



Radicado No: 20211100028281

Fecha: 07-09-2021

Bogotá,
110

Doctor
HÉCTOR ROLANDO NORIEGA LEAL
Contralor Municipal (E)
Contraloría Municipal de Bucaramanga
Carrera 11 No. 34-52 Piso 4 Edificio de la Alcaldía Fase II
Bucaramanga – Santander
contralor@contraloriabga.gov.co

Referencia: Concepto 110.060.2021
 SIA-ATC. 012021000554

1. *De la vigilancia y el control fiscal adelantados por la Auditoría General de la República*
2. *De la prescripción de la responsabilidad fiscal*
3. *Del riesgo de prescripción de la responsabilidad fiscal*

Doctor Noriega Leal:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en correo electrónico del 18 de julio de 2021, el cual fue radicado con el No. 20212330009592 de la misma fecha y bajo el SIA-ATC. 012021000554, en el que consulta:

1. *¿Qué es el "Riesgo de Prescripción" de los procesos de Responsabilidad Fiscal?*
2. *¿Quién o dónde se encuentra reglamentado legalmente y/o administrativamente el procedimiento para definir un "riesgo de prescripción" para los procesos de responsabilidad fiscal en conocimiento de una contraloría?*
3. *Cuáles son los elementos establecidos por la AGR para poder ponderar si un proceso de responsabilidad fiscal de una contraloría territorial se encuentra en la figura denominada "riesgo de prescripción"?*
4. *Por favor informarme donde está establecido y/o el argumento jurídico que la AGR usa como fundamento y consideración para poder definir en sus procesos de Auditoría Observaciones por el llamado "riesgo de prescripción"*
5. *Puede un equipo auditor de la AGR establecer una observación y posterior hallazgo de tipo disciplinario a un sujeto de control por el llamado "riesgo de prescripción" de un proceso de*

Responsabilidad Fiscal de su conocimiento?

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.

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”*, es función de la Oficina Jurídica *“Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo”*, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. De la vigilancia y el control fiscal adelantados por la Auditoría General de la República

Este Despacho en relación con la vigilancia y el control fiscal que ejerce la Auditoría General de la República respecto a los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las diferentes contralorías del país, ratifica las apreciaciones y conclusiones dadas en el concepto 110.053.2021 (Radicado No: 20211100024711 del 5 de agosto de 2021) a consulta por usted realizada, entre las que están:

iii) El control fiscal ejercido por la Auditoría General de la República sobre sus sujetos de control (contraloría nacional, contralorías territoriales y fondos de bienestar social de las contralorías), es el mismo que desarrollan las contralorías del país, con sus mismas características, alcance e

intensidad, bajo los parámetros establecidos por el Auditor General (Manual del Proceso Auditor – MPA).

- iv) El control fiscal ejercido por la Auditoría General de la República sobre los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las diferentes contralorías, se realiza a través de los diferentes sistemas de control fiscal: financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, mediante la revisión de la cuenta y mediante la evaluación del control interno; pudiéndose aplicar todos ellos, combinándolos o de manera individual, según se programe y planee el ejercicio auditor a realizar.
- v) El control fiscal de la AGR sobre los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las diferentes contralorías, no tiene el alcance de ser instancia de revisión de la legalidad o validez de la actuación procesal lo cual corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, debiendo apuntar este control fiscal, a establecer la eficiencia, eficacia y economía de las funciones en desarrollo del proceso y los resultados en el logro de los objetivos del mismo.

2. De la prescripción de la responsabilidad fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en la Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en los siguientes términos:

Artículo 1º. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es 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 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.

Esta Ley 610 de 2000 establece en su artículo 9º modificado por el artículo 127 del Decreto-Ley 403 de 2020, la figura jurídica de la prescripción de la responsabilidad fiscal y el término para que ella opere:

Artículo 9º. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos diez (10) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Una vez proferido el auto de apertura se entenderá interrumpido el término de caducidad de la acción fiscal.

Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir de la expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil o incidente de reparación integral en calidad de víctima en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva

entidad pública.

De la normatividad transcrita se tiene que objeto del proceso de responsabilidad fiscal es el determinar y establecer la responsabilidad del funcionario o particular que haya causado daño o detrimento al patrimonio público, responsabilidad esta que debe ser declarada y estar en firme dentro de los cinco años siguientes a la expedición del auto de apertura del proceso (en el caso de los procesos tramitados por el procedimiento ordinario) y dentro del mismo término contado a partir del auto de apertura e imputación en los procesos tramitados por el procedimiento verbal (esto por la remisión normativa establecida en el artículo 105 de la Ley 1474 de 2011).

