



RESOLUCIÓN No. 014

(29 de Enero de 2024)

Por la cual se resuelve el grado de consulta

EL CONTRALOR GENERAL DEL CAUCA, en ejercicio de sus facultades Constitucionales y Legales, especialmente las conferidas por los artículos 272 y 268 numeral 5 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 18 de la Ley 610 de agosto 15 de 2000, en concordancia con lo preceptuado en la Ordenanza No. 046 de 23 de junio de 2021 expedida por la Asamblea Departamental del Cauca, y teniendo en cuenta lo siguiente,

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a pronunciarse sobre el grado de consulta allegado por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal mediante memorando No. 202301300179072 del 26 de diciembre de 2023 mediante el cual se remite Fallo Sin Responsabilidad No. 05 del 06 de diciembre de 2023, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF-20-22 folio 750 del L.R, considerando que se no generó un detrimento patrimonial a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Mercaderes - EMPOMER E.S.P., con el fin de que este Despacho revise íntegramente la actuación, para modificarla o revocarla, tomando la respectiva decisión sustitutiva u ordenando motivadamente a la primera instancia proseguir la investigación con miras a proteger el interés y el patrimonio público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

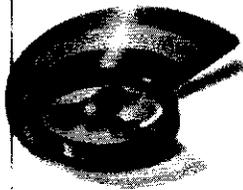
ANTECEDENTES

Mediante Memorando sin número de radicación, mediante el cual la Dirección Técnica de Auditorías y Control Fiscal Participativo de la Contraloría General del Cauca remite a la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, el Hallazgo Fiscal No. 129 de 25 de agosto de 2021, detectado dentro de la Auditoria especial de la denuncia número 035 de 2019, vigencia 2017 y enero de 2019, referente al contrato suscrito entre la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Mercaderes-EMPOMER E.S.P. y el señor Ever Larrahondo, con objeto: Transporte de insumos Químicos (Sulfato de Aluminio), hasta la planta de tratamiento de Agua Potable de la Empresa, por valor de (\$2.000.000).

Identificando como presuntos responsables fiscales a las siguientes personas:

- **HAROLD ARMANDO ROMERO VELASCO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.591.448 expedida en Mercaderes, en calidad de Gerente de EMPOMER E.S.P.
- **EVER LARRAHONDO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.736.699, en su calidad de Contratista de EMPOMER E.S.P., para la época de los hechos.





ENTIDAD AFECTADA: Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Mercaderes E.S.P., con NIT. 900.011.419-4

Según el contenido del Hallazgo Fiscal No. 129 de 25 de Agosto de 2021, se encuentra la presente situación:

"(...) la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Mercaderes – EMPOMER E.S.P., suscribió contrato con el señor EVER LARRAHONDO, cuyo objeto de transporte de insumos químicos (Sulfato de Aluminio) hasta la planta de tratamiento de Agua potable de empresa, por valor de dos millones de pesos \$2.000.000. El manifiesto de la Empresa Transportadora reporta que el valor del viaje es de \$800.000 pero EMPOMER realiza un pago por \$2.000.000, cancelado mediante comprobante de egreso No 278 de 2017 y el cheque #1730 de la cuenta No. 32116000057-6 del Banco Agrario quedando sin justificar el valor de \$1.200.000.

PRESUNTO MONTO O DAÑO PATRIMONIAL: UN MILLON DOCIENTOS MIL PESOS M/CTE. (\$1.200.000).

La Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, mediante Auto No. 20 de 14 de febrero de 2022, avoca el conocimiento y asigna la sustanciación del expediente al profesional especializado adscrito en la precitada dependencia Dra. **NUBIA ORDOÑEZ DE RIVERA**, con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y/o de particulares, verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, han causado por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa un daño, menoscabo, mengua, o detrimento al patrimonio del Estado, o si se ha destruido, dañado o deteriorado algún bien mueble o inmueble propiedad del estado o si se ha infringido alguna disposición de carácter fiscal vigente.

En virtud de lo anterior la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, profiere el Auto de Apertura de Proceso Fiscal N° 49 de 22 de abril de 2022, conforme a los hechos narrados en el Hallazgo Fiscal No. 129 del 25 de agosto del 2021 contra las personas indicadas en el hallazgo fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículos 2, 6, 29, 95, 123, 124, 128, 209, 267, 268 y 272 de la Constitución Política, con las modificaciones hechas por el acto legislativo No. 04 de septiembre de 2019; Ley 80 de 1993; Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios; Ley 42 de 1993; Ley 330 de 1996; Ley 1474 de 2011; Ley 1437 de 2011; Decreto 111 de 1996; Ley 610 de 2000, que faculta al Ente de Control Departamental, para definir y determinar la responsabilidad de quienes hayan sido sujetos de control fiscal.

