliza de seguros, el daño se subsana y desaparece la responsabilidad fiscal de este contratista, trasladándose a favor de la compañía de seguros que adquiere la facultad de repetir por vía civil en contra de aquél.

También pueden ser responsables de daño fiscal, los servidores públicos que intervengan en el proceso de contratación con anticipos, ya sea que, por vía de acción u omisión, dejen de cumplir o cumpla de forma negligente con la función de vigilancia y control permanente sobre la ejecución del anticipo, por lo tanto, estarían inmersos para que el órgano de control fiscal investigue y sancione su conducta.

Por último, es preciso mencionar que en efecto, corresponde a las autoridades administrativas adelantar todas las acciones necesarias para la reclamación ante la aseguradora de la respectiva póliza que ampare la correcta inversión del anticipo, sin que ello implique una restricción para adelantar el respectivo proceso de responsabilidad fiscal en los términos exigidos normativamente si la valoración de parte de la autoridad da cuenta de la presentación de los supuestos consagrados en la Ley para que se adelante un proceso de responsabilidad fiscal.

Con fundamento en lo antepuesto, se deja consignado el criterio respecto al tema planteado, sin que pueda entenderse como la determinación de una decisión, 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.

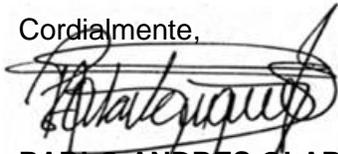
Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Finalmente, le manifestamos 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.

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos jurídica@auditoria.gov.co.

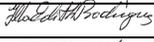
También la puede diligenciar de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón encuesta de satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña que le fue asignada, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordialmente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Ilba Edith Rodríguez Ramírez		01/06/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		01/06/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		01/06/2021

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.