Cuando el legislador establece que la responsabilidad decretada debe estar en firme, quiere decir, que respecto de la misma, se hayan decidido los recursos de ley procedentes en caso de haberse interpuesto, o si no se interpusieron se encuentre agotado el término para interponerlos, así como en los demás eventos establecidos en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA.

Se tiene también, que el proceso de responsabilidad fiscal consta de varias etapas, entre ellas la de investigación que va desde el auto de apertura del proceso hasta antes del auto de imputación; la de decisión que va desde el auto de imputación y hasta el fallo en firme. Estas etapas constan de actuaciones procesales obligatorias y facultativas, las cuales igualmente cuentan con términos establecidos en la ley.

La Corte Constitucional en sentencia C-227 del 30 de marzo de 2009 se pronunció respecto de la prescripción extintiva, así:

De acuerdo con la teoría procesal, tanto la prescripción como la caducidad son fenómenos de origen legal cuyas características y efectos debe indicar el legislador; estas figuras procesales permiten determinar con claridad los límites para el ejercicio de un derecho.

En virtud de la prescripción, en su dimensión liberatoria (a la que se refiere el precepto acusado), se tiene por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular[7]. (Se destaca).

En una más reciente sentencia, esta Alta Corte en la sentencia C-091 del 26 de septiembre de 2018 respecto de la figura jurídica de la prescripción, se pronunció de manera más amplia, pronunciamiento del cual destacamos:

14. En el sistema jurídico colombiano, la prescripción es una institución jurídica que corresponde a dos figuras diferentes[15]: por una parte, la adquisitiva, también conocida como usucapión (adquisición o apropiación por el uso, por su etimología latina usucapionem, de usus-uso- y capere –tomar-), que es un título originario de adquisición de derechos reales, por la posesión ejercida durante el tiempo y bajo las condiciones exigidas por la ley[16] y la prescripción extintiva o liberatoria, que es un modo de extinguir derechos u obligaciones[17], como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular[18], dejando salvas las suspensiones determinadas por la ley en favor de ciertas personas[19].

15. *La usucapión y la prescripción extintiva corresponden a una decisión de política legislativa contraria a la idea de perpetuidad de los derechos[20], que busca hacer coincidir la realidad (la posesión continua o la inacción prolongada), con el ordenamiento jurídico[21] para, por una parte, premiar a quien explota los derechos reales, a pesar de no ser su titular, pero que desarrolla la función social de la propiedad (artículo 58 de la Constitución), en el caso de la usucapión y, por otra parte, conminar a la definición pronta y oportuna de las situaciones jurídicas, so pena de exponerse a perder el derecho o la acreencia, en el caso de la prescripción extintiva[22]. En este sentido, para imprimir certeza en el tráfico jurídico y sanear situaciones de hecho, la prescripción materializa la seguridad jurídica, principio de valor constitucional que podría resultar comprometido por la indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes[23]: la posesión del derecho real ajeno o la inacción en la reclamación de los derechos u obligaciones[24]. Al otorgar una respuesta jurídica a situaciones de hecho prolongadas, la prescripción también responde a necesidades sociales y busca implementar un orden justo, establecido como fin esencial del Estado en el artículo 2 de la Constitución. Así, la prescripción, en sus dos formas, apunta en últimas a materializar el fin, valor, derecho y deber de la paz (artículos 2, 6.6 y 22 de la Constitución), al regular un aspecto esencial de la solución pacífica de los litigios y controversias y, buscar, por esta vía, la convivencia social[25]. Como reflejo de este fundamento constitucional, es posible identificar en la prescripción una parte de interés general de por medio (convivencia pacífica, seguridad jurídica y orden justo), el que se entremezcla con el interés particular de aquel puede beneficiarse de la misma[26].*