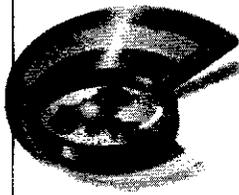
COMPETENCIA

De conformidad con los artículos 268, numeral 5 y artículo 272 de la Constitución Política de Colombia, Ley 610 de 2000, artículo 1, Ordenanza 092 de diciembre 5 de



CO180554

Carrera 7 No. 1N-66 Segundo Piso Edificio Lotería del Cauca Popayán
PBX 8237269 - Línea gratuita 018000 913 900
www.contraloria-cauca.gov.co – contactenos@contraloria-cauca.gov.co
Código Postal: 190003



2012, Decretos No. 006-01-2013 de 3 de enero de 2013, "Por el cual se determina la estructura orgánica de la Contraloría General del Cauca, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones"; modificado por la Ordenanza No. 046 de 23 de junio de 2021, "Por el cual se establece la nueva planta de personal de la Contraloría General del Cauca"; modificado por la Resolución 073 de 26 de julio de 2021 y la Resolución No. 014 de enero 14 de 2013 "Por la cual se incorpora a los servidores públicos de la Contraloría a la nueva planta"; la Resolución No. 027 de enero 18 de 2013, "Por la cual se adopta el Manual específico de Funciones y competencia laboral de la planta de Cargos de la Contraloría General del Cauca", modificado por la Resolución No. 312 del 22 de julio de 2019, esta a su vez modificada por la Resolución No. 311 de 05 de octubre de 2021, artículo 18 de la Ley 610 de 2000, este Despacho es competente para conocer del asunto.

ACERVO PROBATORIO

DOCUMENTALES:

- Hallazgo. (fl.1 al 4)
- CD que contiene: Lista de chequeo, hallazgo fiscal, denuncia, comunicación de informes, pólizas, soportes del hallazgo, contrato. Acta de liquidación, C.C. Del contratista, documentos del Gerente C.C., Hojas de vida, declaración de bienes y rentas, manual de funciones.
- Manifiesto Electrónico de Carga 00102462 y soportes. (fls. 7 al 12)
- Copia de obligación presupuestal. (fl. 150)
- Copia de soportes de ejecución contractual y registro fotográfico. (fl. 127 al 134).

MEDIOS DE DEFENSA

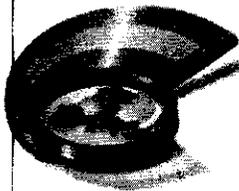
Argumentos de defensa (descargos):

- Escrito presentado por la Abogada de oficio **KAROLEIN MICHELLE PEREZ CADENA** con fecha 03 de Marzo de 2023, defensora del señor **EVER LARRAHONDO** formula los descargos frente al Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No. 03 del 15 de febrero de 2023 (fls. 82 al 84)
- Escrito presentado por el Abogado de oficio **JOHAN SEBASTIAN PERDOMO TORRES** con fecha 09 de Marzo de 2023, defensor del señor **HAROLD ARMANDO ROMERO VELASCO** interpone los descargos frente al Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No. 03 del 15 de febrero de 2023 (fls. 86 al 92).

ACTUACIONES PROCESALES

- Auto No 20 de 14 de febrero de 2022, mediante el cual se avoca el conocimiento y se asigna un proceso. (fl. 5)
- Auto de Apertura de Responsabilidad Fiscal No. 49 de 22 de abril de 2022. (fl. 13 al 16)
- Auto de Imputación No. 3 de 15 de febrero de 2023 (fl. 53 al 60)





- Auto No. 11 por el cual se decreta y niega pruebas de 29 de marzo de 2023. (fl. 125 al 126)
- Fallo sin Responsabilidad Fiscal No. 05 de 06 de Diciembre de 2023. (fls. 149 al 152).

ARGUMENTOS DE DEFENSA

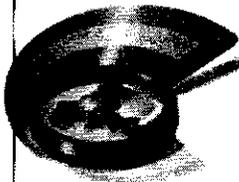
Notificados los implicados en el presente proceso, se presentaron los abogados de oficio designados a interponer los respectivos descargos, en defensa de los señores **EVER LARRAHONDO** y **HAROLD ARMANDO ROMERO VELASCO** frente a la imputación, en los siguientes términos:

- Mediante memorial de fecha 03 de marzo de 2023, la abogada de oficio **KAROLEIN MICHELLE PEREZ CADENA**, defensora del señor **EVER LARRAHONDO** presenta argumentos de defensa en los siguientes términos, (folios 82 al 84).

