



Radicado No: 20201100019821

Fecha: 14-08-2020

Bogotá,
110

Doctor
GUSTAVO ERNESTO TOLEDO JEREZ
Director operativo de Control Fiscal
Contraloría General de Boyacá
Tunja - Boyacá
controlfiscal@cgb.gov.co

Referencia: Concepto 110.40.2020
 SIA-ATC. 012020000353
 1. Acción de Repetición
 2. Del hallazgo de auditoría y sus incidencias

Cordial saludo doctor Toldo Jerez:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del 24 de junio de 2020, radicado bajo el SIA-ATC. 012020000353, en el que hace la siguiente consulta:

En el marco de las auditorías regulares que realiza la Contraloría General de Boyacá, el auditor encontró el siguiente hallazgo:

"Demanda ordinaria laboral interpuesta por el señor XXXXX, con sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015 por cesación de cargo, a lo cual se ordena cancelar la suma de \$23.812.487.

No se establece que se haya iniciado gestión alguna de repetición sobre los responsables de la sanción por parte de sujeto de control, lo cual estaría enmarcado en un posible detrimento por valor de \$23.812.487 por pago del presupuesto de la entidad.

En concreto el hallazgo refiere a la omisión de la administración Municipal al no interponer el medio de control denominado Repetición contra los funcionarios que realizaron la acción u omisión que configuro la condena al municipio, verificando que el Municipio ya realizo la cancelación total de la suma de dinero condenado a cancelar.

¿el hallazgo que se configura es con incidencia fiscal o disciplinaria?

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, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, 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).

Así mismo 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 termino 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.

(...)

(Nota: se debe tener en cuenta que la norma anterior SOLO aplica para las peticiones en curso al 17 de marzo de 2020 o radicadas entre esa fecha y el 31 de agosto de 2020, teniendo en cuenta las disposiciones del Decreto-Ley 491 de 2020 y las Resoluciones 385 de 2020 y 844 de 2020 del Ministerio de salud y protección social)

1. Acción de Repetición.

La repetición por condenas contra el Estado es un mandato constitucional en los siguientes términos:

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

La Corte Constitucional en sentencia C-309 de 2002 al declarar inexecutable el inciso segundo del párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 678 de 2001, refiriéndose al alcance del artículo 90 constitucional, manifestó:

*Finalmente, el proyecto de ley fue estructurado, discutido y aprobado desde la óptica de la acción de repetición y no desde la perspectiva de la regulación de la gestión fiscal ni del proceso de responsabilidad fiscal. En el trámite legislativo estuvo siempre presente como propósito del legislador regular la figura de la acción de repetición establecida en el artículo 90 de la Carta Política. Desde la ponencia para primer debate al proyecto de ley No. 131 de 1999 Senado se sostuvo que **“el artículo 90 de la Constitución consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, prescripción lógica en un Estado de Derecho, en el cual los derechos nacen como restricción y límite al poder de las autoridades. Pero así como los ciudadanos tienen derecho de exigir del Estado responsabilidad por la infracción de los derechos fundamentales, correlativamente el Estado tiene el derecho y el deber de exigir de sus agentes la responsabilidad consiguiente. Por tal motivo, el mismo artículo 90 constitucional prescribe el derecho-deber del Estado de repetir contra sus agentes que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan causado la erogación de recursos públicos como consecuencia de una condena o de una conciliación...”***

(Negrilla fuera de texto)

Más recientemente, dicha Corte en sentencia C-957 de 2014, respecto del artículo constitucional dijo:

*Una lectura cuidadosa de la norma en mención, permite evidenciar que en ella, hay dos premisas jurídicas distintas, aunque claramente relacionadas entre sí: la primera trata de la responsabilidad patrimonial del Estado, y del deber de responder por el daño antijurídico que le sea imputable generado por la acción o la omisión de las “autoridades públicas”; y la segunda, trata de la responsabilidad del servidor público por el daño antijurídico causado con su conducta dolosa o gravemente culposa como “agente estatal”, **y del deber del Estado de actuar en repetición**[77].*

El fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado a la que alude el primer inciso, se centra como hemos visto, en el daño antijurídico, mientras que en el segundo, se trata de la responsabilidad personal de sus agentes, que “sólo ocurre en aquellos eventos en que el daño antijurídico y la condena sobreviniente [sean] consecuencia del obrar doloso o gravemente culposo del agente” [78].