16. *A pesar de las dificultades teóricas para diferenciar la caducidad de la prescripción extintiva, ya que ambas figuras conducen a resultados prácticos equivalentes, por la imposibilidad de hacer efectiva la obligación o el derecho[27], esta Corte ha establecido que la prescripción extintiva se diferencia de la caducidad por su naturaleza y por sus efectos. La caducidad es un fenómeno de orden público que extingue la acción correspondiente, cierra la posibilidad de acceder a la justicia y genera, por consiguiente, el rechazo de la demanda, en razón de su no presentación oportuna[28] o, si no fue preliminarmente advertida, la adopción de una sentencia inhibitoria, por tratarse de un defecto insanable del proceso. Por su parte, la prescripción extintiva suprime los derechos o las obligaciones[29] y, por lo tanto, no cierra el acceso al juez, no impide que el mismo profiera una sentencia de fondo, respecto de las pretensiones formuladas ya que, al lado del pago, son asuntos relativos al objeto mismo de la litis.*

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en reciente sentencia del 25 de febrero de 2021 dentro de la Radicación 50001-23-33-000-2015-00091-01A, se pronunció respecto de la prescripción de la responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

88. *Visto el artículo 9º de la Ley 610, sobre prescripción de la responsabilidad fiscal, que establece:*

(...)

89. *De acuerdo con la norma indicada supra: i) el término de cinco (5) años se contabiliza a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; ii) dentro de dicho término la Nación - Contraloría General de la República debe expedir el acto administrativo, debidamente ejecutoriado, conforme al artículo 56 de la Ley 610, que declare la responsabilidad fiscal del servidor público y/o del particular que ejerza gestión fiscal y cause un daño patrimonial al Estado; y iii) al finalizar el término prescribe la responsabilidad fiscal, esto es, se extingue el derecho del Estado de atribuir la responsabilidad fiscal a quien venía procesando.*

90. *En suma, la prescripción se erige en esta materia como un instituto jurídico liberador, en virtud del*

cual, por el transcurso del tiempo, cesa la potestad del Estado para deducir la responsabilidad fiscal de quien es objeto de un proceso por el daño al patrimonio del Estado; es decir, si ha transcurrido el tiempo previsto en la ley sin que se haya expedido y ejecutoriado la decisión sobre la responsabilidad fiscal del investigado, el órgano de control pierde la potestad de declarar dicha responsabilidad.

Ya esta misma Sección en sentencia del 3 de octubre de 2019, dentro de la radicación 85001-23-33-000-2017-00129-01 respecto de la prescripción de la responsabilidad fiscal de manera más amplia se pronunció así:

51. Atendiendo a que esta Sección en relación al término de prescripción de responsabilidad fiscal ha considerado que: i) el término de 5 años se contabiliza a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; ii) dentro de dicho término la Nación- Contraloría General de la República debe expedir el acto administrativo, debidamente ejecutoriado conforme a los artículos 56 de la Ley 610 y 82 de la Ley 1437, que declare la responsabilidad fiscal del servidor público y/o del particular que ejerza gestión fiscal y cause un daño patrimonial al Estado; iii) al finalizar el término prescribe la responsabilidad fiscal, esto es, se extingue el derecho del Estado de atribuir la responsabilidad fiscal a quien venía procesando.

52. Asimismo, la citada sentencia señaló que la prescripción de la responsabilidad fiscal de que trata la norma señalada supra, se identifica con la prescripción que la legislación civil denomina prescripción extintiva, esto es, la que determina la extinción los derechos y de las acciones que de estos emanan cuando no han sido ejercidos por su titular durante determinado lapso de tiempo.

53. En suma, la prescripción se erige en esta materia como un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo cesa la potestad del Estado para deducir la responsabilidad fiscal de quien es objeto de un proceso por el daño que con su gestión fiscal le han causado al patrimonio del Estado; es decir, que si ha transcurrido el tiempo señalado en la ley, es decir, 5 años a partir del auto que ordenó la apertura del proceso fiscal, sin que se haya dictado y además ejecutoriado la decisión sobre la responsabilidad fiscal del investigado, el órgano de control ya no podrá declarar dicha responsabilidad.

De otra parte, se debe precisar que la ocurrencia de la prescripción es una sanción a la inactividad del Estado en la investigación y determinación de una conducta reprochable de sus funcionarios o de particulares que manejen bienes públicos de manera contraria a la ley; comportamiento que al determinarse negligente o desinteresado, el legislador lo establece como una conducta que infringe de manera objetiva el deber funcional, constituyéndose en falta disciplinaria en el numeral 62 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes

(...)

