

Contra Sobre

97



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contactar cito H.U.R. **217-8-13426**, 27/02/2003 03.41 p.m.
Trámite: 435 - CONCEPTO
#12215 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 15, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 217 GERENCIA SECCIONAL V (BARRANQUILLA)
Copia A: 210 AUDITORIA DEL PARA LA VIGILANCIA DE LA GESTI

110 008 003

Bogotá D.C., 26 de febrero de 2003
OJ110-435

PARA: Dr. CÁSTULO MORALES PAYARES
Gerente Seccional V

DE: JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN
Director Oficina Jurídica

REFERENCIA: NUR 217-3-13425 de 27 de enero de 2003

Solicitud de Concepto - Carácter de los hallazgos en procesos de contratación administrativa, contratos de prestación de servicios.

Apreciado Doctor,

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes reflexiones en relación con las inquietudes planteadas en el oficio de la referencia.

1.- LA CONSULTA.-

En su escrito de fecha 27 de enero de los corrientes se ha solicitado a esta Oficina emitir concepto sobre la naturaleza de los hallazgos que en materia de contratación se advierten como conclusión de las labores de auditoría, en particular, cuando éstos tienen origen en contratos de prestación de servicios que se suscriben con desconocimiento de los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993 y en sus decretos reglamentarios o sin que exista la necesidad del servicio contratado. Lo anterior porque existen hipótesis encontradas respecto a la naturaleza de esta clase de hallazgos. Algunos consideran que son de tipo fiscal en tanto que para otros son de naturaleza disciplinaria.

Se advierte en la consulta que recientemente la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de esta entidad, revocó y ordenó el archivo de procesos de responsabilidad fiscal promovidos por esa Gerencia con ocasión a la irregular celebración de contratos de prestación de servicios.

110.008.2003

Concepto

2.- FUNDAMENTOS.-

Para efecto de absolver la inquietud por usted planteada, me permito efectuar el siguiente análisis:

- 1.- Uno de los aspectos más destacados de la función pública es encontrar la correspondencia entre estructura, empleos y actividad. Esa armonía que pareciera estable dentro de un estado intervencionista ha sufrido permanentes cambios en los últimos años guiados por un mero direccionamiento del Estado.

Se ha creado la sensación de que las entidades estatales se encuentran en reestructuración permanente y a la zaga de una variable fiscal que impele a efectuar severos recortes en ciertas actividades. Ello puede, en cierta medida, afectar la ecuación primigenia y esencial de toda entidad cual es homologar la función con una estructura que permita llevarla a cabo.

Se habla, entonces, de "gigantismo" del Estado pero es difícil considerar que *per se*, sea una fórmula de recorte máxime si el mismo se caracteriza por tener un contenido social que lo hace más activo y tal connotación puede incidir en su tamaño aunque no sobre la base del intervencionismo de hace unos años.

Hoy en día es un cotidiano hablar de figuras como la reestructuración, la fusión y supresión de entidades, la supresión de cargos públicos, el congelamiento y reducción del presupuesto asignado a gastos de funcionamiento .

No obstante los desbalances que ello pueda crear así como los equilibrios que se están generando, resulta incuestionable que la gran mayoría de entidades están siendo objeto de procesos de reestructuración y por ello, es un deber de los organismos de control verificar que esos procesos se realicen conforme a estudios técnicos que garanticen la vinculación del personal efectivamente requerido y que el funcionamiento ordinario de las entidades se desarrolle con ese recurso humano. Ello constituye uno de los aspectos más importantes de lo que entraña la gestión fiscal.

- 2.- Esta oficina ha evidenciado que, actualmente, el contrato estatal es uno de los principales actos de gestión. Así lo ha hecho explícito en los seminarios regionales que ha realizado la Auditoría. Además, que el nuevo modelo

económico insta a ello pues ha encontrado en el contrato un sucedáneo de la actividad estatal directa. Ello, sin embargo, no desdice del aspecto estructural planteado supra. El tema que usted somete a estudio de esta oficina se halla en uno de los umbrales de esa actividad de gestión.

Es así como, en su labor de evaluación, los organismos de control deben tener en cuenta que nuestra legislación reconoce a las entidades públicas la posibilidad de contratar personas ajenas a la planta para que desarrollen actividades relacionadas con su administración o funcionamiento; lo anterior en eventos excepcionales y siempre que el personal vinculado sea insuficiente o no cuente con los conocimientos técnicos o especializados requeridos. Se enfatiza en ese carácter subsidiario pues, en este caso, el contrato estatal no está diseñado para suplir la permanencia y habitualidad de una labor que debe ser desarrollada por un servidor público (*estructura revisited*).

Una de estas modalidades es el contrato de prestación de servicios el cual ha sido definido por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

[...] 3º.- Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Debido a que la administración solo puede acudir a la suscripción de esta clase de contratos en los eventos expresamente previstos por el legislador, los organismos de control también deben verificar que los sujetos sometidos a su vigilancia no acudan a este mecanismo sino en forma excepcional, con plena observancia de las normas legales y de los parámetros trazados en la materia por la jurisprudencia y, que su suscripción no conlleve la creación de las denominadas "plantas paralelas", vale decir, contratos de esta naturaleza que se renuevan cada año en una inercia perversa que desnaturaliza esa clase de actos tanto como puede llegar a pauperizar la relación laboral.

