



Radicado No: 20211100037821

Fecha: 04-11-2021

Bogotá D. C,
110.

Señora

ADRIANA JARAMILLO.

Correo electrónico: nanajara@yahoo.com

Bello – (Antioquia).

E. S. M.

Referencia: Concepto 110.079.2021
Respuesta SIA-ATC No. 012021000716.
Concepto sobre el daño patrimonial, como elemento de la responsabilidad fiscal.

Estimada señora Adriana;

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del día 15 de septiembre del 2021, en el que hace la siguiente consulta:

“(...) quiero por favor que me resuelvan la siguiente inquietud. si se hizo unos estudios previos para contratar un contador por 30 días y costó \$26.000 el día y se hace otro para contratar a ese mismo contador y bajo las mismas circunstancias y no cambia para nada los estudios previos y la propuesta y cuesta \$20.000 diarios, se puede hablar que en un contrato inicial hubo un sobrecosto? (...)”.

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 dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. 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.

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).

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta, pues como se expuso anteriormente, será la respectiva contraloría, la encargada de analizar la norma y darle la aplicación correspondiente. Lo anterior sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

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 termino 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. (...)

Con el objeto de brindar una ilustración que contribuya a dar mayor claridad sobre el tema consultado, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto en comento, así:

1. DEL DAÑO PATRIMONIAL COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL:

El régimen de responsabilidad fiscal, fue definido por el legislador en el artículo 1 de la Ley 610 del 2000¹ como: *“(...) el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el*

¹ *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías” - 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'.*

ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta², causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado (...)".

En cuanto a su origen, el proceso de responsabilidad fiscal se podrá iniciar o dar apertura a través de los órganos de control fiscal de índole territorial o de orden nacional, cuando la ciudadanía y los veedores presenten sus respectivas denuncias o quejas, cuando las entidades vigiladas así lo soliciten, y como consecuencia del Plan General de Auditorías (PGA), realizadas por las autoridades fiscales en el ámbito de sus competencias.

Asimismo, la norma ibídem, en su artículo 4³ estableció el objetivo de la responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

"(...) 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 (...)".

Ahora bien, vale la pena aclarar que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad, ya sea administrativa, penal o disciplinaria.

Lo anterior para establecer que el principal objetivo que pretende la acción fiscal, es la determinación de la responsabilidad fiscal, con el fin de recuperar los dineros sustraídos al erario y, en general, buscar el resarcimiento de los daños al patrimonio público.

Así las cosas, el principal instrumento jurídico y eficaz con que cuenta el Estado para determinar la responsabilidad fiscal es el proceso de responsabilidad fiscal, por medio del cual se procura recuperar los dineros públicos malversados o extraviados como consecuencia de una inadecuada gestión fiscal, se trata de un proceso de naturaleza administrativa, a cargo de la Auditoría General de la República, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales.

En lo que atañe a las características del proceso de responsabilidad fiscal, fue objeto de pronunciamiento jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-338 del 2014, en la cual estableció:

² Corte Constitucional: aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840-01 de 9 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, 'bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal'.

³ <Artículo modificado por el artículo 124 del Decreto Ley 403 de 2020.

“(…) PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL- Características

Con base en el régimen jurídico vigente en cada momento, se han establecido una serie de características predicables de esta forma de responsabilidad. En la jurisprudencia constitucional se ha expresado que la responsabilidad fiscal i) es de naturaleza administrativa; ii) es determinada a partir de un proceso de esta misma naturaleza, es decir, un proceso administrativo; iii) no tiene un carácter sancionatorio, sino eminentemente resarcitorio, pues busca recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal, teniendo esta suma como límite a exigir; y iv) en este proceso se deben observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal (…).”

En ese orden de ideas, el artículo 5⁴ de la normatividad especial que antecede, es clara en determinar cuáles son los tres (3) elementos estructurales de la responsabilidad fiscal así:

“(…) 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, concurra, 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 (…).”*

Aunado lo anterior, la misma normatividad en materia fiscal⁵ en su artículo 6 estableció la naturaleza jurídica del concepto del daño patrimonial al Estado, en los siguientes términos:

“(…) Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo (…).”

Al respecto la Corte Constitucional, se pronunció entre varias en la sentencia **C-340/07**, al afirmar que:

“(…) Los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, se limita a una simple definición del daño,

⁴ Art. 5° “Elementos De La Responsabilidad Fiscal”. <Artículo modificado por el artículo 125 del Decreto Ley 403 de 2020.