(Negrilla fuera de texto)

En desarrollo del mandato constitucional, el legislador emitió la Ley 678 de 2001 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, la cual regula el ejercicio de la acción de repetición en los aspectos sustantivos y procesales, consagrando entre otras:

Artículo 2º. Acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

Parágrafo 1º. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

Para la recuperación del lucro cesante determinado por las contralorías en los fallos que le pongan fin a los procesos de responsabilidad fiscal, se acudirá al procedimiento establecido en la presente ley para el ejercicio de la acción de repetición. (Inciso declarado inexecutable)

Parágrafo 2º. Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.

Parágrafo 3º. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Parágrafo 4º. En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.

La Corte Constitucional, sobre la acción de repetición, se ha pronunciado en múltiples sentencias de constitucionalidad respecto de pluralidad de normas de la Ley 678 de 2001, entre ellas destacamos la sentencia C-484 de 2002, en la que manifestó:

4.1. Como es suficientemente conocido, la Constitución de 1991, a diferencia de la anterior, de manera específica se ocupa de la responsabilidad del Estado y, al efecto, establece en el artículo 90 que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, tanto por la acción como por la omisión de las autoridades públicas.

Esa norma constitucional guarda estrecha relación con el principio de legalidad de la actuación del

Estado, en cuanto conforme al artículo 6 de la Carta, se señala que los servidores públicos son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, responsabilidad que el artículo 124 de la Constitución ordena que se determine por la ley y que sea ésta la que, también, precise la manera de hacerla efectiva.

Es claro, entonces, que el sujeto de la imputación de responsabilidad es el Estado, vale decir que no hay responsabilidad subjetiva del servidor público de manera directa con la víctima de su acción u omisión, sino una responsabilidad de carácter institucional que abarca no sólo el ejercicio de la función administrativa, sino todas las actuaciones de todas las autoridades públicas sin importar la rama del poder público a que pertenezcan, lo mismo que cuando se trate de otros órganos autónomos e independientes creados por la Constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

De la misma manera, la norma constitucional contenida en el artículo 90 de la Carta, exige como presupuesto necesario para la existencia de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado que la acción u omisión de las autoridades públicas ocasione un daño antijurídico, con lo cual queda fuera de duda que no es cualquier daño el que acarrea dicha responsabilidad sino única y exclusivamente el que no se está obligado a soportar, pues, en ocasiones, puede existir un daño que, sin embargo, jurídicamente constituya una carga, o una molestia que en beneficio del interés general halle justificación constitucional.

4.2. *Conforme a la naturaleza misma de las cosas, el Estado para su actuación requiere de personas naturales, que a él se vinculan en la forma prevista por el legislador para que desempeñen las funciones establecidas en la Carta Política, en la ley o en el reglamento respectivo, bajo el principio rector de que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, como se establece expresamente por el artículo 123 de la Carta Política.*

Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado.

Eso explica, entonces que el artículo 90 de la Constitución Política, en su segundo inciso establezca que si al Estado se le impone condena a la reparación patrimonial por daños antijurídicos causados por servidor público que obra con dolo o culpa grave, deba repetir contra éste en defensa de los intereses generales que se verían seriamente afectados si la comunidad tuviera que soportar la disminución patrimonial que se le ocasiona con la condena y nada pudiera hacer contra el responsable directo y personal que a ella dio origen por su actuar doloso o gravemente culposo.

Cabe destacar que la Corte tiene ya por sentado que esa responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado no es de carácter sancionatorio, sino reparatorio, tal como se dijo, entre otras, en la sentencia C-309 de 2000, en la cual a propósito de la responsabilidad fiscal de aquellos, se expresó que: "...esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria", lo cual resulta igualmente predicable en relación con la acción de reembolso que consagra el artículo 90 de la

Constitución para que el Estado la ejerza con el único propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.

4.3. *Conforme a lo expuesto, no admite discusión alguna que si al Estado se le impone judicialmente condena porque se le declara patrimonialmente responsable de un daño antijurídico respecto de la víctima, esa sentencia es de obligatorio cumplimiento.*

En ese orden de ideas, realizado el pago si la condena le fue impuesta al Estado como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus servidores, el artículo 90 superior le impone el deber de iniciar una acción de repetición para obtener el reembolso de lo pagado.