"KAROLEIN MICHELLE PEREZ CADENA, mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.061.805.822 de Popayán – Cauca, fungiendo como defensora de oficio del señor EVER LARRAHONDO. De la manera más comedida me dirijo a usted, a efectos de ejercer defensa y presentar los DESCARGOS CORRESPONDIENTES, dentro del expediente que motiva la referencia y de esta manera hacer efectivas los derechos que confiere el Artículo 49 de la Ley 610 de 2000, en los siguientes términos:

- 1) *Es preciso manifestar que es cierto que en varias ocasiones se suscribió contrato de transporte de mercancías, en este caso para transportar insumos químicos (sulfato de aluminio, cloro, oxígeno, etc) hasta la planta de agua potable de la empresa ubicada en Mercaderes Cauca, en donde en más de una vez, su supervisor era el señor Harold Armando Romero Velasco.*
- 2) *Es necesario precisar que mi agenciado EVER LARRAHONDO, en el periodo en que presuntamente se cometió el detrimento patrimonial, fungía como conductor del camión que transporta dichos elementos como bien se infiere el no tiene competencia en la toma de decisiones de la empresa EMPROMER E.S.P.*
- 3) *El señor EVER LARRAHONDO en su labor como conductor es quien fija el costo y valor de cada viaje a realizar, en el entendido que es quien funge y cumple la función de transportista.*
- 4) *Así las cosas, en el material probatorio que se relaciona en el auto de imputación 03 se tiene que:*
 - *Se hizo un pago por parte de la empresa EMPOMER E.S.P por \$2.000.000*
 - *Se presume que el valor del viaje fue de \$800.000*
 - *Entonces el valor que no se demuestra debidamente ejecutado es por \$1.200.000.*
 - *Si bien es cierto el señor EVER LARRAHONDO es quien pacta el precio de sus servicios como transportista ¿Por qué asumen que el valor del viaje fue por \$800.000? si ese valor está bajo los presupuestos de mi agenciado.*
 - *Así las cosas, no existe responsabilidad fiscal de mi agenciado, por cuanto, como se describe anteriormente no es posible que se le imponga un valor pecuniario a su trabajo y servicio.*





- De lo expuesto con antelación se evidencia que no se configura daño patrimonial a la entidad por el valor imputado en el Auto No. 03, en tanto la versión de la empresa EMPOMER E.S.P. y la CONTRALORIA no coincide con la realidad laboral de mi agenciado.
- Por lo anteriormente expuesto, es evidente que no existe responsabilidad fiscal de mi agenciado, en el sentido que el hecho que no se logre probar la ecuación contractual del valor pago igual al valor ejecutado, no lo hace responsable por el presunto incumplimiento.
- En ese orden ideas nadie podrá ser declarado responsable fiscal sin que exista en su contra plena prueba de una conducta dolosa o gravemente culposa generadora del daño al patrimonio público, en tal sentido se constituye una garantía procesal y de legalidad."

- Mediante memorial de fecha 09 de marzo de 2023, la abogado de oficio **JOHAN SEBASTIAN PERDOMO TORRES**, defensor del señor **HAROLD ARMANDO ROMERO VELASCO** presenta argumentos de defensa en los siguientes términos, (folios 86 al 92).

"..... 1) De acuerdo a las funciones que debe llevar a cabo el Gerente de la empresa como en este caso el señor HAROLDO ARMANDO ROMERO VELASCO para la época de los hechos, no fueron implicadas en ningún momento debido a que todos los soportes del dinero restante a los OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) se encuentran reposando en el mismo archivo de la empresa que se encuentran en la contraloría general de la república, los cuales son facturas y documentos pertinentes para evidenciar un nuevo viaje realizado en ese entonces por el valor de UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.200.000), dinero que presuntamente no fue soportado por el señor HAROLD ARMANDO ROMERO VELASCO.