En este sentido es necesario precisar que los decretos expedidos con el objeto de implementar medidas de austeridad y eficiencia en la administración pública¹ han previsto que esta clase de contratos sólo se pueden suscribir con personas naturales cuando:

- 1.- Según el manual de funciones de la entidad no exista personal que pueda desarrollar la actividad a contratar.
- 2.- La actividad a desarrollar requiera cierto grado de especialización que demande la suscripción del contrato, y,
- 3.- Se acredite insuficiencia de personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratan, lo cual debe aparecer certificado por el Jefe del respectivo organismo.

Ello se encuentra reiterado en el Decreto 2170 de 2002, norma que introduce profundas modificaciones al proceso de contratación.

Así mismo, las normas de austeridad en el gasto prohíben que se suscriban contratos de prestación de servicios cuando existan contratos vigentes con igual objeto, salvo que exista autorización expresa del Jefe del organismo, la cual debe estar previamente sustentada en las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar.

Por su parte la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha indicado que esta clase de contratos no pueden suscribirse para superar deficiencias permanentes de personal de la administración; de igual forma ha precisado que en los contratos de prestación de servicios se debe garantizar la independencia del contratista para desarrollar el objeto del contrato, toda vez que si se dan los elementos de una relación laboral es procedente conceder al contratista todas las prestaciones que se reconocen a un trabajador vinculado en forma ordinaria. En este sentido ha indicado:

"[...] Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente

¹ En este sentido se pueden consultar los Decretos 1737 de 21 de agosto de 1998 "Por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejen recursos del Tesoro Público" y, 2209 de 29 de octubre de 1998 "Por el cual se modifican parcialmente los Decretos 1737 y 1738 del 21 de agosto de 1998".

a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación. Así, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo. Las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal.

[. .] El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

- a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.
- b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
- c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

[. .] El elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración

sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

[. . .] La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

[. . .] El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales."²

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara. En el mismo sentido se pueden consultar las sentencias C-326 de 10 de julio de 1997 y C-665 de 12 de noviembre de 1998, así como las tutelas T-052 de 3 de marzo y T-523 de 23 de septiembre de 1998. Debe recordarse que mediante sentencia C-056 de 22 de

De suscribirse un contrato de prestación de servicios con desconocimiento de estas exigencias legales, los organismos de control pueden cuestionar la actuación de la administración a través de un proceso penal, disciplinario o fiscal, si concurren todos los elementos que configuran el específico tipo de responsabilidad.

Toda vez que su consulta se centra en estas dos últimas clases de responsabilidad, a continuación se precisan su concepto y elementos que permiten diferenciarlas.

- 3.- El concepto "responsabilidad" ha sido entendido como el "[. . .] deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa", así como la "[. . .] capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario"³ que se encuentra prohibido por el ordenamiento legal.

Tratándose de las personas que prestan sus servicios al Estado, el artículo 6º de la Constitución Política estableció que éstos responden por infracción de la Constitución y de las leyes, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En el artículo 124, el Constituyente defirió al legislador la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

De igual forma al crear organismos como la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la República, las contralorías General y territoriales y la Auditoría General de la República, la Constitución ha permitido diferenciar tres clases de responsabilidades a las cuales puede estar sujeto cualquier servidor público, sin que ello implique que el legislador no pueda establecer nuevos tipos susceptibles de ser atribuidos a quienes prestan sus servicios al Estado. Se hace alusión a la responsabilidad penal, la fiscal y la disciplinaria.

febrero de 1993 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se habría la senda de estas reflexiones. También debe destacarse la lúcida aclaración de voto realizada por el magistrado Ciro Angarita Barón que al tenor de su vida y obra debe descansar muy en paz.

³ DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Guillermo Cabanellas de Torres. Editorial Hefiasta S.R.L.1997.

La penal cuya investigación se confía a la Fiscalía General de la Nación y a los jueces penales, en virtud de la cual se sancionan los delitos cometidos por los servidores públicos y por los particulares.

La responsabilidad fiscal que se determina por los organismos de control fiscal a cargo de los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes públicos. Esta clase de responsabilidad tiene dos facetas: de una parte la responsabilidad fiscal resarcitoria que tiene por objeto recuperar el valor en que se han visto afectados los recursos confiados al manejo de los servidores públicos o de los particulares y, la sancionatoria fiscal, que tiene por como propósito sancionar aquellos comportamientos que pueden atentar contra un eficiente, diligente y oportuno ejercicio del control fiscal o afectar e incidir en la gestión fiscal que desarrolla el responsable de los recursos públicos.

Y finalmente, la responsabilidad disciplinaria a cargo del Ministerio Público, que recae sobre las personas que ejercen funciones públicas bajo la subordinación del Estado⁴ y que permite reprimir aquellos comportamientos contrarios a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, la eficacia y la moralidad de la administración pública⁵.

- 4.- Ahora bien, la Constitución Política ha confiado el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal a las Contralorías de los diferentes entes territoriales y a la Auditoría General de la República. En ejercicio de esta función, los órganos de control fiscal deben analizar las operaciones realizadas por los responsables del manejo del recurso público; evaluar la observancia de los principios que rigen la gestión fiscal; determinar la existencia de pérdidas, mermas o deterioros que puedan afectar los recursos del erario y, promover o adelantar

⁴ Se aclara que hoy el artículo 53 de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002 contempla como sujetos disciplinables a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales, que ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con éstas, que presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política o que administren recursos de éste, en éste último evento salvo que se trate de empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado. Esta clase de particulares se sancionan disciplinariamente por la Procuraduría General de la Nación conforme a un régimen especial a pesar que respecto de ellos no es posible predicar relación de subordinación con el Estado. Esta clase de responsabilidad está siendo objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional.