62. Incurrir injustificadamente en mora sistemática en la sustanciación y fallo de los negocios asignados. Se entiende por mora sistemática, el incumplimiento por parte de un servidor público de los términos fijados por ley o reglamento interno en la sustanciación de los negocios a él asignados, en una proporción que represente el veinte por ciento (20%) de su carga laboral.

Conducta ésta que igualmente puede ser adecuada como un incumplimiento al deber señalado en el numeral 24 del artículo 34, a la realización de la prohibición establecida en el numeral 7 del

artículo 35 y dentro de la falta gravísima contenida en el numeral 2 del artículo 612 de la norma ibídem:

Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

7. Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado.

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes

(...)

2. Obstaculizar en forma grave la o las investigaciones que realicen las autoridades administrativas, jurisdiccionales o de control, o no suministrar oportunamente a los miembros del Congreso de la República las informaciones y documentos necesarios para el ejercicio del control político.

Tanto la Procuraduría General de la Nación como la Contraloría General de la República han entendido la gravedad de la declaratoria de la prescripción en los procesos que dichos órganos de control adelantan, por lo cual en actos administrativos Circular 77 de 2002 para la Procuraduría y Circular 021 de 2008 para la Contraloría, han contemplado la investigación disciplinaria para estos casos así:

Circular 77 de 2002 PGN

Dentro del Auto que declare de prescripción se debe ordenar la apertura de la Investigación disciplinaria en contra de quienes de manera presunta puedan resultar involucrados en esta prescripción

Circular 021 de 2008 CGR

Es importante resaltar que el Estatuto Disciplinario Único no contempla como falta disciplinaria la caducidad y la prescripción de las acciones declaradas en trámites o procesos administrativos de carácter fiscal o sancionatorio, sin embargo, la regla de la experiencia muestra que en algunos eventos la declaración de estos fenómenos es consecuencia de presuntos comportamientos irregulares como la mora, el exceso o dilación en los términos procesales.

De acuerdo con lo sentado en precedencia, cuando se trate de hallazgos disciplinarios relacionados por presunta mora o inactividad procesal ocurridos en procesos de responsabilidad, indagaciones preliminares o antecedentes fiscales, el informe deberá contener lo siguiente:

- 1. Relación de los funcionarios de conocimiento y sustanciadores (...).*
- 2. Carga laboral (...).*
- 3. Fotocopia de los oficios o providencias mediante las cuales se asignó o comisionó a los funcionarios que intervinieron en el trámite procesal objeto de cuestionamiento (...).*
- 4. Fotocopia de los folios de los libros radicadores en los que aparezca el trámite del asunto objeto de reporte disciplinario.*
- 5. Lugar en donde se encuentra el expediente o antecedente.*

En lo que atañe a la Auditoría General de la República respecto de los resultados encontrados en el

trámite del ejercicio auditor o de vigilancia y control fiscal, hay que tener en cuenta que sus funcionarios (auditores) están obligados a cumplir el deber establecido en el numeral 24 del artículo 34 de la Ley 734 de 2000 que establece: “Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley.”.

Además de la posible acción disciplinaria contra el o los funcionarios encargados del proceso por el acaecimiento de la prescripción de la responsabilidad fiscal, eventualmente podríamos estar frente a un posible detrimento patrimonial por el uso de recursos públicos que no conllevan a la realización de los fines del Estado.

Esto teniendo en cuenta que el Estado a través de la contraloría respectiva, realiza una inversión de recursos tanto humanos, como físicos y financieros para el trámite del proceso con la finalidad de determinar si la gestión o acciones adelantadas por el funcionario o particular, constituya detrimento patrimonial o no y así establecer su responsabilidad fiscal.

Los recursos económicos y humanos invertidos para el trámite de un proceso de responsabilidad que resulta truncado por la prescripción, son gastos inoficiosos que trae como consecuencia el gasto de recursos sin obtener resultados y niega la posibilidad al Estado y a la ciudadanía de conocer la verdad procesal sobre el objeto de investigación.

Es por lo anterior que a los organismos de control fiscal, para el caso de los procesos de responsabilidad fiscal, les corresponde velar porque el mismo sea desarrollado de forma económica y eficiente, es decir, que los recursos financieros y humanos destinados, sean aprovechados de la mejor manera, obteniendo un resultado de ello: archivo (por las causales de ley), fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal.