⁵ Ley 610 de agosto 15 del 2015, artículo 6° <Artículo modificado por el artículo 126 del Decreto Ley 403 de 2020.

que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución. No cabe decir lo mismo de la expresión “inequitativa”, pues al disponer la norma que la responsabilidad fiscal puede ser producto de una gestión fiscal inequitativa no está dando parámetros que permitan establecer de manera previa, cierta y objetiva, cuando una conducta puede considerarse inequitativa y, por esa razón, determinante de que un daño patrimonial al Estado pueda ser atribuido al agente a título de dolo o de culpa. Esa indeterminación resulta violatoria de los principios de legalidad y tipicidad consagrados en el artículo 29 de la Constitución y que resultan aplicables en todos aquellos eventos en los que se pretenda establecer la responsabilidad de una persona (...).”

En la misma sentencia⁶ de demanda de inconstitucionalidad, la Corte se manifestó sobre el alcance del uso indebido de bienes o recursos públicos que causen daño al patrimonio del Estado, en el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

“(…) Al incluir la norma demandada el concepto de uso indebido como categoría autónoma representativa de la lesión al patrimonio público, paralela a otras expresiones de daño como menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro, desnaturaliza el concepto de daño, con implicaciones no sólo desde el punto de vista de la técnica legislativa -lo cual no es objeto del control de constitucionalidad- sino desde la perspectiva de su conformidad con la Constitución, puesto que, ciertamente, como se señala en la demanda, se afecta la posibilidad de desvirtuar la responsabilidad fiscal acreditando la ausencia de daño, con lo cual el juicio fiscal se tornaría en sancionatorio, porque la condena no tendría efecto reparatorio o resarcitorio, sino meramente punitivo, lo cual implicaría, a su vez, atribuir a las contralorías una competencia para investigar conductas indebidas e imponer las correspondientes sanciones, lo cual, como lo ha señalado esta corporación, no puede hacer el legislador, puesto que no está a su alcance, más allá de la distribución de competencias realizada por la Constitución, atribuir a las contralorías el ejercicio de un control disciplinario que de acuerdo con la Carta corresponde a otros órganos. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte habrá de declarar la inexequibilidad de la expresión “uso indebido” contenida en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, sin que, por otra parte, ello implique que no se pueda derivar responsabilidad fiscal por el uso indebido de los bienes o recursos del Estado, porque, en la medida en que de tal uso se derive un daño al patrimonio del Estado, entendido como la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, producida en los términos de la Ley 610 de 2000, el agente será fiscalmente responsable (...).”

En materia de responsabilidad fiscal por sobrecostos, resulta ilustrativo el siguiente precedente jurisprudencial del Consejo de Estado (Acción Popular E. No. 25000-23-26-000-2003-01195-01 de 2005),

⁶ C-340/07.

consignado en la sentencia de 10 de marzo de 2005, de cara a la protección a los derechos colectivos de la moralidad administrativa y de defensa del patrimonio público en el cual se indicó:

*“[...] Al reconocer el legislador que el fenómeno de los sobrecostos en la contratación estatal puede constituir un atentado contra los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público, no hace otra cosa que dar aplicación efectiva no sólo **al principio constitucional de moralidad, sino también a los de eficacia y economía que rigen la función administrativa**, (art. 209), de acuerdo con los cuales las autoridades administrativas deben lograr los fines para los cuales fueron creadas las entidades a las cuales sirven -y que directa o indirectamente tienden a la satisfacción de un interés general-, y deben hacerlo empleando para ello el mínimo de gastos y esfuerzos, es decir, maximizando sus recursos y sacando el mejor provecho de ellos.*

Es así como, por ejemplo, en materia de contratación estatal, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, establece que los servidores públicos tendrán en cuenta que con la celebración y ejecución de los contratos estatales deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

De otro lado, uno de los principios que rigen la contratación estatal –además de los generales de la función administrativa: economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, art. 3 del C.C.A- es el de la selección objetiva, que implica escoger al proponente que ofrezca las condiciones más convenientes para la Administración, o sea, la oferta más favorable a la entidad y a los fines que ella busca (art. 29, Ley 80/93); se pretende entonces, que la selección se haga a “...la propuesta más económica, aunque ello no sea sinónimo de la propuesta más barata, sino de la que refleja la mejor relación entre calidad y precio. La administración debe entonces hacer ‘las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello’ (art.29)...”