⁵ Sobre la naturaleza y objeto de la responsabilidad disciplinaria se puede consultar la sentencia de la Corte Constitucional C-244 de 30 de mayo de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

las acciones que demanden las irregularidades que se adviertan en desarrollo de la función auditora.

De los resultados arrojados por la labor auditora adquieren gran importancia los hallazgos. Se entiende por hallazgo toda presunta irregularidad que es advertida al concluir el proceso de evaluación de las operaciones y actividades realizadas por el responsable del manejo del recurso público. Con fundamento en ellos se estructuran las observaciones del informe de auditoría, se formulan recomendaciones al responsable de la gestión fiscal y se ordenan los traslados a las autoridades competentes para conocer de las irregularidades encontradas. Este concepto es lo que a la física representa la teoría del átomo. Esa parte indivisible del control fiscal y sobre la cual se erige el andamiaje de situaciones más complejas.

- 5.- A la luz del artículo 23 de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002 “[p]or la cual se expide el Código Disciplinario Único”, se incurre en falta susceptible de ser sancionada disciplinariamente por,

“[l]a incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este Código que conlleve el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado en cualquiera de las casuales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.”

Del texto de la norma transcrita se desprende que constituye falta disciplinaria el incumplimiento de las disposiciones que exigen de los funcionarios públicos un determinado comportamiento acorde con el adecuado cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

El primero de los deberes que está llamado a cumplir el servidor es el acatamiento de la Constitución y de la Ley (numeral 1º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002) y por tanto, de incurrirse en desconocimiento de los requisitos legales establecidos para la suscripción de contratos de prestación de servicios, es procedente poner en conocimiento de la autoridad disciplinaria esta clase de hallazgo, con el objeto de que sea determinada la responsabilidad del servidor público.

Tratándose de contratos de prestación de servicios y de contratos estatales en general, adicionalmente se debe tener en cuenta que el artículo 48 del Código

Disciplinario Único vigente prevé que es posible calificar la falta disciplinaria como gravísima en los siguientes eventos:

[. . .] 29.- Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.⁶

[. . .] 31.- Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

Con esta previsión el legislador ha pretendido sancionar en forma drástica a quienes hacen uso de la figura del contrato de prestación de servicios para crear una planta paralela a la autorizada legalmente, irregularidad observada en muchos casos como conclusión de los procesos de auditoría. De allí que de advertirse la comisión de esta clase de irregularidades, así como el desconocimiento de la normatividad que rige los contratos de prestación de servicios, es deber de los funcionarios que llevan a cabo la auditoría ordenar el traslado correspondiente a la autoridad competente para adelantar el proceso disciplinario y formular la correspondiente observación dentro del informe de auditoría.

Desde el punto de vista penal, se establecen tres tipos (artículos 408 al 410), que sancionan la conducta del servidor público contraria a los requisitos de ley.

- 6.- Ahora bien, y en reconocimiento de la autonomía e independencia de la labor de vigilancia de la gestión fiscal, el que se haya advertido la comisión de una presunta falta disciplinaria o un delito no implica de suyo que no pueda adelantarse un proceso de responsabilidad fiscal de carácter resarcitorio o un proceso sancionatorio fiscal, como bien lo ha indicado la jurisprudencia

⁶ Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sesión de Sala Plena de 11 de febrero de 2003. Esta decisión corresponde a la sentencia C-094 de 2003 que aún no ha sido notificada.

proferida por la Corte Constitucional⁷ y lo establece el parágrafo primero del artículo 4º de la Ley 610 de 2000.

Si de los elementos del hallazgo es posible deducir la ocurrencia de una pérdida, merma o deterioro ocasionada por o con ocasión a la suscripción del contrato de prestación de servicios, será necesario adelantar el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal a fin de determinar la responsabilidad de quienes ocasionaron ese daño al patrimonio público⁸.

Es de recordar que para que proceda el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal de carácter resarcitorio es presupuesto indispensable que se encuentre acreditada la ocurrencia de un daño ocasionado sobre el patrimonio público. De lo contrario, la conducta podrá ser susceptible de ser cuestionada disciplinaria o penalmente, e incluso dentro de un proceso sancionatorio fiscal, pero no, en un proceso de responsabilidad fiscal⁹. El

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-832 de 8 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis y Sentencia SU-620 de 13 de noviembre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁸ En efecto, establece el artículo 4º de la Ley 610 de 2000: "**Artículo 4o. Objeto de la responsabilidad fiscal.** La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal."

⁹ Ha precisado la Corte Constitucional en sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, con ponencia del Dr. Jaime Araujo Rentería: "[...] en un primer momento los contralorías realizan el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal seleccionados. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de daño fiscal, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal. El cual, en todo caso, está sujeto a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción. Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos". [...] destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal. El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el

concepto de daño en materia de responsabilidad fiscal ha sido definido por el artículo 6º de la Ley 610 de 2000 que establece:

Artículo 6o. Daño patrimonial al Estado. 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.