Tanto por las observaciones presentadas por la AGR como por los mismos controles establecidos por las contralorías del país (en cabezadas por la CGR), estas entidades han establecido entre otras acciones de mejora, el seguimiento periódico y sistemático a las actuaciones, la agilización en trámite de las notificaciones, la búsqueda de datos de ubicación y bienes de los implicados desde el inicio de la actuación, la reasignación de procesos de acuerdo con la carga laboral, etc.

3. Del riesgo de prescripción de la responsabilidad fiscal

El Diccionario de la real Academia de la Lengua Española – RAE (<https://dle.rae.es/riesgo>), en la primera acepción del término riesgo, establece:

1. m. Contingencia o proximidad de un daño.

Dentro de las acepciones que encontramos respecto del término riesgo en el Diccionario Enciclopédico Planeta, Editorial Planeta, Primera edición 1984, está:

Riesgo m. Posibilidad de que ocurra algún suceso, cuya probabilidad puede ser medible.

Más comúnmente nos referimos al riesgo como a una “amenaza” o una “vulnerabilidad” respecto de algo o alguien.

Las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI, por sus siglas en inglés) ISSAI 100 *Principios Fundamentales de Auditoría del Sector Público*, se refiere a los riesgos de auditoría en los siguientes términos:

46. Los auditores deben conducir una evaluación de riesgos o un análisis del problema y revisar esto tanto como sea necesario para dar respuesta a los resultados de la auditoría

La naturaleza de los riesgos identificados variará de acuerdo con el objetivo de auditoría. El auditor debe considerar y evaluar el riesgo de diferentes tipos de deficiencias, desviaciones o representaciones erróneas que pudieran ocurrir en relación con la materia/asunto en cuestión. Se deben considerar tanto los riesgos generales como los específicos. Esto se puede lograr mediante procedimientos que sirvan para obtener una comprensión de la entidad o el programa y su entorno, incluyendo los controles internos pertinentes. El auditor debe evaluar la respuesta de la administración ante los riesgos identificados, incluyendo la implementación y diseño de los controles internos para enfrentarlos. En un análisis del problema, el auditor debe considerar los indicios reales de problemas o de desviaciones de lo que debería ser o esperarse. Este proceso incluye el examinar varios indicadores de problema con el fin de definir los objetivos de la auditoría. La identificación de los riesgos y su impacto en la auditoría deben considerarse durante todo el proceso de la auditoría.

La norma de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI, por sus siglas en inglés) INTOSAI-P20 *Principios de Transparencia y Rendición de Cuentas*, establece:

Principio 3

*Las EFS aprueban normas de auditoría, procedimientos y metodologías, objetivos y transparentes.
(...)*

- Las EFS comunican el alcance de las actividades de auditoría que emprenden en el ámbito de su competencia, sobre la base de la evaluación de riesgos y como resultado de los procesos de planificación.*

- Las EFS informan a la entidad fiscalizada sobre los criterios que servirán de fundamento a sus opiniones.*

(...)

- Las EFS poseen eficaces mecanismos de seguimiento e informan sobre sus recomendaciones para asegurarse de que las entidades fiscalizadas toman en cuenta adecuadamente sus observaciones y recomendaciones, así como aquellas formuladas por el Parlamento (INTOSAI-P 10: Declaración de México sobre la Independencia de las EFS - Principio 7).*

(EFS: Entidades Fiscalizadoras Superiores)

La *GUÍA DE AUDITORÍA TERRITORIAL, EN EL MARCO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES - ISSAI – GAT* Versión 2.1 de noviembre de 2020, basada e integrada con las normas internacionales ISSAI y que contiene los aspectos generales, principios y fundamentos que han de ser tenidos en cuenta en las auditorías llevadas a cabo por las contralorías territoriales, establece:

1.3.1.5 Identificación de riesgos de auditoría

(...)

El riesgo inherente (RI)

Está asociado a la naturaleza del sujeto de vigilancia y control fiscal y es intrínseco a las actividades desarrolladas. Debe ser conocido por el auditor al practicar su examen, llevándolo a considerar la forma como se opera y las dificultades a las que está expuesto el sujeto. Este riesgo surge de la exposición que tenga el asunto o materia y la actividad en particular, así como la probabilidad de que lo afecten aspectos negativos.

El riesgo inherente es propio del trabajo o proceso, que no puede ser eliminado del sistema; es decir, en todo trabajo o proceso serán encontrados riesgos para las personas o para la ejecución del asunto o materia y la actividad en sí misma.