Así mismo, traemos a colación la sentencia C-1174 de 2004, en la que la Corte Constitucional además de ratificar lo estipulado en la sentencia C-484 de 2002, al resolver demanda de De la misma manera, la norma constitucional contenida en el artículo 90 de la Carta, exige como presupuesto necesario para la existencia de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado que la acción u omisión de las autoridades públicas ocasione un daño antijurídico, con lo cual queda fuera de duda que no es cualquier daño el que acarrea dicha responsabilidad sino única y exclusivamente el que no se está obligado a soportar, pues, en ocasiones, puede existir un daño que, sin embargo, jurídicamente constituya una carga, o una molestia que en beneficio del interés general halle justificación constitucional.

4.4. *Conforme a la naturaleza misma de las cosas, el Estado para su actuación requiere de personas naturales, que a él se vinculan en la forma prevista por el legislador para que desempeñen las funciones establecidas en la Carta Política, en la ley o en el reglamento respectivo, bajo el principio rector de que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, como se establece expresamente por el artículo 123 de la Carta Política.*

Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado.

Eso explica, entonces que el artículo 90 de la Constitución Política, en su segundo inciso establezca que si al Estado se le impone condena a la reparación patrimonial por daños antijurídicos causados por servidor público que obra con dolo o culpa grave, deba repetir contra éste en defensa de los intereses generales que se verían seriamente afectados si la comunidad tuviera que soportar la disminución patrimonial que se le ocasiona con la condena y nada pudiera hacer contra el responsable directo y personal que a ella dio origen por su actuar doloso o gravemente culposo.

Cabe destacar que la Corte tiene ya por sentado que esa responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado no es de carácter sancionatorio, sino reparatorio, tal como se dijo, entre otras, en la sentencia C-309 de 2000, en la cual a propósito de la responsabilidad fiscal de aquellos, se expresó que: "...esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo,

pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria”, lo cual resulta igualmente predicable en relación con la acción de reembolso que consagra el artículo 90 de la Constitución para que el Estado la ejerza con el único propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.

4.5. *Conforme a lo expuesto, no admite discusión alguna que si al Estado se le impone judicialmente condena porque se le declara patrimonialmente responsable de un daño antijurídico respecto de la víctima, esa sentencia es de obligatorio cumplimiento.*

En ese orden de ideas, realizado el pago si la condena le fue impuesta al Estado como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus servidores, el artículo 90 superior le impone el deber de iniciar una acción de repetición para obtener el reembolso de lo pagado.

Así mismo, traemos a colación la sentencia C-1174 de 2004, en la que la Corte Constitucional además de ratificar lo estipulado en la sentencia C-484 de 2002, al resolver demanda de constitucionalidad respecto de apartes del artículo 7º de la Ley 678 de 2001, dijo:

3.4.1 Como ya se ha dicho por parte de esta Corte[51], antes de la vigencia de la Carta Política de 1991, no había norma superior que de manera específica señalara la responsabilidad patrimonial del Estado, y por esta razón esa responsabilidad fue derivada por los tribunales del artículo 16 de la anterior Constitución, norma que de forma genérica determinaba cuáles eran los fines esenciales del Estado.

El Constituyente de 1991 decidió establecer expresamente la cláusula general de responsabilidad tanto contractual como extracontractual del Estado en el artículo 90 de la Carta Política, norma que establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y agrega que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de esos daños, que se hayan ocasionado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. Al respecto, la Corte ha dicho que el artículo 90 constitucional debe interpretarse en concordancia con el principio de legalidad contemplado en el artículo 6 ibídem, precepto que dispone que los servidores públicos son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; y con lo dispuesto en el artículo 124 constitucional, en cuanto esta norma establece que le corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva[52].

(...)

La Corte ha explicado que esa responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado derivada de la acción de repetición no tiene un carácter sancionatorio, pues su único propósito es el de “reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes”[54].

Igualmente que esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del Constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas[55]. Al respecto ha hecho énfasis en que la noción de servidor público establecida en la Carta[56] tiene en este sentido una connotación finalista y no puramente nominal, al tiempo que no puede olvidarse que conforme al

artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras finalidades, “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, así como que el artículo 209 constitucional señala que son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los “(...) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”[57].