Tratándose de contratos de prestación de servicios el daño puede revestir muchas manifestaciones, por ejemplo, que se contrate un objeto que se demuestra fue desarrollado por el personal de planta de la entidad y no por el contratista; en ese evento, la suma cancelada al contratista corresponde al valor del daño sufrido por el Estado, pues la entidad hace un gasto por un servicio inexistente. Así mismo, cuando se suscriben varios contratos con diferentes personas para desarrollar un mismo objeto (ej. elaboración de un manual de funciones, elaboración de estudio técnico para la reestructuración de una entidad, etc.) y se demuestra que sólo una de ellas elaboró el objeto contratado o que los estudios entregados no eran requeridos por la entidad y no fueron utilizados, es posible configurar un detrimento por el valor de los contratos innecesarios que han sido suscritos.

Múltiples ejemplos pueden surgir respecto de la configuración del daño, pero en términos generales se puede afirmar que en esta clase de contratos siempre que se generen gastos innecesarios habrá afectación del patrimonio público y lugar al proceso de responsabilidad fiscal. Ronda, en estos eventos, la indagación acerca del daño concretado en un menor valor en el patrimonio

perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite." Resaltado por fuera del texto. Igualmente, la sentencia C-832 de 8 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

estatal, v. gr., invirtió en una actividad de la que finalmente no recibió nada o menos de lo esperado.

Así mismo, se pueden presentar eventos en que los contratos de prestación de servicios se hayan suscrito sin la observancia plena de los requisitos establecidos en la ley, pero que esté demostrado que el servicio se requería y éste fue prestado a satisfacción de la entidad contratante. En esos eventos no se podría hablar de la configuración de un daño al patrimonio público, aunque sí de la presunta comisión de una falta disciplinaria que amerite la formulación de observaciones por parte del organismo fiscalizador, así como el traslado a la autoridad competente para investigar la conducta.

De lo anterior se desprende que en los eventos en que del hallazgo sea posible deducir la existencia de un detrimento al patrimonio público será posible promover la acción de responsabilidad fiscal; de no existir daño al erario, sólo es posible formular las observaciones correspondientes y dar traslado a las autoridades que deban conocer de la irregularidad advertida. De este modo, sólo se podrá establecer si el tema contractual es fiscalmente pertinente en el decurso de una investigación. Lo que no puede aseverarse es que *per se*, un determinado tema sea excluido de conocimiento fiscal, menos aún el contractual, cuando, como hemos dicho, entraña uno de los actos por excelencia de gestión.

Adicionalmente se debe precisar que debido a que la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "leve" contenida en el párrafo 2º del artículo 1º y en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000¹⁰, en los eventos en que se encuentre plenamente demostrado que el daño al patrimonio público ha sido ocasionado con culpa leve, no es procedente deducir responsabilidad fiscal a cargo de quienes hubieren ocasionado el detrimento. En etapas previas al fallo y aún más en donde aún no existe proceso, indagación, el tema subjetivo no es determinante. Es más propicio avanzar la investigación para decantarlo tal y como se desprende de las normas que regulan la materia.

De otra parte, es necesario recordar que la actuación del organismo fiscalizador no se limita a la acción de responsabilidad fiscal, pues dependiendo de la conducta asumida por el responsable del manejo del

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002. Magistrados Ponentes Dres. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

recurso público, también es posible adelantar proceso sancionatorio fiscal en su contra en los precisos eventos previstos por el legislador.

Lo anterior permite afirmar que si el hallazgo advertido ha sido objeto de observación en el período inmediatamente anterior y la entidad vigilada persiste en asumir la misma conducta en la suscripción de contratos de prestación de servicios, es procedente adelantar el proceso sancionatorio fiscal, pues al tenor de lo establecido en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993 los contralores y el Auditor General de la República,

[. . .] impondrán multas a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes [. . .] no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías; no cumplan con las obligaciones fiscales y cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello.

Para que la sanción proceda se requiere que los hallazgos detectados hayan sido objeto de observación en el período inmediatamente anterior y que respecto de ellos se hayan formulado observaciones en el informe de auditoría. Si se trata de observaciones de distinta naturaleza, la referida acción no sería procedente.

3.- CONCLUSIONES.-

- 3.1.- Como conclusión de las labores de auditoría es posible advertir la existencia de irregularidades que hayan afectado las actividades y operaciones realizadas con cargo a los recursos del erario. De esta clase de hallazgos pueden derivarse consecuencias penales, fiscales o disciplinarias. Hay lugar a deducir consecuencias disciplinarias cuando la conducta irregular advertida conlleva violación de normas constitucionales, legales o reglamentarias, así como cuando se incurre en comportamientos expresamente prohibidos en el Código Único Disciplinario.

Tratándose de contratos de prestación de servicios, constituye falta disciplinaria no sólo el desconocimiento de las normas que deben ser observadas por la administración, sino adicionalmente celebrar esta clase de contratos para el desarrollo de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista. En los eventos en que como conclusión de las labores de auditoría se advierta sobre la realización de esta

clase de conductas, se debe dar traslado a la autoridad competente a fin de que se adelante el correspondiente proceso disciplinario.