(...)

Riesgo de control (RC)

Está marcado por los controles que tiene implementados el sujeto de vigilancia y control fiscal y las circunstancias en que lleguen a ser insuficientes o inadecuados, en perjuicio de la detección oportuna de irregularidades.

El riesgo de control es la posibilidad de que se produzca una desviación material que no sería evitada, detectada y corregida a tiempo por los sistemas de control interno de la entidad o entidades auditadas. Cuando el auditor espera poder basarse en su evaluación del riesgo de control para reducir el grado de procedimientos sustantivos relativos al cumplimiento, efectuará una evaluación preliminar del riesgo de control y planeará y aplicará pruebas de controles para justificar la evaluación.

(...)

La Auditoría General de la República tiene establecido en el Mapa de Riesgos y Programa de Auditoría, para el proceso de responsabilidad fiscal: “*Que se presente riesgo de prescripción de la responsabilidad fiscal*”, teniéndose como criterios el principio de celeridad establecido en los artículos 2º de la Ley 610 de 2000, 209 de la Constitución Política, 3-13 de la Ley 1437 de 2011 y 3º de la Ley 489 de 1998; así como el inciso tercero del artículo 9º de la Ley 610 de 2000. Además, se establece que a este riesgo se aplican los controles de gestión, resultados, control interno y revisión de cuenta.

Esta matriz se encuentra definida en el Manual del Proceso Auditor - MPA Versión 9.1 como: “*(...) es una guía que permite registrar los riesgos identificados y procesos críticos, con el fin de establecer las actividades a desarrollar durante el ejercicio auditor que conforman el programa de auditoría (...)*”.

Basada en los resultados de los ejercicios auditores practicados tanto a la CGR como a las contralorías territoriales desde el año 2000, la Auditoría General de la República ha evidenciado que este riesgo de prescripción de los procesos de responsabilidad fiscal se acentúa mayormente cuando el proceso lleva tres años o más de trámite en la etapa de investigación (desde el auto de apertura) sin que se haya emitido el auto de imputación, en razón a que las etapas y sus correspondientes actuaciones procesales posteriores a la emisión del auto de imputación, se encuentran en estado crítico para su realización atendiendo los términos legales para cada una de

ellas y el tiempo que le resta al proceso para su definición (dos años). Veamos:

- Una vez emitido el auto de imputación, éste debe ser notificado de forma personal al presunto responsable o a su apoderado y a la compañía aseguradora, o por aviso en caso de no poderse efectuar de manera personal (artículo 49 de la Ley 610 de 2000).

En los años de ejercicio del control fiscal, la AGR ha evidenciado que esta actuación es una de las más complejas en estos procesos, teniendo en cuenta que se debe enviar citación para la notificación personal (artículo 68 CPACA) la cual puede ser recibida o ser devuelta (porque no reside, no se encuentra la dirección, no lo conocen, etc.). Si es recibida, puede suceder que se presente a la notificación personal o no se presente. Si no se presenta, se debe proceder a la notificación por aviso remitido a la dirección, el cual puede ser recibido o no. Si no es recibido, deberá ser publicado en la página web de la entidad y en cartelera pública de la misma (artículo 69 CPACA).

Para cada una de estas actuaciones, la ley establece unos términos, que si bien son de días, éstos son hábiles y van sumando para la prescripción.

- En caso de no poderse efectuar la notificación personal y haberse efectuado por aviso, al imputado se le debe nombrar apoderado de oficio (inciso segundo artículo 49 y artículo 43 Ley 610 de 2000) para poder continuar con el proceso, nombramiento este que igualmente conlleva sus dificultades especialmente en aquellas ciudades donde no hay facultades de derecho, o el personal de los consultorios jurídicos es insuficiente, o se está en época de receso académico.

- Una vez notificado el auto de imputación, al presunto responsable se le debe conceder un término para presentar la respectiva defensa (artículo 60 Ley 610 de 2000), en la cual puede solicitar y aportar pruebas. Generalmente el imputado solicita la práctica de pruebas, siendo común solicitar visitas, inspecciones o peritajes, las cuales de ser decretadas, están supeditadas a la disposición de profesionales del respectivo ente de control, a la disposición de recursos económicos para el pago de viáticos, desplazamientos, etc., o también a lograr la concurrencia de otras entidades en su práctica.