Para ilustración del solicitante, le sugerimos respecto de la acción de repetición, consultar además de la jurisprudencia transcrita, también las sentencias de constitucionalidad C-233 de 2002, C-372 de 2002, C-445 de 2002, C-162 de 2003, C-778 de 2003, C-338 de 2006, C-092 de 2018 y las sentencias de tutela SU-222 de 2016, T-842 de 2004, T-1257 de 2008, T-950-A de 2009, de la Corte Constitucional referentes al tema de la acción de repetición.

La Ley 1437 de 2011 – CPACA establece la acción de repetición en los siguientes términos:

Artículo 142. Repetición. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.

Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

(...)

5. Cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago.

En cuanto a la oportunidad para la presentación de la demanda en la acción de repetición, el CPACA establece:

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

a) (...)

l) Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código.

De la normatividad y jurisprudencia relacionada se observa que el legislador no hace distinción alguna así como tampoco excluye de la acción de repetición, condenas que se efectúen contra el Estado en procesos de alguna jurisdicción, es decir, que bajo esta figura queda cobijada toda condena con reconocimiento indemnizatorio.

Así mismo, se concluye que para que proceda el ejercicio de esta repetición, se debe cumplir: i) Provenir de una condena, conciliación u otro medio de terminación de conflictos; ii) Referirse a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado; iii) Que el resarcimiento sea consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa por parte del agente público; y iv) Que el pago indemnizatorio se haya realizado efectivamente.

2. Del hallazgo de auditoría y sus incidencias

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española – RAE, establece las siguientes acepciones para el término *hallazgo*; de las cuales, las dos primeras son las que tienen que ver con el tema aquí tratado:

1. m. Acción y efecto de hallar.

2. m. Cosa hallada.

3. m. Der. Encuentro casual de cosa mueble ajena que no sea tesoro oculto.

4. m. desus. Recompensa que se da a alguien por haber hallado algo y restituirlo a su dueño o por dar noticia de ello.

La norma internacional ISO¹9000:2015 *Sistemas de gestión de la calidad. Fundamentos y vocabulario*, que proporciona los conceptos fundamentales, los principios y el vocabulario para los Sistemas de Gestión de la Calidad - SGC y proporciona la base para otras normas de SGC, define los *hallazgos de auditoría*, agregando tres notas para su complemento y mejor entendimiento:

3.13.9

Hallazgos de la auditoría

Resultados de la evaluación de la evidencia de la auditoría (3.13.8) recopilada frente a los criterios de auditoría (3.13.7)

Nota 1 a la entrada: Los hallazgos de la auditoría indican conformidad (3.6.11) o no conformidad (3.6.9). Nota 2 a la entrada: Los hallazgos de la auditoría pueden conducir a la identificación de oportunidades para la mejora (3.3.1) o el registro de buenas prácticas.

Nota 3 a la entrada: Si los criterios de auditoría (3.13.7) se seleccionan a partir de requisitos legales

(3.6.6.) o reglamentarios (3.6.7), los hallazgos de auditoría pueden denominarse cumplimiento o no cumplimiento.

La Auditoría General de la República toma de la Guía de Auditoría Territorial 2012 la definición de *hallazgo de auditoría* y la adapta en su Manual del Proceso Auditor – MPA Versión 9.1, en los siguientes términos:

Hecho relevante que se constituye en un resultado determinante en la evaluación de un asunto en particular, al comparar la condición (situación detectada – Ser) con el criterio (deber ser – Norma). Igualmente, es una situación determinada al aplicar pruebas de auditoría que se complementará estableciendo sus causas (motivos por los cuales no se cumple con el criterio) y efectos (resultados adversos, reales o potenciales, que resultan de la condición encontrada).

La “Guía de Auditoría Territorial - GAT, en el marco de las normas internacionales ISSAI”, de noviembre de 2019, actualizada con las normas internacionales ISSAI, en su Glosario, define el hallazgo de auditoría así:

Hallazgo de Auditoría

Es un hecho relevante que se constituye en un resultado determinante en la evaluación de un asunto en particular, al comparar la condición [situación detectada] con el criterio [deber ser]. Igualmente, es una situación determinada al aplicar pruebas de auditoría que se complementará estableciendo sus causas y efectos.