*Quiere ello decir que si un contrato estatal se celebra con desconocimiento de esos análisis que debe efectuar la Administración antes de adjudicarlo, **haciendo caso omiso de los precios y condiciones del mercado, y se pacta en él un valor que vulnera estas limitaciones, superando en forma exagerada el promedio de costos de los bienes, servicios, obras, etc., objeto del contrato, no sólo se estará desconociendo el principio de la selección objetiva**, por cuanto no se cumple la finalidad de seleccionar la oferta más favorable, sino que también se vulnerarán los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público.*

III- El sobrecosto:

*De acuerdo con lo estipulado en el inciso segundo del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que se refiere al deber de selección objetiva determinando que ésta se produce cuando la escogencia se hace a la oferta más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en cuenta factores subjetivos como afecto o interés, “Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, (...) resulta ser el más ventajoso para la entidad, **sin que la favorabilidad la constituyan (...) el más bajo precio o el plazo ofrecido”** (negritas fuera de texto), estableciendo que el administrador debe efectuar las comparaciones del caso “...mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, **la consulta de precios o***

condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello”

De acuerdo con los términos de esta norma, el precio de las ofertas no puede ser el único criterio de evaluación y calificación de las mismas, puesto que existen otros factores que también resultan importantes para la Administración a la hora de contratar ya que inciden en la debida ejecución del objeto del contrato que pretenda celebrar; en consecuencia, el solo hecho de que la oferta seleccionada presente un precio superior al ofrecido por otros participantes en el proceso de escogencia del contratista, bien sea licitación pública o contratación directa, no significa que se esté violando el deber de selección objetiva.

¿Qué se debe entender entonces, por “sobrecosto” en los procesos de contratación?

Al respecto, se observa que el término ha sido manejado en materia de contratación estatal para determinar esos mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal.

Sin embargo, para los efectos contemplados en la Ley 472 de 1998, la acepción de tal término es otra, por cuanto tiene que ver con el valor del contrato celebrado, teniendo en cuenta los precios reales del mercado, que en cumplimiento del deber legal impuesto, han debido ser analizados y estudiados por la Administración de manera previa a la iniciación del proceso de selección y contratación.

Los precios reales del mercado son “lo que, de acuerdo con las reglas del mercado, pueda ser el costo de los bienes, servicios, suministros, etc. Es decir, del objeto u objetos a contratar, en un lugar determinado, en un momento determinado, bajo determinadas circunstancias y conforme a las variables que el objeto del contrato implique, tales como cantidad, calidad, especialidad, etc. Lo anterior con el propósito ineludible de que la administración no pague más, ni pague menos, de lo que verdaderamente cuestan en el tráfico jurídico ordinario dichos bienes o servicios” [...]. (Las negrillas no son del texto).

Con lo descrito hasta el momento, este Despacho procede a responder a su pregunta así:

“si se hizo unos estudios previos para contratar un contador por 30 días y costó \$26.000 el día y se hace otro para contratar a ese mismo contador y bajo las mismas circunstancias y no cambia para nada los estudios previos y la propuesta y cuesta \$20.000 diarios, se puede hablar que en un contrato inicial hubo un sobrecosto?”.

Con fundamento legal y jurisprudencial en lo preceptuado hasta el momento, es pertinente manifestar que el actuar de entidades públicas en materia de contratación estatal debe ser con la mayor austeridad en el gasto público y este a su vez se debe ceñir estrictamente a los postulados Constitucionales, legales y reglamentarios aplicables, , de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a las leyes vigentes que regulan la materia, además el principio de legalidad implica la sujeción de la Administración a sus propias normas. En ese entendido, de manera orientativa se informa lo siguiente:

Para el caso objeto de estudio, es preciso indicar que de manera automática no se podría hablar de un presunto detrimento patrimonial por sobre costo, corresponde evaluar en detalle el conjunto de estudios que dieron sustento a la determinación del costo del contrato y en ese entendido en caso de encontrarse los elementos propios de un detrimento patrimonial ahí sí proceder a examinar si la conducta fue dolosa o gravemente culposa del respectivo gestor fiscal y el nexo causal entre ambos elementos estructurales de responsabilidad fiscal y por ende cada caso en particular deberá ser analizado de manera individual.

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:

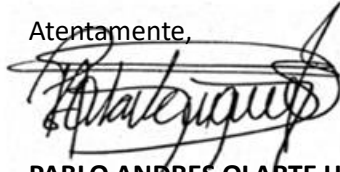
“...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes 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 fuera de texto)

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

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia: avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D. C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y

laabril@auditoria.gov.co . Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña **cfc5c71e**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

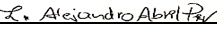

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET

Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra		04-11-2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		04-11-2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		04-11-2021

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.