- 2.- La acción de responsabilidad fiscal procede siempre que la irregularidad advertida genere pérdida, merma o deterioro sobre los bienes o recursos públicos confiados al manejo de servidores o de particulares. Si las irregularidades advertidas en la suscripción de contratos de prestación de servicios no han ocasionado daño sobre el patrimonio público, no es procedente el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal.
- 3.- En cumplimiento de lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia C-619 de 2002, no es procedente deducir responsabilidad fiscal respecto de quienes ocasionen detrimento al patrimonio público con ocasión a la suscripción de contratos de prestación de servicios cuando se encuentra plenamente demostrado que el presunto responsable ha actuado con culpa leve.
- 4.- En los eventos en que el hallazgo advertido como conclusión de las labores de auditoría haya sido objeto de observación en el período inmediatamente anterior, es procedente que el organismo fiscalizador promueva el correspondiente proceso sancionatorio fiscal en aplicación de lo establecido en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, independientemente de la existencia o no de daño al patrimonio público.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, me suscribo de usted,

Atentamente,

Juan Fernando Romero Tobón
JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

c.c. Auditor Delegado
Grupo de Atención Ciudadana

DPA

Pablo O. O. 199



CGR. SECCIONAL V (BARRANQUILLA): AUDITORIA G.
C/2701/2003 11. 03. AA1. Of. contestador. Of. N.º R. 217-3-1617
T. 435-5010000
Sede: Ed. INCCO, Pabellón 7, Anexo 1
1. 217 GERENCIA SECCIONAL V (BARRANQUILLA)
10. 119 OFICINA JURIDICA
6. 00

82

MEMORANDO INTERNO

DMO

10 de marzo

CGR. AUDITORIA GENERAL DEL ESTADO
C/2701/2003 11. 03. AA1. Of. contestador. Of. N.º R. 217-3-1617
T. 435-5010000
Sede: Ed. INCCO, Pabellón 7, Anexo 1
1. 217 GERENCIA SECCIONAL V (BARRANQUILLA)
10. 119 OFICINA JURIDICA
6. 00

Barranquilla
217

PARA: JUAN FERNANDO ROMERO TOBON
Director Oficina Jurídica

DE: CASTULO MORALES PAYARES
Gerente Seccional V

REFERENCIA: Solicitud de concepto sobre el carácter de los hallazgos en procesos de contratación administrativa.

Cordial saludo.

En el desarrollo de las diferentes Auditorías que en cumplimiento del PGA 2002, practicara esta seccional, se han venido detectando irregularidades en los contratos de prestación de servicio celebrados por los entes sujetos a control, las mismas específicamente tienen relación con dos aspectos fundamentales como son, el incumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios y la verdadera existencia de la necesidad del servicio contratado.

Atendiendo este orden de ideas podrían establecerse hipótesis encontradas respecto del carácter de los hallazgos, una encaminada a calificarlos de tipo fiscal y la otra a adjectivarlos como disciplinarios.

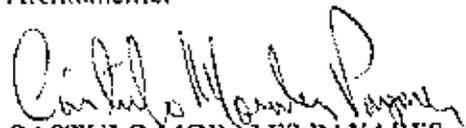
Recientemente se proferieron en la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decisiones en trámite de apelación, que revocaron y ordenaron el archivo de procesos tramitados en primera instancia por esta Gerencia, en los cuales se había decidido fallar con responsabilidad y cuyos hechos investigados versan sobre la irregular celebración de contratos de prestación de servicio, con soporte en las situaciones inicialmente establecidas.

Sumado a lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante sentencia C-619/02, decidió declarar INEXEQUIBLES el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la misma Ley, situación que se convierte en obligatorio marco de observancia al momento de entrar tanto a determinar un hallazgo como a calificar su naturaleza.

Por consiguiente, a fin de poder contar con la suficiente claridad jurídica al momento de atender esta clase de asuntos, me permito solicitarle se adelante por parte de la dependencia a su cargo, el estudio correspondiente y posterior pronunciamiento.

Agradeciéndole de antemano su especial colaboración, dejo planteada la comentada situación para lo de su competencia.

Atentamente,


CASTULO MORALES PAYARES
Gerente Seccional V

hlf

17/02/03

80112-3666

<http://www.contraloriagen.gov.co/OficinaJuridica/contenido/3666.pdf>

Bogotá, D.C., 2 de noviembre de 2001

Doctor
LUÍS EDUARDO MESA NIEVES
Gerente Departamental de Córdoba
Contraloría General de la República
Calle 27 8-47
Montería, Córdoba

ASUNTO: FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y DE LAS ARTES. Hallazgos que no son de carácter fiscal

Respetado doctor Mesa:

1. ANTECEDENTES

Recibimos su consulta acerca de si la Contraloría General de la República tiene competencia para demandar actos de la Junta Directiva del Fondo Mixto para la Promoción de la Cultura y de las Artes. Señala que no son hallazgos fiscales sino irregularidades de otro tipo.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.1 Del Concepto Jurídico 0070A de enero 15 de 2001, sobre el daño patrimonial, consideramos del caso extractar el siguiente aparte como punto introductorio del presente estudio:

"...la Constitución encomendó a las contralorías la vigilancia de la gestión fiscal, función consistente en cuidar que los recursos públicos sean utilizados de manera correcta, es decir que se empleen para cumplir los fines esenciales del Estado. Así, la vigilancia de la gestión fiscal tiene por finalidad la protección integral, permanente y oportuna del patrimonio público y garantizar claridad y transparencia en la correcta utilización de los recursos,

fondos o bienes públicos en todos sus niveles, manejados o administrados por el Estado o por los particulares. La vigilancia de la gestión fiscal se ejerce de manera permanente sobre los recursos públicos con el fin de asegurar que sean adecuadamente administrados e invertidos. En últimas equivale al celo por el erario público que debe guiar la acción de los organismos de control."