De las definiciones anotadas podemos concluir de manera más simple, que el *hallazgo de auditoría* es el hecho o situación relevante (proveniente de eventos, registros, documentos, declaración y en general cualquier información recopilada en el proceso auditor) encontrada en el ejercicio auditor, que una vez efectuada su evaluación frente a la norma, procedimiento, requisito y/o política que lo rige, indican su cumplimiento o incumplimiento.

En cuanto al alcance o connotación de los hallazgos de auditoría, el MPA Versión 9.1 de la AGR, establece:

- Hallazgo Administrativo: “Todos los hallazgos determinados son administrativos, sin perjuicio de sus efectos fiscales, penales, disciplinarios y corresponden a todas aquellas situaciones que hagan ineficaz, ineficiente, inequitativa, antieconómica o insostenible ambientalmente, la actuación del auditado, que viole la normatividad legal y reglamentaria o impacte la gestión y el resultado del auditado (efecto)”. [Tomado de la GAT noviembre 2012]*
- Hallazgo con connotación Fiscal: hallazgo administrativo mediante el cual se establece que los servidores públicos y/o particulares han realizado una gestión fiscal ineficaz y antieconómica, contraria a los principios establecidos para la función pública, que ha producido un daño patrimonial al Estado.*
- Hallazgo con presunta connotación Disciplinaria: hallazgo administrativo en el cual se evidencia que, por acción u omisión, servidores públicos o particulares, que transitoriamente ejercen funciones públicas han incurrido en un presunto incumplimiento del deber funcional tipificado en la ley como falta disciplinaria.*

- *Hallazgo con presunta connotación Penal: hallazgo administrativo en el cual se observa que, por acción u omisión, servidores públicos o particulares, que transitoriamente ejercen funciones públicas, han incurrido en un presunto hecho punible tipificado en la ley como delito.*

La “Guía de Auditoría Territorial - GAT, en el marco de las normas internacionales ISSAI”, de noviembre de 2019”, en su *Glosario*, define los impactos del hallazgo de auditoría así:

Hallazgo administrativo

Hecho que demuestra que la gestión fiscal de un sujeto de control, no se está desarrollando de acuerdo con los principios generales establecidos.

Hallazgo con impacto disciplinario

Hallazgo administrativo donde se configura que los servidores Públicos o los particulares que transitoriamente ejerzan funciones Públicas, han incurrido en alguna conducta que la legislación tipifica como falta disciplinaria.

Hallazgo con impacto Incidencia fiscal

Todo hallazgo administrativo donde se tipifica que los servidores Públicos o los particulares ha realizado una gestión fiscal deficiente, contraria a los principios establecidos para la función, que han producido un daño patrimonial al Estado.

Hallazgo con impacto penal

Ocurriencia de un hecho constitutivo de delito. Cuando en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, el servidor Público comete un hecho punible, de aquellos cuyo bien jurídico pertenece a la protección de la administración y función pública, se le da traslado a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

Para efectos de los alcances disciplinario, penal o de otra índole (puede haber hallazgos que conlleven alcances investigados por otras autoridades como la DIAN, las Superintendencias, la UGPP, etc.), se debe tener en cuenta que el mismo se da como una presunción, pues es la autoridad respectiva quien determina si el hecho configura o no el alcance. Se debe tener en cuenta, igualmente la norma correspondiente:

Incidencia disciplinaria: El hecho o situación establecida como hallazgo, debe estar constituida en Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” como falta disciplinaria:

Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve 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 por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

Incidencia penal: El hecho o situación establecida como hallazgo, debe estar constituida en Ley 599 de 2000 como tipo penal:

Artículo 9º. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

Incidencia fiscal: El hecho encontrado debe establecer la existencia del daño al patrimonio público en los términos del artículo 6º de la Ley 610 de 2000, así como tener indicios sobre los posibles autores:

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, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, 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 los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo.

Para otros alcances o incidencias, se deberá tener en cuenta la norma correspondiente.

