



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No: 20171100046771

Fecha: 26-12-2017

Bogotá,
110

Señora
ADRIANA VALLEJO DE LA PAVA
avallejodelapava@gmail.com
Pereira

Referencia: **RADICADO: 20172330057352 SIA ATC 2017000982**
Concepto sobre el proceso de responsabilidad fiscal.

Cordial saludo:

En atención a su solicitud del concepto referido en el asunto, sobre las siguientes inquietudes planteadas por la consultante:

"1. Acorde con las normas de auditoria generalmente aceptadas y vigentes en Colombia ¿es procedente que los equipos auditores, desde los informes preliminares de análisis a las finanzas públicas de una determinada vigencia fiscal realicen acusaciones y señalen responsables de los presuntos hallazgos?"

¿Corresponde en esta etapa individualizar y fijar las responsabilidades aún sin que medie indicio o prueba alguna?"

2. ¿En la etapa de indagación preliminar los jefes de responsabilidad fiscal gozan de autonomía para el desarrollo de sus competencias técnicas y sus decisiones o, por el contrario, deben consultar sus decisiones de archivo o de apertura de investigaciones al interior de la respectiva contraloría?"

3. ¿Por solicitud de un particular, sin nuevas pruebas o aun sin la ocurrencia o conocimiento de hechos nuevos que lo ameriten, pueden los contralores municipales, a su discreción o a prevención, ordena la reapertura de un proceso que ya hubiera sido archivado por la Dirección de Responsabilidad Fiscal?"

Si ello fuera posible ¿cuál es el procedimiento y cuáles son los presupuestos jurídicos o de orden factico que tendrían que sustentarse para la reapertura de una investigación y la nueva vinculación de un ciudadano a un caso ya examinado de manera preliminar?"

4. ¿En los casos en los cuales simultáneamente se señalan presuntos hallazgos fiscales y disciplinarios, pueden las contralorías municipales ignorar los fallos que en materia disciplinaria profieran las Procuradurías o Personerías municipales?, ¿qué relevancia o valor probatorio debe conferirle el ente de control fiscal a los fallos en materia disciplinaria, como precedentes sobre investigaciones en los que convergen los mismos hechos y los mismos indiciados?

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, es necesario manifestar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000, donde se establece la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, y específicamente el numeral 2 de artículo 13, donde reglamenta las funciones de la Oficina Jurídica, instituyendo:

“Oficina Jurídica. Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y 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”.

Es necesario manifestar que este ente de control no 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. Por lo anterior no se emiten conceptos de situaciones particulares o concretas que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia.

No obstante lo anterior, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una clarificación sobre el tema, pasa esta Oficina Jurídica a formular algunas consideraciones de manera general y abstracta teniendo en cuenta las inquietudes formuladas por la consultante:

Es necesario manifestar que el informe preliminar de auditoría, es la evaluación del equipo auditor, el cual se realiza de acuerdo con las normas, políticas y procedimientos de auditoría establecidos por las Contralorías Territoriales; acorde con la planeación y ejecución de trabajo. La investigación de una auditoría se fundamenta sobre la base de pruebas selectivas de las evidencias y documentos que soportan el programa y el cumplimiento de las disposiciones legales; encontrándose debidamente documentados en los papeles de trabajo.

Una vez se produce el informe preliminar, se remite al ente auditado, mediante una carta de conclusiones, con los conceptos de gestión sobre los aspectos evaluados, y los resultados de la auditoría, realizando las observaciones correspondientes, para que el auditado ejerza su derecho a la contradicción.

Una vez surtido el derecho de contradicción por parte del auditado, y con base en los ajustes producto de la contradicción, se emite el informe definitivo, de acuerdo con el procedimiento establecido en cada contraloría territorial, el cual es comunicado al ente auditado.

Los informes de auditoría son dictámenes de los entes de vigilancia y control fiscal que recaen sobre la gestión fiscal de la administración, que consignan las observaciones tanto positivas como negativas para la entidad auditada, algunas de las cuales se constituyen en hallazgos que pueden dar lugar a la apertura de acciones fiscales, disciplinarias y penales, entre otras, las que tendrán lugar por fuera de la auditoría y serán llevadas a cabo por los organismos encargados por la Constitución Política y la Ley para tal fin.

El hallazgo fiscal se configura cuando los servidores públicos o particulares han realizado una gestión fiscal ineficiente contraria a los principios establecidos para la función pública produciendo un daño patrimonial al Estado. Cuando se origina el hallazgo fiscal, se establece por parte del equipo auditor, el criterio, la condición, la causa, la estimación de la cuantía del daño patrimonial, la gestión fiscal, y se deben estipular los presuntos responsables, individualizándolos y ostentando la calidad en que se vinculan; se determinan los terceros civilmente responsables; se debe aportar el material probatorio tanto para sustentar la condición del hallazgo y la de los presuntos responsables.