2.2 Señala en su consulta que los hallazgos encontrados no son de tipo fiscal, aspecto relevante a tener presente en el comportamiento a seguir por el ente de control, y que la Guía de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral AUDITE 2.0 contempla tal situación, razón por la cual, nos remitiremos a lo dispuesto allí en su acápite pertinente:

En la aplicación de las técnicas de auditoría, podemos encontrarnos con los hallazgos. Todos los hallazgos principalmente son de carácter administrativo, éstos se revelan indudablemente en una deficiencia de control interno y por lo tanto requiere de una acción correctiva que impida que se sigan generando las causas que dan origen al hallazgo.

La evaluación del hallazgo puede conllevar a que éste tenga además un alcance fiscal por existir presuntamente un detrimento patrimonial, pero igualmente, puede ser considerado como hallazgo disciplinario si se comprueba la violación a las normas que regulan las operaciones de la entidad auditada. O de tipo penal cuando se presuma la existencia de conductas que violen las normas que tipifican los delitos de esta naturaleza.

Cuando se presenta un hallazgo meramente administrativo, la Contraloría puede amonestar o llamar la atención a los servidores públicos o particulares que han actuado de forma contraria a los principios generales de la función pública, Ley 42 de 1993 Artículo 100. Frente a un hallazgo disciplinario se da traslado a la Procuraduría General de la Nación y si es penal será a la Fiscalía General de la Nación.

2.3 Ahora bien, como la entidad visitada fiscalmente es conocedora de las deficiencias no fiscales, encontradas por el organismo de control, ella es la llamada en primer lugar, por conducto de sus directivas, y si es del caso, subsanar o corregir las deficiencias señaladas por la Contraloría General de la República.

2.4 Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 268 de la Constitución Política, mediante el cual se señala que la Contraloría General de la República ejerce la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, sería pertinente aducir que este organismo de control carecería de competencia para demandar ante las autoridades judiciales, actos administrativos que no conlleven a un posible detrimento patrimonial.

No obstante, debemos tener presente que en cumplimiento del artículo 209 de la Constitución Política, la Contraloría puede coordinar con los otros organismos del Estado procedimientos a seguir, a fin de que las deficiencias no fiscales halladas por el ente de control fiscal, cesen en el evento que los directivos de la entidad sean renuentes en su obrar.

Me suscribo de usted, cordialmente,

ALBA CELEMÍN DE ROSALES
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Dra. Yolanda María Burgos Sánchez
Revisó: Dra. Gloria Andeotti Caro, Coordinadora de Gestión (E.)
Radicado: 2115-01

80112- 1053

Bogotá. D. C., 29 de abril de 2002

Doctor

Guillermo Schafer Racero

Contralor Delegado para la Gestión Pública e Instituciones Financieras

Contraloría General de la República

Bogotá D.C.

Asunto: Hallazgo de Auditoría.

Respetado doctor Schafer:

1. ANTECEDENTE

Recibimos su oficio 0551 de marzo 21 de 2002, en donde nos informa que en desarrollo de una Auditoría Integral a los diferentes convenios suscritos entre el Fondo de Inversión para la Paz y el Programa PLANTE, se evidencian algunas irregularidades en los objetos, en los pagos y en la ejecución presupuestal.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.1 El capítulo III, sección I, artículo 51 del Decreto 267 de 2000 consagra las funciones de las Contralorías Delegadas Sectoriales y en su numeral 16 determina claramente: *"coordinar con las direcciones que la integran, con la gerencia departamental respectiva y con los grupos de vigilancia fiscal, la propuesta de políticas, planes, programas y prioridades para el ejercicio de la vigilancia fiscal; establecer explícitamente la responsabilidad de cada cual en el cumplimiento de las metas y los indicadores de gestión y desempeño que se hubieren identificado y garantizar su cumplimiento de acuerdo con ellas"*.

2.2 Mediante Concepto Jurídico 0070 A de enero 15 de 2001 esta Oficina, al referirse al tema de los hallazgos, precisó:

"En la aplicación de los procedimientos y técnicas propias de cada clase de auditoría el auditor encuentra hechos o situaciones que presentan importancia por la forma en que impactan el desempeño de la organización. Estos hechos o situaciones se denominan hallazgos y pueden ser tanto positivos como negativos. Los hallazgos positivos consisten en aspectos buenos, útiles, convenientes o destacables de la organización. Los hallazgos negativos, por el contrario, son hechos irregulares, inconvenientes, perjudiciales, nocivos o

dañinos en el funcionamiento de la organización, en suma, contrarios a los principios que deben regir la actuación del Estado y la gestión fiscal. De todas formas ambos tipos de hallazgos son importantes para poder realizar las recomendaciones pertinentes a la organización.¹

Los hallazgos negativos pueden ser clasificados de distintas formas dependiendo de la naturaleza de la irregularidad encontrada. La Guía de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral identifica tres clases de hallazgos: administrativos, fiscales y disciplinarios. A éstos podemos sumar los hallazgos de carácter penal. La competencia de la CGR versa sobre los hallazgos administrativos y los hallazgos fiscales. Sobre los hallazgos disciplinarios y penales deben los auditores dar traslado a las autoridades competentes. Examinemos cada uno de ellos:

2. **Hallazgo meramente administrativo:** Situación en que la gestión fiscal de una entidad no se esté desarrollando plenamente de acuerdo con los principios generales establecidos para la función administrativa y la gestión fiscal sin que ello implique o alcance a configurar una responsabilidad fiscal, disciplinaria o penal. Frente a los hallazgos meramente administrativos la CGR puede amonestar o llamar la atención a los servidores públicos o particulares que han actuado de forma contraria a los principios generales de la función pública. L-42/93 Art. 100—.
3. **Hallazgo fiscal:** Se encuentra que los servidores públicos o particulares han realizado una gestión fiscal deficiente —contrario a los principios establecidos para la función pública— que ha producido un daño patrimonial al Estado. Como elementos fundamentales se tiene la existencia de un daño patrimonial al Estado y que ese daño se haya producido como consecuencia del desarrollo de la gestión fiscal. Frente al hallazgo fiscal el auditor deberá dar traslado a la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios y Jurisdicción Coactiva. Este tipo de hallazgo puede concretarse en una responsabilidad fiscal para aquellos que lesionaron el patrimonio público.
4. **Hallazgo disciplinario:** Se encuentra que los servidores públicos y los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas han incurrido en alguna conducta que

¹ La GAGEI se encargó de precisar el alcance del término «hallazgo» dentro de la auditoría gubernamental: «La palabra "hallazgo" tiene muchos significados y connotaciones, además transmite una idea diferente a distintas personas. Sin embargo, en la auditoría se le debe dar un sentido de recopilación y síntesis de información específica u otro asunto que se haya analizado y evaluado y que se considera de interés o utilidad para los funcionarios de la entidad. El hallazgo normalmente se refiere a deficiencias o debilidades; pero cabe señalar que también existen hallazgos positivos. El término hallazgo abarca hechos y otra información pertinente obtenida, incluyendo casos, situaciones o relaciones reales. No abarca las conclusiones del auditor basadas en el análisis del significado o importancia de los hechos y otra información. Un hallazgo de auditoría es algo que el auditor ha observado o encontrado durante su examen. La información en la cual se basa debe estar disponible en la entidad y posiblemente conocida por otros. Es también el resultado de la información desarrollada, una reunión lógica de datos y una presentación objetiva de los hechos y otra información pertinente» (Contraloría General de la República, Guía de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral).

la legislación (L. 200195) tipifica como falta disciplinaria. Frente al hallazgo disciplinario el auditor deberá dar traslado a la Procuraduría General de la Nación que se encargará de determinar si existe responsabilidad disciplinaria por parte de las personas que incurrieron en las conductas tipificadas como faltas disciplinarias.

- 5. **Hallazgo penal:** Se encuentra que los servidores públicos y los particulares han incurrido en alguna conducta que la legislación penal tipifica como hecho punible. Frente al hallazgo penal el auditor deberá dar traslado a la Fiscalía General de la Nación quien se encargará de determinar si existe responsabilidad penal por parte de quienes realizaron los hechos punibles.

Es bueno señalar que cuando el auditor encuentre cualquiera de los cuatro tipos de hallazgos deberá consignarlos en el informe de auditoría señalando claramente cuáles son las medidas que la entidad debe adoptar para corregir sus problemas de gestión. Este punto es fundamental pues la labor de auditoría no debe enfocarse como una «cacería de brujas» sino como una ayuda que permita a las entidades controladas o optimizar su desempeño. El informe de auditoría debe convertirse en una herramienta que permita a la entidad auditada identificar claramente cuáles son sus fortalezas y debilidades; en que puntos está fallando; cuáles procedimientos debe corregir, modificar, suprimir o establecer; en fin, debe ser una guía para que la entidad pueda adoptar las medidas que le permitan mejorar su gestión.

En síntesis, en el desarrollo de las labores de auditoría generalmente se encuentran hechos tanto positivos como negativos que impactan de forma importante el desempeño y cometidos de la entidad. Estos hechos se denominan hallazgos y en su versión negativa pueden ser de cuatro tipos: a) meramente administrativos, b) fiscales, c) disciplinarios, y d) penales. Ante los hallazgos los auditores deben dar traslado a las autoridades competentes, consignarlos en el informe de auditoría y hacer las recomendaciones pertinentes para que sean subsanados y la entidad mejore su gestión adoptando las medidas correctivas del caso...”

2.3 Como resulta imposible determinar la existencia de violación de normas a través de la información anexa a la consulta, sin la inmediatez sobre las pruebas le recomendamos al equipo auditor, verificar que la contratación aludida se haya realizado conforme a la Ley 80 de 1993 y sus Decretos reglamentarios y los pagos se hallan efectuado conforme a lo dispuesto en el Estatuto Presupuestal (Decreto 111 de 1996)

El objetivo de la realización de pruebas, dentro del proceso auditor, es recopilar evidencias de auditoría adecuadas sobre el funcionamiento eficaz de las actividades claves, en este caso, determinar si en los convenios, las disponibilidades, registros presupuestales y contables están acordes con el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás disposiciones en esta materia.

Doctor *Guillermo Schafer Racero...*

Así mismo, la evaluación debe orientarse hacia el análisis financiero, de gestión y resultados, estableciendo si se cumplió con el objeto del convenio. Igualmente si el objeto del convenio contribuyó al cumplimiento de la gestión institucional.

Si en la aplicación de los procedimientos y técnicas de auditoría el equipo auditor, encuentra hechos irregulares, inconvenientes, perjudiciales, nocivos o dañinos, contrarios a los principios que deben regir la actuación de la entidad y la gestión fiscal, deben darle el tratamiento de un hallazgo.

El Coordinador de la auditoría y el Líder de equipo tienen la responsabilidad de asegurarse de que las evidencias que apoyen sus hallazgos y los resultados de los análisis causas y efectos, sean discutidos en la mesa de trabajo y con los niveles adecuados de la administración de la entidad auditada.