Además de los alcances o incidencias relacionadas anteriormente, se encuentran conductas o hechos que en el proceso auditor se elevan a hallazgo, que pueden dar origen a un proceso sancionatorio, tales como las establecidas en los artículos 100 y 101 de la Ley 42 de 1993 y en los artículos 81 y 82 del Decreto-Ley 403 de 2020.

En cuanto a los hallazgos con alguna incidencia, es necesario tener en cuenta que su traslado o puesta en conocimiento de la autoridad competente, es un deber del servidor público establecido en la Ley 734 de 2002, así:

Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. (...)

24. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley.

(...)

De conformidad con la GAT de noviembre de 2019, los hechos constitutivos de presuntas

irregularidades encontrados en el desarrollo del ejercicio auditor, se presentan como observaciones en el informe preliminar y luego de evaluada la contradicción o descargos presentados por el sujeto vigilado y de no desvirtuarse lo presentado, se configuran como hallazgo en el informe final. Así lo establece la GAT:

En las Contralorías Territoriales, los hechos constitutivos de posibles irregularidades, se identifican con el término “observaciones de auditoría”, que inicialmente se presentan como tal en el informe preliminar. Una vez evaluada la respuesta o descargos presentados por el sujeto de vigilancia y control y valorado y validado en mesa de trabajo, se configuran como “hallazgo” y bajo esta denominación se incorpora en el informe definitivo. En caso que una observación sea desvirtuada acorde a las conclusiones de la mesa de trabajo, será retirada del informe.

Al configurar un hallazgo, esta Guía Territorial establece que:

- i) Se debe determinar y evaluar la condición (el hecho o situación encontrada) y compararla con el criterio (norma, procedimiento, política, etc., que sea el referente): es decir, comparar lo que es o se encontró (el ser) con lo que debe ser (el deber ser);
- ii) Verificar y analizar la causa, el efecto y la recurrencia de la situación observada;
- iii) Evaluar la suficiencia, pertinencia y utilidad de la evidencia: es decir, que el acervo probatorio sea suficiente para sostener la observación y el hallazgo produzca el efecto requerido;
- iv) Identificar y valorar los posibles responsables y líneas de autoridad: aspecto muy importante para efectos de las acciones correspondientes;
- v) Comunicar y trasladar al auditado las observaciones: aspecto importantísimo para honrar el derecho fundamental al debido proceso y dentro de él el derecho de contradicción;
- vi) Evaluar y validar la respuesta del auditado: esto para cumplir con los principios constitucionales de la función administrativa y en especial el de imparcialidad.

En cuanto a la configuración del hallazgo con incidencia fiscal, la plurimencionada GAT 2019, establece lo correspondiente en el numeral 1.3.2.13.

La configuración o validación de las observaciones y/o hallazgos, de acuerdo con la GAT de noviembre de 2019, se debe efectuar en mesa de trabajo, espacio en el cual los auditores interactúan y debaten los resultados del proceso, las evidencias que sustentan la observación o hallazgo, la incidencia del mismo, y se revisan las características anotadas en el párrafo anterior:

La evaluación y análisis para determinación de las observaciones que harán parte del informe preliminar, y la evaluación y calificación de los hallazgos para el informe definitivo, requerirán de mesa de trabajo. Ver Modelo 02-PF Ayuda de memoria.

Ahora bien, teniendo en cuenta que lo que se comunica en el informe preliminar a la entidad vigilada es una observación, y que ésta tiene la oportunidad de presentar sus descargos en ejercicio del derecho de defensa y contradicción, los auditores nuevamente en mesa de trabajo, deberán estudiar y evaluar dicha respuesta y sus soportes, a fin de determinar si desvirtúa lo observado y así suprimir dicha observación, o si por el contrario esta se debe ratificar como hallazgo; igualmente y con base en la respuesta dada al informe preliminar, en la misma mesa de trabajo, se debe determinar lo referente a la presunta incidencia para determinar si se ratifica, se modifica o se retira.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además 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).

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:

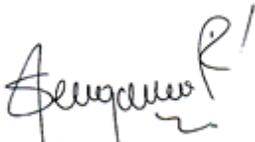
*“...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes 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)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <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 Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y [\(funcionario\)@auditoria.gov.co](mailto:(funcionario)@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 5f0a5bd3 , también puede consultar su solicitud seleccionando el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:			14/08//2020
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		14/08/2020
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		14/08/2020

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.