



**Función Pública**

## Concepto 137811 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000137811\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000137811

Fecha: 21/04/2021 10:12:18 a.m.

Bogotá D.C.

REF: PERSONERO. CONTRALOR. Funciones. Bien entregado en comodato. RAD. 20212060197722 del 20 de abril de 2021.

La Procuraduría Auxiliar Asuntos Constitucionales, mediante Auto 031 del 16 de abril de 2021, ordenó la remisión a este Departamento de su solicitud, mediante la cual informa que un municipio entrega a la junta de Acción Comunal del barrio en comodato un bien fiscal para el cumplimiento de las actividades de dicha junta. La junta de acción comunal, una vez firmado el comodato arrienda el bien fiscal para primeras comuniones, matrimonios, grados y otros eventos quedándose con el dinero del arrendamiento. Con base en esta información, consulta:

1. ¿Se presenta alguna irregularidad de carácter disciplinario, fiscal o penal por parte del alcalde por permitir el arriendo de los bienes fiscales entregados en comodato?
2. ¿Incorre el presidente de la junta de acción comunal en algún delito o falta disciplinaria por el hecho de arrendar el bien fiscal entregado en comodato y dejar para la junta de acción comunal los emolumentos obtenidos del arrendamiento?
3. ¿El personero del municipio tiene por facultad controlar el uso de los bienes fiscales del ente territorial?

Sobre las inquietudes planteadas, le informo que este Departamento no es competente para absolver las contenidas en los numerales 1 y 2, razón por la cual, por tratarse de un contrato de comodato en la que interviene una entidad pública, será remitida a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.

En cuanto a la consulta contenida en el punto 3, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 136 de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", establece las funciones de los personeros municipales:

“ARTÍCULO 178. FUNCIONES. El Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones del Ministerio Público, además de las que determine la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las ordenanzas, las decisiones judiciales y los actos administrativos, promoviendo las acciones a que hubiere lugar, en especial las previstas en el artículo 87 de la Constitución.
2. Defender los intereses de la sociedad.
3. Vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales.
4. <Aparte tachado DEROGADO> Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes acogiéndose a los procedimientos establecidos para tal fin por la Procuraduría General de la Nación, bajo la súper vigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones.

Las apelaciones contra las decisiones del personero en ejercicio de la función disciplinaria, serán competencia de los procuradores departamentales.

(...)”

Por su parte, la Constitución Política, respecto a los Contralores regionales, indica:

“ARTICULO 272. <Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

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

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

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal.

La Auditoría General de la República realizará la certificación anual de las contralorías territoriales a partir de indicadores de gestión, la cual será el insumo para que la Contraloría General de la República intervenga administrativamente las contralorías territoriales y asuma competencias cuando se evidencie falta de objetividad y eficiencia.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

(...)"

"ARTICULO 268. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

(...)

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones fiscales, penales o disciplinarias contra quienes presuntamente hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos fiscales, penales o disciplinarios.

(...)

16. Ejercer, directamente o a través de los servidores públicos de la entidad, las funciones de policía judicial que se requieran en ejercicio de la vigilancia y control fiscal en todas sus modalidades. La ley reglamentará la materia.

17. Imponer sanciones desde multa hasta suspensión a quienes omitan la obligación de suministrar información o impidan u obstaculicen el ejercicio de la vigilancia y control fiscal, o incumplan las obligaciones fiscales previstas en la ley. Así mismo a los representantes de las entidades que, con dolo o culpa grave, no obtengan el fenecimiento de las cuentas o concepto o calificación favorable en los procedimientos equivalentes para aquellas entidades no obligadas a rendir cuenta, durante dos (2) períodos fiscales consecutivos.

(...)."

De acuerdo con los textos legales citados, el personero municipal ejerce la función disciplinaria sobre los servidores públicos municipales, vale decir, supervisa y sanciona las conductas de los mismos que conforme al debido proceso, se demuestre su responsabilidad.

Por su parte, el contralor regional, ejerce vigilancia sobre el control fiscal, establece la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal e impone las sanciones pecuniarias que sean del caso.

Sobre la diferencia entre el control disciplinario y el control fiscal, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en su Sentencia [C-077](#) del 7 de febrero de 2007, con ponencia del Magistrado Jaime Araújo Rentería, señaló:

"4) Diferencias y semejanzas entre el proceso fiscal y el proceso disciplinario:

Tradicionalmente se ha considerado que las responsabilidades que derivan de estos dos tipos de procesos son autónomas: mientras la responsabilidad fiscal sería solo resarcitoria, la responsabilidad disciplinaria sería eminentemente sancionatoria.

El artículo 1 de la Ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal 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 ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.*"; a su vez para el artículo 4° de la misma normatividad, la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, resarcimiento que se logra mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense dicho perjuicio.

Para este tribunal constitucional "*La responsabilidad fiscal se declara a través del trámite del proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregulares de los dineros o bienes públicos. De este modo, el proceso de responsabilidad fiscal conduce 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.*

*Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio".*

Teniendo en cuenta lo anterior la misma Corporación dedujo que el proceso de responsabilidad fiscal tiene como características:

- a) Es de naturaleza administrativa por estar orientado hacia al establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos;
- b) Es igualmente de naturaleza patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal;
- c) No tiene un carácter sancionatorio ni penal, siendo en consecuencia una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos;
- d) Está regido por el debido proceso, o sea en el juicio de responsabilidad fiscal también se deben observar las garantías sustanciales y procesales.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, a pesar de que los principios del derecho penal de naturaleza constitucional se aplican, en principio, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado, incluido el derecho disciplinario, éste tiene sus características propias, por estar orientado a la protección de la organización y funcionamiento de la administración pública, o más específicamente, en consideración a la importancia del interés público protegido. Esto ha permitido la aplicación restringida de las garantías que en el sistema penal son exigidas, diferenciando la finalidad del régimen disciplinario de la del régimen penal:

*"El derecho disciplinario pretende garantizar "la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo" (Sentencia. C-341 de 1996), cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional.*

La Corte ha precisado igualmente que, en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto

interfieran tales funciones (Ibídem). De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas. (C-373 de 2002).

En este sentido también ha dicho la Corte que, si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que - por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia (C-181 de 2002).

Según la jurisprudencia citada, mientras el derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo, la responsabilidad fiscal, que es declarada a través del trámite del proceso de responsabilidad fiscal, es un conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregulares de los dineros o bienes públicos.

Es importante señalar que las acciones disciplinarias y fiscales no son excluyentes, vale decir, pueden existir fallos en ambos sentidos por una misma causa.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el control fiscal sobre los bienes del municipio que fueron entregados en comodato, es de competencia de la contraloría municipal. No obstante, la personería podrá investigar y emitir fallo disciplinario contra el servidor del nivel municipal que, conforme al debido proceso, se demostró que incurrió en falta disciplinaria dentro del proceso administrativo de contratación (contrato de comodato).

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:21:10