También puede suceder que se rechace la práctica de pruebas, a lo cual proceden los recursos de ley, los cuales igualmente cuentan con términos para su interposición y para su resolución; y es posible que en apelación, sean decretadas.

En esta etapa también puede suceder que de los argumentos de defensa, el operador fiscal decida la práctica de pruebas de manera oficiosa, las cuales una vez practicadas deben ser trasladadas al imputado para efectos de su contradicción (artículo 51 Ley 610 de 2000).

Para la práctica de pruebas, hay que tener en cuenta los términos establecidos en el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011.

- Una vez agotada la actuación anterior, se procede a dictar fallo (dentro del término establecido en el artículo 52 de la Ley 610 de 2000), que puede ser con o sin responsabilidad fiscal, el cual debe ser notificado de manera personal o por aviso de no poderse realizar de forma personal (artículo 55 Ley 610 de 2000). A esta notificación, igualmente le asiste el análisis realizado anteriormente para la notificación del auto de imputación.

- En el evento del fallo con responsabilidad fiscal y procediendo contra él tanto el recurso de reposición como el de apelación, es común que el declarado responsable, los interponga, para lo cual cuenta con un término dado por la ley, así como tanto el funcionario de primera instancia como el de segunda instancia, también cuentan con términos para decidirlos.

El funcionario de segunda instancia también está habilitado legalmente para decretar las pruebas de oficio que considere necesarias para tomar una decisión, las cuales igualmente cuenta con un término legal para su práctica (artículo 57 Ley 610 de 2000).

Las decisiones de los recursos tanto de primera como de segunda instancia, también deben ser objeto de notificación, la cual se debe dar dentro de unos términos de ley.

Además de las actuaciones relacionadas anteriormente, es posible también que se propongan nulidades (artículo 38 Ley 610 de 2000), las cuales deben ser resueltas y notificadas, procediendo contar la decisión, lo recursos de ley; actuaciones estas que igualmente van acumulando tiempo para la prescripción.

Con esta somera descripción de las actuaciones procesales posteriores al auto de imputación, es fácil observar que el tiempo restante para culminar el proceso con fallo en firme (de dos años de acuerdo al parámetro anotado anteriormente), si bien es suficiente, también puede ser muy corto especialmente cuando la responsabilidad fiscal decretada recae sobre varias personas, pues el trámite será para cada una de ellas, conllevando mayores tiempos para su realización.

Es por ello que la Auditoría General de la República en sus procesos auditores en desarrollo del control de gestión, presenta la observación, con la finalidad que la respectiva contraloría tome acciones preventivas y/o correctivas para evitar la configuración de la prescripción de la responsabilidad fiscal teniendo en cuenta el tiempo transcurrido en el trámite del proceso y el restante para que ella opere, logrando con ello que el proceso se lleven a buen término sea cual sea la decisión final, honrando así los principios de la función administrativa de eficiencia, eficacia, celeridad y responsabilidad, señalados la Ley 610 de 2000.

Es así que el Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal en los lineamientos orientadores para la gestión del proceso auditor de 2021, estableció:

Responsabilidad Fiscal (ordinarios y verbales): Analizar la cuenta rendida con el fin de auditar puntualmente los riesgos identificados, y, de manera general, tener en cuenta las modificaciones introducidas por el Decreto Ley 403 de 2020 frente a las normas que regulan los procedimientos; así mismo, verificar si existen actos administrativos mediante los cuales se haya adoptado el trámite y

procedimiento de los procesos con base en la norma anteriormente mencionada; y adicionalmente, los siguientes aspectos:

- Verificar la oportunidad en el inicio de las indagaciones preliminares.
- Identificar la gestión respecto al inicio y eficacia de los expedientes tanto ordinarios como verbales.
- **Analizar su trámite con más de tres (3) años con el propósito de determinar riesgos de caducidad y prescripción.**
- Verificar la ocurrencia de los fenómenos de caducidad y prescripción y sus causas.
- Verificar cuantos expedientes fueron archivados y establecer la cuantía y realizar un análisis de acuerdo a los motivos (prescripción, caducidad, por no mérito, y concluya sobre los resultados obtenidos)
- Verificar cuantos fallos expedieron en la vigencia auditada, qué porcentaje con fallo con y sin responsabilidad fiscal, determinando su cuantía y concluya sobre los resultados obtenidos.
- Verificar que se decreten las medidas cautelares, cuando haya bienes identificados.
- Verificar si se ha vinculado al Garante y si se está realizando la debida comunicación.
- Identificar el decreto de nulidades.
- Verificar si se generaron dilaciones injustificadas
- Verificar si los depósitos en los procesos como resultado de una medida cautelar, se esté realizando en el Banco Agrario de Colombia. (artículo 118 del Decreto 403 de 2000).
- Verificar la correcta aplicación de la terminación de la acción fiscal en aplicación del artículo 144 del Decreto 403 de 2020, por la relación costo beneficio, debidamente justificado.