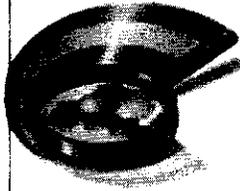
2) Debido a lo anterior el presunto daño patrimonial no existe, dejando claro este hecho como impertinente para configurar un nexo de causalidad por e cual se le presenta el cargo de negligencia grave y culpa al señor HAROLD ARMANDO ROMERO VELASCO por lo que se concluye que sin daño patrimonial ni conducta dolosa o culposa y sin nexo de causalidad no hay una responsabilidad fiscal en contra del ex Gerente de EMPOMER E.S.P. el señor HAROLD ARMANDO ROMERO VELASCO..."

MOTIVACIÓN JURÍDICO FISCAL

Teniendo claro el desarrollo procesal y hechas las precisiones correspondientes, se procede a iniciar el análisis del grado de consulta dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal, PRF-20-22 folio 750 del L.R., no sin antes indicar que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, cuenta este Despacho con la competencia funcional y legal para el conocimiento, trámite y resolución en "GRADO DE CONSULTA" de la decisión proferida por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal de las Contraloría General del Cauca, a través del Fallo sin Responsabilidad Fiscal Procedimiento Ordinario No. 05 de 06 de diciembre de 2023, emitido dentro del Proceso relacionado anteriormente.



CO16/8554



Esta institución ha sido ampliamente analizada por la Honorable Corte Constitucional, donde frente a su procedencia tal como la Sentencia C-055 de 18 de febrero de 1.993. M.P. Dr. José Gregorio Ordoñez Galindo, quien indica:

"La consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso, y en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al Juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trate..."

A diferencia de la apelación, no es recurso. Por eso no hay apelante y por ende, la competencia del juez de segundo grado no depende de si una solo a ambas partes aspiran a la modificación de la sentencia proferida en primera instancia, de tal manera que goza de atribuciones suficientes para reformar y aún revocar el proveído sometido a su conocimiento. Pero desde luego, habrá de tenerse en cuenta el motivo de consulta, es decir, el interés que con ella se busca tutelar, a fin de establecer, dentro de las características propias que ofrece en las distintas jurisdicciones, hasta donde podrá llegar el juzgador en el momento de introducir cambios a la providencia en cuestión".

Así mismo, es relevante traer a colación lo mencionado por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-968 de 2003, reiterada en la Sentencia C-670 de 2004, en la que se califica como "un control automático, oficioso y sin límites, al punto que no se le aplica el principio de la no reforma en perjuicio".

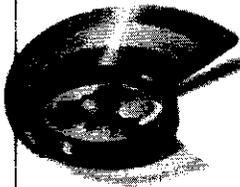
La Ley 610 de 2000, en el artículo primero conceptualiza lo referente al proceso de responsabilidad fiscal así:

"El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías, con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la acción fiscal o con ocasión de ésta causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado".

La misma norma en el artículo 18, instituye el grado de consulta en los siguientes términos:

"Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador. Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso..."





En Concepto EE142845 del 02 de septiembre de 2014, la Contraloría General de la República reitero que, en el proceso de responsabilidad fiscal, el Grado de Consulta no es un medio de impugnación, sino una institución procesal mediante la cual el superior de quien que dicta una providencia en primera instancia está habilitado para revisarla o examinarla oficiosamente, es decir, sin que medie petición de parte.

En estos casos, la competencia funcional es automática y, por ende, contra la decisión no proceden recursos. El funcionario que la profiere debe enviar el expediente dentro de los tres días siguientes (Ley 610 de 2000), al superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones.

El grado de consulta se activa en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, y procede en los siguientes casos:

1. *Cuando se dicte auto de archivo.*
2. **Cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal.**
3. *Cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por apoderado de oficio".*

En armonía con la jurisprudencia, y la norma en cita, es procedente surtir **EL GRADO DE CONSULTA** en el caso *sub-examine*, para amparar el interés público, el ordenamiento jurídico y la tutela de los derechos y prerrogativas fundamentales, como quiera que es una obediencia legal que se demanda respecto de las actuaciones del órgano de control en lo que respecta a los fallos sin responsabilidad fiscal que se emitan.

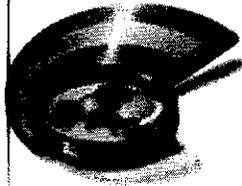
El artículo 54 de la Ley 610 de 2000, que establece:

"Artículo 54 Fallo sin responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal. (...)"

Teniendo en cuenta el desarrollo procesal, se advierte que no se encuentra ningún vicio en el curso del proceso adelantado por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, sin embargo si considera importante el Despacho analizar los hechos indicados en el hallazgo fiscal, trasladados al Proceso de Responsabilidad Fiscal objeto de consulta.