Respecto a la inquietud planteada de la Indagación Preliminar, es necesario indicar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y las actuaciones de las autoridades administrativas, las cuales se deben encaminar al adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Dentro de la Indagación Preliminar debe operar el principio de la imparcialidad objetiva, donde exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto, el funcionario que tiene la competencia para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal, deben tener tanto la formación como la experiencia e independencia para emitir pronunciamientos, los cuales a su vez deben estar debida y suficientemente sustentados en pruebas legalmente obtenidas y allegadas al expediente, sin transgredir el principio de imparcialidad.

Por tal motivo los servidores públicos deben actuar con total moralidad y transparencia, sobre todo al momento de administrar los recursos e intereses patrimoniales públicos, como también al momento de recuperarlos.

Respecto a la tercera inquietud, sobre la reapertura de un proceso, el artículo 17 de la Ley 610 de 2000 establece:

“Artículo 17. Reapertura. Cuando después de proferido el auto de archivo del expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso. Sin embargo, no procederá la reapertura si después de proferido el auto de archivo, ha operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal.”

Es claro que la reapertura tiene lugar sólo cuando surjan elementos de juicio que no fueron allegados a la indagación preliminar o al proceso, que por lo mismo no fueron conocidos ni debatidos en tales instancias, y de los cuales se pueda acreditar la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, que imponga necesariamente un cambio en la decisión de archivo.

La reapertura también opera cuando la decisión de archivo, en uno u otro escenario, en la indagación o en el proceso, es el resultado de un juicio de valor sustentado en pruebas que son contrarias a la realidad y a la verdad, o sea que la decisión se sustenta en una prueba falsa la cual no puede ser convalidada por el derecho, de manera que si tal hecho tiene ocurrencia, se debe corregir. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que el ordenamiento jurídico no ampara situaciones originadas en el engaño, la mala fe y el quebrantamiento de la ley.

La decisión de autorizar la reapertura de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, suspendiendo los efectos de firmeza del auto de archivo del expediente, es una medida excepcional, la cual está limitada a los dos elementos enunciados. Finalmente, frente al punto de la reapertura de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que, si estando archivada la respectiva etapa, ya ha operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal, no es posible revivir el proceso.

En el evento en que se ordene la reapertura, el acto debe tener la motivación de las circunstancias de hecho y derecho con los supuestos del acto, con la respectiva fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimación y oportunidad de la decisión tomada.

Sobre la inquietud de los fallos tanto fiscales como disciplinarios, por parte de esta Oficina Jurídica, es necesario manifestar que ambos son procesos autónomos e independientes.

En relación al proceso disciplinario el Estado asegura la obediencia, disciplina, comportamiento ético, moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con el

propósito de asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios.

Y en los procesos de responsabilidad fiscal, la responsabilidad fiscal está relacionada con la administración de los recursos públicos del Estado, especialmente con el objetivo de controlar la gestión de quienes ejercen funciones fiscales, es decir, por parte de los servidores públicos que ejercen la gestión fiscal, o los particulares cuando administran bienes o fondos públicos

Tanto en el proceso disciplinario como en el de tipo fiscal la responsabilidad es administrativa, toda vez que se juzga la conducta de un servidor público o de un particular que ejerce transitoriamente funciones públicas, por incumplimiento de los deberes que les están asignados o por incurrir en conductas prohibidas que afectan el buen desempeño de la función pública.

La autonomía de la acción de responsabilidad fiscal es constitucional y legal, fundada en virtud de la autonomía establecida al proceso de responsabilidad fiscal en los artículos 124 y 268 de la Constitución Política de Colombia y con ocasión de la expedición de las leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y 1474 de 2011.

Le corresponde a los entes de control fiscal, autónomamente determinar la responsabilidad fiscal sobre temas como gestión fiscal, daño al patrimonio del Estado y la conducta a título de dolo o culpa grave y el respectivo nexo de causalidad. El párrafo 1º del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, es concluyente en establecer que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

De acuerdo a lo anterior, las contralorías deberán analizar de acuerdo con su competencia en cada caso, para determinar la existencia o no de los tres elementos de responsabilidad fiscal y de esta forma activar el proceso, sin que constitucional y legalmente deban estar supeditadas a la decisión o al pronunciamiento de otra jurisdicción o autoridad administrativa para poder adelantar la acción de responsabilidad fiscal.

Bajo las anteriores consideraciones se emite el presente concepto, dentro de los términos instituidos 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.

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

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Ilba Edith Rodriguez Ramirez
Professional Grado 02