El equipo auditor analizará los actos administrativos preprocesales y procesales mediante los cuales se toman decisiones tales como: auto de apertura de indagación preliminar, auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal en procedimiento ordinario, auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal en procedimiento verbal, auto de imputación de responsabilidad fiscal en procedimiento ordinario, auto de archivo en procedimiento ordinario y fallos. Las anteriores decisiones serán analizadas a la luz de la normatividad vigente para la época de expedición del acto, el equipo auditor bajo la responsabilidad y supervisión del Director de Control Fiscal o Gerente Seccional determinará la muestra y las piezas procesales, que serán objeto de verificación, garantizando el manejo adecuado y reserva de la información.

(Negrilla fuera del texto)

4. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, podemos concluir:

- i) El control fiscal es la función de fiscalización de la gestión fiscal sobre los fondos y bienes públicos, ejercida por los organismos de control fiscal (entre ellos la Auditoría General de la República), la cual se materializa a través de, entre otros, el proceso auditor que es el proceso a través del cual el organismo de control fiscal evalúa la gestión fiscal, la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio asignado, el cumplimiento de los principios de la gestión fiscal y con ello los resultados en el cumplimiento de los fines del estado. Algunos de los sistemas de

control fiscal son el de legalidad, el de gestión y el de resultados.

El control fiscal que adelanta la AGR a los procesos de responsabilidad fiscal tramitados por las contralorías del país, apunta a establecer la eficiencia, eficacia y economía de la gestión adelantada en los mismos.

- ii) El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra contenido en la Ley 610 de 2000 para el trámite ordinario y en la Ley 1474 de 2011 para el procedimiento verbal. Este proceso tiene como finalidad determinar y establecer la responsabilidad fiscal para posteriormente dentro de él o a través de la jurisdicción coactiva, obtener el resarcimiento del daño causado al patrimonio público. Este proceso se desarrolla bajo los principios constitucionales del debido proceso y de aquellos correspondientes a la función administrativa.
- iii) La prescripción es la institución jurídica que en su concepción extintiva conlleva a que no se pueda continuar el trámite para exigir un derecho o hacer cumplir una obligación por no haberse terminado el proceso dentro del término establecido por el legislador. Para el caso de la responsabilidad fiscal, la prescripción es la pérdida de la potestad del Estado para declarar la responsabilidad fiscal ante un hecho, acción o gestión que comporte el detrimento patrimonial del Estado y se tiene como una sanción a la administración ante su falta de oportunidad o inactividad en la actuación procesal para llevar a buen término el proceso.

El riesgo de prescripción de la responsabilidad fiscal, es la probabilidad o amenaza de que se configure dicha institución jurídica teniendo en cuenta el tiempo transcurrido en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal y el restante para completar los cinco años establecidos por el legislador para su configuración, atendiendo a las etapas y actuaciones procesales pendientes de evacuar.

La configuración de la prescripción, puede dar origen a acciones disciplinarias en contra del o los funcionarios responsables de su trámite; así como también, puede llegar a comportar detrimento patrimonial por la inversión de recursos humanos, logísticos y financieros en el desarrollo del proceso sin que éste cumpla su finalidad.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que 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)

Igualmente 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 término 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.

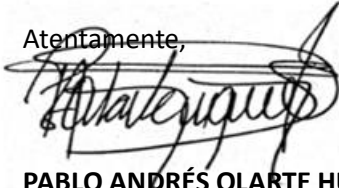
(...)

Finalmente, le manifestamos 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).

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>


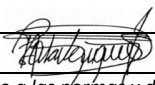
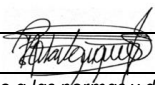
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@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 84d2ed05, 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:	Fabio Luis Jiménez Castro		06/09/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		07/09/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		07/09/2021

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.