



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No: 20171100010711

Fecha: 30-03-2017

Bogotá,  
110

2017000110

## PETICIONARIO ANÓNIMO

Referencia: **Su solicitud de concepto con radicado 2017-233-000954-2 DE 1 DE MARZO DE 2017 SIA ATC 012017000110**

Respetado peticionario:

La Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República procede a dar respuesta a su consulta elevada con el radicado señalado en el asunto, en los siguientes términos:

### • SINTESIS DE LA CONSULTA

*"Año de los hechos 2017*

*¿Teniendo en cuenta la Naturaleza de la Auditoría, qué se entiende por CERTEZA DEL DAÑO, y si la PRESUNTA CERTEZA, puede ser considerada como presupuesto para iniciar un proceso de responsabilidad fiscal?*

### • CONSIDERACION PRELIMINAR

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

### CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA

El control fiscal está regulado por la Constitución Política, con el fin de procurar medidas efectivas en la protección del patrimonio público, y en tal sentido, a través

*Vigilando para todos*



Cra. 57C No. 64A-29, barrio Modelo Norte • Bogotá D.C. • Colombia  
PBX: [57-1] 318 68 00 - 381 67 10 • Línea gratuita 018000 120205  
participacion@auditoria.gov.co @auditoriagen auditoriageneral  
www.auditoria.gov.co

del artículo 267 estableció que era una función pública que sería ejercida por la Contraloría General de la República en relación con la vigilancia de la gestión fiscal de la administración de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación, y a las contralorías territoriales lo propio en relación con la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías.

En relación con la competencia para el ejercicio del control fiscal se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“La competencia para ejercer el control de la gestión fiscal está distribuida entre las Contralorías General de la República, departamentales, distritales y municipales donde haya contralorías, con base en los criterios consignados en la Constitución Política (Artículos 267 a 272), que la Sala identificó, en el concepto 1007 de 1997, en los siguientes términos:*

*“a) Según la pertenencia de los fondos o bienes. Conforme al inciso 1º del artículo 267 de la Constitución Política corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de los fondos o bienes de la Nación.*

*b) Según el nivel de la entidad dentro de la estructura del Estado. El artículo 272 de la Constitución dispone que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y a la contralorías departamentales incumbe la de los municipios que carezcan de dicho órgano de control, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.*

*c) Según el arbitrio legislativo. Los artículos 267 y 272 de la Constitución prevén que la ley, esto es, el legislador determine los casos especiales, en que la vigilancia de la contraloría se puede realizar por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. Así mismo, se defiere a la ley la fijación de los casos excepcionales en los que la Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”*

En concordancia con lo anterior, en el Concepto 1662 de 2005, emitido por esta Sala, se sostuvo:

*“La competencia de la Contraloría General está dada con referencia a los bienes objeto de la vigilancia fiscal en tanto sean de la Nación, la competencia de las contralorías territoriales está referida al sujeto pasivo de la función fiscal, esto es la entidad territorial, y además está circunscrita al ámbito de su jurisdicción, en las voces del artículo 272, inciso sexto, ibidem (...)” así:*

*“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 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.” (Subraya la Sala). “(...) Se tiene entonces que la*

*competencia de las contralorías territoriales, determinada constitucionalmente por la "jurisdicción", queda fijada respecto de las entidades que integran la estructura central y descentralizada de la administración del departamento, distrito o municipio que delimita territorialmente esa jurisdicción, y respecto de los bienes de esas mismas entidades (...)"*

*(...) En el orden territorial, son sujetos de control fiscal los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y los particulares que administren o manejen bienes o fondos del departamento (art.3º).*

*Por su parte, el artículo 65 ibídem, prevé que "Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley".*

De conformidad con lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política, que les otorga la atribución de "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 sobre los alcances deducidos de la misma", pueden adelantar procesos de responsabilidad fiscal, cuyo procedimiento se encuentra regulado en la Ley 610 de 2000, sobre el cual nos apoyaremos para dar respuesta a su requerimiento.

Encontramos entonces que en el artículo 39, el legislador dispuso la posibilidad de adelantarse una "indagación preliminar", cuando no se ha podido determinar con claridad, entre otros elementos, la certeza sobre la ocurrencia **de los hechos**, que acaecidos, dieron lugar a un daño fiscal.

Posteriormente, establece como requisito para proferir Auto de Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal, 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."

Lo anterior sugiere que a partir de la certeza de la ocurrencia de unos hechos, del que pueda inferirse la existencia de un daño fiscal, es posible abrir el Proceso de Responsabilidad Fiscal, y en el curso del mismo, verificar la existencia de cada uno de los elementos integrantes de la responsabilidad fiscal de que trata el artículo 5 de la Ley en comento, siendo éstos: *Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.* El numeral 5 del artículo 41 de la norma en cita, también permite esta inferencia, cuando establece el inicio del proceso, sin haberse establecido una cuantía real del daño que se hubiera causado al erario, sino una estimación, por cuanto esa certeza sería producto del resultado las pruebas aportadas y/o practicadas en el proceso.

Así mismo, el hecho de que la norma contemple que en el trámite del proceso se pueda proferir Auto de Archivo "cuando se pruebe que el hecho no existió, **que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal**, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma." (Subrayado fuera de texto).

No podemos dejar de revisar los requisitos para proferir Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal, en el que es clara la disposición según la cual, para surtir esta etapa procesal, el elemento daño o detrimento patrimonial al Estado esté demostrado objetivamente, lo que refuerza la tesis de éste Despacho.

Por último, es el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, el que aclara cualquier duda que persista en relación con el asunto, cuando dispone que para proferir fallo con responsabilidad fiscal, **debe obrar prueba en el proceso** que conduzca a establecer la certeza de la existencia al daño patrimonial al Estado, prueba por supuesto obtenida durante su trámite.

De esta forma, de manera general y abstracta damos respuesta al interrogante planteado, recordándole que el presente concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, por lo tanto no tiene carácter obligatorio ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



**ROBERTO ENRIQUE ARRÁZOLA MERLANO**  
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Martha Galindo – Abogada Oficina Jurídica