



11 MAYO 2010  
11 MAYO 2010

80112  
Bogotá, D.C.

Doctora  
NATHALIA GONZÁLEZ OBANDO  
Jefe de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva  
Contraloría Municipal de Popayán  
Edificio EL CAM, 2do Patio  
Popayán - Cauca

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 04-05-2010 11:05  
Al Contestar Cite Este No.: 2010EE30552 O 1 Fol: 1 Anex: 0  
ORIGEN: 409 - OFICINA JURIDICA/ CANDELA CAMPO LUIS GUILLERMO  
DESTINO: CONTRALORIA MUNICIPAL POPAYAN/NATHALIA GONZALEZ C  
ASUNTO: EJECUTORIEDAD PROVIDENCIA 8 HALLAZGO FISCAL DAÑO F  
OBS: PROYECTO: GLORIA TORRES

1. ANTECEDENTE.

Mediante solicitud radicada con el número 2010ER18825 del quince (15) de marzo de 2010, nos realizan la preguntas que adelante precisaremos relacionadas todas con el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

-¿Debe estar probado el daño patrimonial al Estado al realizar el traslado del hallazgo fiscal por parte de los grupos de auditoría?

La responsabilidad fiscal se encuentra edificada sobre tres elementos: un daño patrimonial al Estado, una conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal y finalmente un nexo de causalidad entre los dos elementos anteriores. Con respecto al elemento daño la Ley 610 de 2000 en el artículo 40 ordena que cuando se encuentre establecido un daño patrimonial al Estado procede dar apertura al Proceso de Responsabilidad Fiscal.

El artículo inmediatamente anterior postula que cuando no exista certeza sobre el daño patrimonial al estado se debe iniciar una indagación preliminar para entre otros elementos verificar la ocurrencia del hecho generador y el daño al patrimonio público.

El daño a nivel de certeza es entonces presupuesto del Proceso de Responsabilidad Fiscal más no de la indagación preliminar. Es hallazgo el hecho irregular que en opinión razonable del auditor pudo causar daño patrimonial al Estado. Ese elemento de razonabilidad debe estar soportado, no es una simple intuición o "corazonada" por parte del auditor, sino debe tener soportes probatorios suficientes para llevar a ese cuestionamiento, que ese

✓  
Y



Doctora NATHALIA GONZÁLEZ OBANDO. Contraloría Municipal de Popayán

Página 2 de 5

hecho ha roto la normalidad administrativa y es posible que se haya presentado la afectación patrimonial.

Dependiendo el grado de conocimiento que brinde el hallazgo puede o iniciarse directamente el Proceso de Responsabilidad Fiscal; o en su defecto, iniciar una indagación preliminar hasta por el término de seis (6) meses a partir de los cuales exclusivamente es procedente o librar el auto de archivo o iniciar el Proceso de Responsabilidad Fiscal, la ley no permite ninguna actuación diferente.

Pero debemos tener claro que un hallazgo no necesariamente tiene los elementos para iniciar el proceso, en el hallazgo no necesariamente debe estar probado el daño, si exigiéramos en todo caso en los hallazgos la prueba del daño estaríamos eliminando de facto la posibilidad de la indagación preliminar, que dicho sea de paso, es una etapa pre procesal creada constitucionalmente en el artículo 271.

Pero igualmente no puede ser considerado hallazgo la simple intuición del auditor, este tiene la responsabilidad de mostrar probatoriamente que ha ocurrido una situación que pone en cuestión a la administración, no a título de certeza, pero sí que genera unas dudas que deben investigarse en la indagación preliminar. Esta indagación tiene un valor superlativo para el ejercicio de las funciones de las contralorías, ya que si son adelantadas juiciosamente sus resultados nos definen la posibilidad de ejercer la acción o archivar la actuación. Si en el Proceso de Responsabilidad Fiscal tiene el funcionario sustanciador certeza sobre lo actuado en la indagación preliminar se le permite concentrarse en lo fundamental del proceso: investigar la responsabilidad con sus componentes subjetivos y el nexo de causalidad. Solo en casos excepcionales si se adelanta adecuadamente la indagación preliminar habría que archivar un proceso por la existencia de caducidad o por inexistencia del hecho o el daño.

Igualmente una indagación preliminar bien adelantada si llega a conducir a la certeza del daño patrimonial al Estado, debe exponer un espectro de posibles responsables que haría innecesaria la posterior vinculación de nuevos procesados y la eventualidad del fenómeno de la caducidad de la acción frente a estos.

-¿Existe daño patrimonial al Estado cuando se ejecutan unos recursos de destinación específica en otro tipo de destinación aunque necesaria y estatal?



Claro es como lo expone en su escrito que el simple cambio de destinación de unos recursos públicos en principio no genera daño patrimonial al Estado sino un hallazgo disciplinario y penal. Pero esta afirmación general que se presenta como principio puede admitir importantes excepciones. Por lo tanto todo cambio de destinación específica de recursos públicos a de ser resuelta en una indagación preliminar, hay una irregularidad administrativa que es importante ver en detalle por sus potenciales efectos.

Hay casos en que el cambio de destinación de recursos públicos pueden generar un daño patrimonial al Estado así sean invertidos en necesidades del propio ente estatal. A manera de ejemplo, cuando el ente estatal viene pagando por concepto de arrendamiento unas instalaciones para el funcionamiento de una actividad de salud o educación, y teniendo los recursos de destinación específica para construir sus propias instalaciones, decide cambiar su destinación, prolongando una erogación patrimonial a título de canon, e invirtiendo en cosas para el Estado pero no fundamentales para la comunidad. Allí podremos predicar un daño patrimonial ya que el Estado sigue gastando unos recursos, que si se hubiera cumplido con la norma y con el plan no hubiera tenido que gastar. Ese es el análisis sobre gestión fiscal, el que permite concluir si la forma de gastar los recursos públicos es la adecuada de acuerdo a las necesidades de la comunidad.

