

FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMADA



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No: 20171100033911

Fecha: 18-09-2017

Bogotá, RN 827163018 CO
110

Doctora
MAGDA MILENA AMADO GAONA
Carrera 21 No. 35-264 casa 42
Quintas del Campestre Cañaveral
Floridablanca Santander

Referencia: **RADICADO: 20172330040502 - SIA ATC 2017000698**

Cordial saludo:

En atención a su solicitud del concepto referido en el asunto, procede la Oficina jurídica a efectuar el siguiente pronunciamiento.

Inquietudes planteadas por el consultante en los siguientes términos:

- Solicito se me expida concepto de la denominación llamado de atención prescrito en el artículo 100 de la Ley 42 de 1993, cuál es su naturaleza jurídica, sus consecuencias y alcances o finalidades y en qué casos es viables su utilización.
- Los llamados de atención son viables al final, o concómitante en el proceso auditor.
- El llamado de atención se puede realizar al final del proceso auditor. Si existen hallazgos.
- La guía de auditoria territorial que naturaleza jurídica, su fundamento jurídico y si es de obligatorio cumplimiento para todas las Contralorías.
- Cuál es el concepto de gestión antieconómica y en qué casos se configura un hallazgo por la gestión antieconómica.
- En qué momento del proceso auditor se establece el deber para el Contralor de trasladar hallazgos penales, disciplinarios y fiscales.
- Cuáles son los requisitos para estructurar definitivamente un hallazgo con incidencia penal, disciplinaria y fiscal.

El control fiscal de conformidad con lo señalado en la Constitución Política, es una función pública que se ejerce en forma posterior y selectiva acorde con los procedimientos y principios que establezca la ley para vigilar la gestión fiscal de la

19 SEP 2017

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

administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, cuyo ejercicio corresponde a la Contraloría General de la República.

Para el desarrollo de tales competencias el artículo 268 de la Carta Política, señala las funciones que le competen al Contralor General de la República, y en las mismas condiciones el artículo 272 en su inciso 5º dispone que "(...) *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...*"

Por su parte el legislador expidió la Ley 42 de 1993, a través de la cual se expiden las normas relacionadas con la organización del sistema de control fiscal, señalando los principios, procedimientos y organismos que los ejercen en los diferentes niveles territoriales. Las amonestaciones o llamados de atención se encuentran establecidos en el artículo 100 de la Ley 42 de 1993, donde se le da la facultad a las Contralorías para amonestar o llamar la atención a cualquier entidad de la administración, servidor público o particular que maneje fondos o bienes del Estado, con base en los resultados de la vigilancia fiscal, cuando han obrado contrariando los principios establecidos en el Artículo 9º de la Ley 42 de 1993, surgiendo de allí la facultad sancionatoria.

"Artículo 9º.- Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes.

Parágrafo.- Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial."

Las sanciones fiscales se imponen por virtud del control fiscal y para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de esas personas en brindar información sobre sus actuaciones frente al manejo del recurso público. El bien jurídico tutelado con las sanciones fiscales de amonestación o llamado de atención y multas, es el debido ejercicio de la función pública de control fiscal, con el fin de garantizar la debida destinación y ejecución de los recursos aportados por la comunidad.

En el proceso auditor, se auditan son procesos, con el fin de evaluar la gestión y el resultado de cada uno. Dentro del mismo se hacen observaciones las cuales el auditor deja la conclusión a la que llega tras practicar pruebas de auditoría y comparar una condición con el criterio, dejando registro de las mismas de manera explicativa y lógica, complementadas con su impacto o efectos, una vez surtido el proceso de contradicción de las mismas por parte del auditado, se puede mantener o no las observaciones, cuando se mantiene, se entra a determinar la

connotación del hallazgo, que para el caso que nos ocupa entraría con connotación de hallazgo sancionatorio.

Dentro de la Administración, el Derecho Sancionador tiene como finalidad mantener el orden del sistema y reprimir por medios coactivos, aquellas conductas de las personas que manejan fondos o bienes del Estado, que con su actuar contrarié las políticas del ente estatal, quien incurra con la inobservancia impuesta por el ordenamiento administrativo, ya sea por acción u omisión se les impondrán las sanciones establecidas en la Ley 42 de 1993, por medio de un proceso administrativo sancionatorio.

Con referencia a su consulta, sobre la guía de auditoria territorial, esta Oficina Jurídica indica:

En desarrollo de la gestión encomendada a las Contralorías, con el fin de unificar el ejercicio del control fiscal se ha generado la herramienta de la guía de auditoria territorial, la cual permite una mayor efectividad y oportunidad en el logro de los resultados que genera el proceso auditor.