Me suscribo de usted, cordialmente,

Alba Celemin de Rosales
Directora Oficina Jurídica

<i>Proyectó:</i>	<i>Claudia Rosa Duran, Profesional Universitaria</i>
<i>Revisó:</i>	<i>Lucenith Muñoz Armas, Coordinadora de Gestión Oficina Jurídica (E)</i>
<i>Radicado:</i>	<i>0485-02</i>

como quiera que sobre el auto que decide nulidad proceden los recursos de reposición y apelación.

Pese a no pronunciarnos sobre la nulidad solicitada, se evidencia que la Gerencia Seccional V, tal como lo dispone el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, comunicó el 2 de octubre de 2001 a la aseguradora COLSEGUROS el auto de apertura proferido el 21 de febrero de 2001, pero en el referido auto no se hizo alusión alguna a la presunta responsabilidad de la aseguradora, en calidad de tercero civilmente responsable. De lo anterior se desprende que desde el auto de apertura existen irregularidades en el trámite del proceso.

La Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva revocó el auto de archivo proferido por la Gerencia Seccional V, mediante auto de fecha 18 de septiembre de 2001, por considerar que no existían los argumentos probatorios necesarios para proceder al archivo o imputación. En el mismo auto, este despacho manifestó la necesidad de recaudar pruebas tendientes a demostrar, si se configuraban o no los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal.

La Gerencia Seccional V solicitó a la Contraloría Distrital de Barranquilla que certificara si en la planta de personal, para las vigencias fiscales de 1998, 1999 y 2000, existía el cargo de asesor jurídico para asuntos relacionados con derecho administrativo y afines. El ente de control respondió mediante oficio, en el cual certifican que dentro de la estructura de la planta de personal figura el cargo de asesor grado 13, código 2020 indicando los requisitos para el mismo, afirmando que no existe el cargo de asesor jurídico.

Con base en la anterior certificación, es claro que el cargo de asesor grado 13, existente en la planta de personal, era ostensiblemente distinto al de asesor jurídico, desempeñado por el doctor ULISES GRANADOS HERRERA, puesto que el primero no requería especialización y las funciones descritas en la certificación son de carácter general, a diferencia de las labores desempeñadas por el asesor jurídico, quien necesariamente debía ser especializado en derecho administrativo para atender las diferentes demandas que cursaban en contra de la Contraloría Distrital de Barranquilla.

Por otra parte, los contratos suscritos con el doctor ULISES GRANADOS HERRERA cumplieron su objetivo, lo cual se evidencia en los informes que rendía el contratista sobre las actividades realizadas y que forman parte del expediente. El doctor GRANADOS HERRERA sí realizó una labor especializada, como quiera que se encuentra probado en el plenario que en su calidad de asesor jurídico de la Contraloría Distrital de Barranquilla atendió asuntos que requerían conocimiento específico en materia administrativa, como fueron las diferentes demandas contra el ente de control, y además reunía las calidades para desempeñarlas por ser abogado especializado en el área

desarrollar una labor diferente a la del personal de nómina, como quedó demostrado con la certificación expedida por la Contraloría, y que era necesaria para el funcionamiento de la entidad, como lo exige el artículo 32, numeral 3° de la Ley 80 de 1993. Y adicionalmente, cumplió con el objeto para el cual fue contratado, por ende el valor pagado como consecuencia de los contratos de prestación de servicios debía cancelarse, porque de lo contrario habría un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado.

El Despacho Observa que le asiste razón a la doctora RAQUEL POSADA ARRIETA, apoderada del doctor LUIS MONTALVO ALVARADO, cuando en escrito de fecha 6 de diciembre de 2002 argumenta que hubo violación al debido proceso como quiera que el término para practicar pruebas es de tres meses, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 610 de 2000, prorrogables por dos meses más.

En el expediente se observa que el auto de apertura es del 21 de febrero de 2001 y el periodo probatorio hubiera vencido el 21 de mayo de 2001, pero como hubo suspensión de términos por tres días, 9, 10 y 11 de abril, se vencería el término probatorio el 24 de mayo; no obstante, el 4 de junio se recibió declaración jurada al doctor Ulises Granados Herrera, sin que mediara auto de prórroga del término antes aludido.

Igual situación a la descrita se presentó en el término que media entre el auto de imputación y el fallo con responsabilidad, pues el primero es del 21 de enero de 2002 y el segundo del 11 de julio de 2002, cuando la Ley 610 de 2000 en su artículo 50 establece 10 días para el traslado del auto de imputación y el artículo 51 de la misma Ley concede un plazo de 30 días para la práctica de pruebas y vencido este término, el sustanciador dispone de 30 días para fallar, de tal suerte que en total deben transcurrir 70 días, los cuales se vencieron el 3 de mayo de 2002 y el fallo se profiere solo hasta el 11 de julio, es decir, en forma extemporánea

Es necesario analizar los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal consagrados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, el cual establece que se debe demostrar la existencia de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal; elementos que no se configuran en el caso en estudio, pues como ya se manifestó, no hubo daño patrimonial, dado que el doctor HERRERA GRANADOS cumplió con el objeto del contrato y por ello se le pagó, además en ese momento, y de acuerdo con las pruebas recaudadas, no existía dentro de la entidad un funcionario con ese perfil.

En consecuencia, y al no encontrarse demostrado que se haya causado detrimento al erario, la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Auditoría General de la República procederá a revocar el fallo con responsabilidad fiscal de fecha 12 de julio de 2002, al no encontrar ajustada a derecho la valoración de las pruebas, adelantada por