Al analizar este tema no podemos perder de vista que la Constitución Política crea una tabla de valores y principios que implican una jerarquización, dándole mayor importancia a unos sujetos, unos valores, unos derechos que a otros. La discrecionalidad en la inversión está condicionada por unos planes de inversión, un programa de gobierno, unas necesidades de la comunidad, los fines esenciales del Estado y la propia forma de Estado Social de Derecho.

Entonces de manera similar a lo que ocurre con la posibilidad de daño entre entidades, en la inversión de recursos de destinación específica existe el principio de que no hay daño patrimonial, pero toca observar cada uno de los casos por que pueden haber eventos en que esta alteración del orden legal si genere este tipo de daño al no realizar la gestión fiscal más afortunada.

La gestión fiscal no es solamente invertir los recursos públicos en objetos estatales, sino que dicha gestión debe ser ADECUADA y CORRECTA como se extrae del artículo 3 de la Ley 610 de 2000 y debe perseguir el cumplimiento de los fines estatales.

Como ocurre en todo caso de daño patrimonial al Estado ese cambio en la inversión de los recursos debe estar plenamente soportado, el simple cambio no genera daño ni se presenta una presunción de daño por el cambio de destinación. Debe dentro de la indagación preliminar mostrarse que el daño por el cambio de destinación es cierto y cuantificable, lo cual es tarea del funcionario ejecutor de la indagación preliminar, por ello es que insistimos que la existencia o no de este daño fiscal por la ocurrencia del cambio de destinación amerita en todo caso una indagación preliminar.

Si solo predicáramos que por el cambio de destinación automáticamente se presenta un daño patrimonial, estaríamos dándole a la responsabilidad fiscal un propósito sancionatorio que no le es propio y resaltó la Honorable Corte Constitucional<sup>1</sup> al rechazar la exequibilidad de la expresión "uso indebido" anteriormente contenida en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000. Por ello es indispensable que antes del inicio del respectivo proceso se adelante en estos casos la indagación preliminar que permite evidenciar o descartar el daño patrimonial al Estado.

- ¿La ejecutoria del fallo que resuelve en vía gubernativa la responsabilidad fiscal requiere previa notificación?

La finalidad de las notificaciones en las actuaciones administrativas es dar cabida al derecho de defensa del administrado mediante el ejercicio de recursos o, cuando se trata de actos administrativos definitivos, el ejercicio de las acciones contencioso administrativas. Al respecto ha establecido al Corte Constitucional:

*"Las notificaciones de las actuaciones administrativas se pueden entender como la diligencia mediante el cual se pone en conocimiento de los interesados el contenido de los actos que en ellas se produzcan" la cual "tiene como finalidad garantizar los derechos de defensa y de contradicción como nociones integrantes del concepto de debido proceso a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Política".<sup>2</sup>*

De aquí se deriva una importante conclusión: la decisión de la vía gubernativa queda ejecutoriada una vez se presenten los presupuestos normativos de la

<sup>1</sup> República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. Sentencia C-340 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil

<sup>2</sup> *Ibidem*. Sentencia T-214 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Doctora NATHALIA GONZÁLEZ OBANDO. Contraloría Municipal de Popayán

Página 5 de 5

Ley 610 de 2000, que dicho sea de paso, es norma especial en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

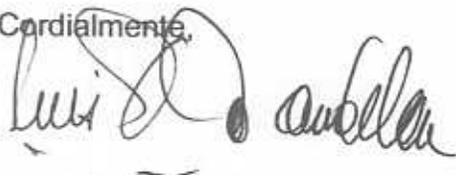
Pero de allí no se deriva inmediatamente que este acto pueda ejecutarse o corra el término de caducidad de las acciones contencioso administrativas, para ello es preciso se de la notificación personal o por edicto, que deviene en el conocimiento del procesado de dicha providencia administrativa.

Finalmente pregunta si es procedente iniciar Proceso de Responsabilidad Fiscal ante lo que considera el inadecuado cumplimiento de las obligaciones que se derivan de un contrato de mandato por parte de un profesional del derecho.

Al respecto enfatizamos que no tenemos los elementos probatorios para valorar el alcance de las obligaciones de dicho contrato, pero en todo caso recordamos, que el Proceso de Responsabilidad Fiscal tiene como sujeto cualificado la noción de gestión fiscal la cual debe evaluarse en cada caso concreto. Cuando se trate de incumplimiento de obligaciones contractuales también puede evaluar la administración la posibilidad de que se den los presupuestos de una acción contractual o si se ha causado daño por negligencia desconociendo las obligaciones profesionales, la consecuente denuncia e investigación ante el Consejo Seccional de la Judicatura correspondiente. Cada una de estas posibles elecciones debe considerarla el respectivo órgano ejecutor dado que se trata precisamente de la actividad administrativa interna.

Por último, le informamos que Usted puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a éste y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace *normatividad - conceptos* de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,



**LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO**  
Director Oficina Jurídica

Revisó: Juan Carlos Luna Rosero. Asesor de Gestión (E)   
Proyectó: Wilson René González  
Radicado: 2010ER18825