El artículo 130 de la Ley 1474 de 2011, fundo como instrumento de apoyo a la gestión institucional de las Contralorías Territoriales, dentro del proceso auditor, "La Guía de Auditoria Territorial", organizando la creación de una metodología para el proceso auditor en el nivel territorial, constituyéndose en una herramienta vital de trabajo, y medio idóneo, para garantizar que el control fiscal está orientado a minimizar los riesgos, evitando la pérdida de los recursos públicos y poder disminuir los índices de corrupción, ya que está fundamentada con un enfoque de riesgos y controles, cuyo objetivo primordial es verificar que la prestación de los bienes y servicios, se orienten hacia el cumplimiento de los fines del Estado. Por lo anteriormente expuesto, y como se encuentra regulado por la Ley, es de obligatorio cumplimiento para todas las Contralorías Territoriales.

Referente a la inquietud plasmada por la consultante, sobre gestión antieconómica, es necesario precisar que el artículo 3º de la Ley 610 de 2000 establece que es gestión fiscal.

"Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

De la definición transcrita se deduce que el sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal son los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado.

Es oportuno traer a colación apartes de la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de algunas normas de la precitada Ley:

"Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, al tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa; de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos, es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obro con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso según voces del artículo 29 Superior"

La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: 1. Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. 2. Un daño patrimonial al Estado. 3. Un nexo causal entre los dos elementos anteriores. El elemento vital de la responsabilidad fiscal es el daño, una vez que

se ha establecido el mismo, ha de investigarse la conducta del servidor público o particular que maneje, recaude, administre fondos o bienes públicos,

Según el artículo 6º. de la Ley 610 de 2000 define el daño patrimonial:

"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, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa 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 las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público." El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007

El daño patrimonial al Estado, como su nombre lo indica, es de carácter estrictamente pecuniario o económico, consistente en la pérdida de recursos por parte del Estado, conllevando al empobrecimiento del erario Público, siendo un daño material del quebranto económico por una gestión antieconómica.

Referente a la inquietud de los hallazgos, es necesario manifestar que son hechos o situaciones de importancia en la evaluación y vigilancia de la gestión fiscal, y que se identifican como resultado de la aplicación de los sistemas de control en el ejercicio del Proceso Auditor.

El hallazgo fiscal se presenta cuando el desarrollo de la gestión fiscal es contraria a los principios de la misma y suficiente para producir un daño cuantificado al patrimonio del Estado, es el fundamento de la acción fiscal y, por ende, da lugar a iniciar el Proceso de Responsabilidad Fiscal por hechos irregulares, reprochables, inconvenientes, perjudiciales, o nocivos en el desarrollo de la gestión fiscal.

Sobre el tema del traslado de los hallazgos, según la connotación de los hallazgos se trasladan así: Los Fiscales a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de las Contralorías. Los Disciplinarios y Penales se remiten a la autoridad competente. Dentro de dicho traslado se debe incluir una descripción de los hechos y conclusiones consignadas en el Informe de Auditoría, en todo caso la totalidad del traslado de los hallazgos a las instancias pertinentes se realizará dentro de los términos establecidos en los manuales y procedimientos internos de la entidad, asegurando que los hallazgos contengan técnicamente todo el acervo probatorio necesario, y dando cumplimiento a los principios de eficacia y celeridad en las actuaciones administrativas que exige el artículo 3º de la ley 1437

de 2011; y los de la función administrativa que impone el artículo 209 de la Constitución Política.

La estructuración de un hallazgo con connotación penal, es cuando de manera concluyente el equipo auditor establece que presuntamente existen hechos con características a la violación del delito establecido en la Ley 599 de 2000, ya sean delitos en particular o de delitos contra la Administración Pública. Al redactar y trasladar los hallazgos penales es importante tener cuidado en no calificar la conducta como punible, ya que esta calificación le corresponde a las autoridades penales con el fin de determinar si la conducta es típica, antijurídica y culpable

Los Hallazgos con connotación disciplinaria, se estructura cuando presuntamente revisten una característica de falta disciplinaria en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, ya sea por incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, por las prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, o impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad de ese mismo ordenamiento.

De esta manera la Oficina Jurídica, da respuesta a las inquietudes planteadas en la solicitud del concepto, manifestándole que el mismo, se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aclarando que el presente análisis se limita a precisiones de carácter general y abstracta, sin que se entre a evaluar ningún caso en concreto, ni la relación de hechos allí consignada.

Confiando en que se despejen las inquietudes planteadas, me suscribo de usted.

Atentamente,



ROBERTO ENRIQUE ARRAZOLA
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Iba Edith Rodríguez Ramirez *ER*
Professional Universitario Grado 02