Los hechos dados a conocer en el hallazgo fiscal hacen referencia a presuntas irregularidades en el Contrato suscrito entre la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Mercaderes – EMPOMER E.S.P. y el señor EVER LARRAHONDO, con objeto: Transporte de Insumos Químicos (Sulfato de Aluminio), hasta la planta de tratamiento de Agua potable de la empresa, por valor de \$2.000.000, de acuerdo con el hallazgo, se evidencio que el manifiesto de la empresa transportadora reporta que el valor del viaje es de \$800.000, pero EMPOMER realiza un pago por \$2.000.000 cancelado mediante el comprobante de Egreso No. 278 de 2017 y el cheque #1730





de la cuenta No. 32116000057-6 del Banco Agrario quedando sin justificar el valor de \$1.200.000.

No obstante lo anterior, y revisado todas las pruebas obrante en el expediente dentro de las diferentes actuaciones procesales, se establece que es imposible determinar y demostrar con firmeza el hecho del daño fiscal, toda vez que la Dirección de Auditorías aporta como soportes del hallazgo documentos incorrectos, a saber, cómo el certificado de aduana del año 2016, siendo el contrato objeto de investigación por la denuncia presentada, a la vigencia del año 2017, así como el manifiesto electrónico de carga, instrumento primordial encontrado por el grupo auditor para efectuar la imputación fiscal.

Así, como los documentos aportados por el señor JOHAN SEBASTIAN PERDOMO TORRES, los cuales obran en el expediente, donde manifiesta la imposibilidad de establecer el número de viajes realizados, toda vez que los productos transportados son indispensables para el acueducto, y se encuentran varios viajes al revisar la contratación, adicional a ello manifiesta que la información no es clara por este motivo y que el archivo se encuentra en deterioro, siendo imposible por el transcurso del tiempo hacer una real verificación, hecho que debió haber sido esclarecido por el grupo auditor.

En consecuencia, se establece que los documentos soportes de la auditoria no obedecen a la vigencia contractual, objeto de investigación, desestimando la responsabilidad fiscal señalada presuntamente a los implicados.

Teniendo en cuenta que está en cabeza del ente de control demostrar con pruebas técnicas la causación del daño patrimonial, sobre el cual no puede haber duda alguna a la hora de emitir un fallo con responsabilidad fiscal, considera acertada el Despacho la decisión de la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de emitir fallo sin responsabilidad fiscal, no encontrando probado el daño, pues si bien la Contraloría es un órgano autónomo, cada actuación está sometida a principios Constitucionales y disposiciones legales, tales como el principio de legalidad, la **necesidad de la prueba, libertad probatoria y apreciación integral de las mismas** a la hora de continuar o no con el Proceso de Responsabilidad Fiscal, entonces que para determinar la responsabilidad fiscal es necesario tener claridad sobre el hecho generador del daño, si bien el hallazgo constituye prueba para aperturar el proceso, no le es dable al ente de control continuar con un proceso de responsabilidad fiscal sin tener un **acervo probatorio robusto** que indique responsabilidad.

De modo que resulta importante recalcar el **principio de necesidad de la prueba**, la importancia y necesidad de las mismas, cuya carga se encuentra en cabeza del ente del ente de control, en concordancia con los artículos 22 al 32 de la Ley 610 de 2000, que indican:

"(...) Artículo 22: Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso".



CO18/0554



Artículo 23: El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado".

Artículo 25: El daño patrimonial al Estado y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.

Artículo 26: Las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

Artículo 30: Las pruebas recaudadas sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecten los derechos fundamentales del investigado, se tendrán como inexistentes (...)"

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, considera este Despacho que el daño endilgado por la Dirección de Auditorías y Control Fiscal Participativo, no se encuentra debidamente probado, por lo que resulta claro que dentro del presente asunto no se cumplen con los presupuestos para emitir fallo con responsabilidad fiscal, por cuanto nos corresponde como órgano de control fiscal demostrar los hechos en los que fundamentamos los hallazgos, para desvirtuar la presunción de inocencia de los investigados, en otras palabras en nuestra entidad se encuentra la carga de la prueba con la que se pretende responsabilizar a aquellos servidores públicos y/o particulares que tengan a su cargo bienes o recursos del Estado, sobre los cuales tengan capacidad o poder decisorio, incluso por vía funcional, en virtud de lo anterior es claro para el Despacho que la Dirección Técnica de Auditoría y Control Fiscal Participativo no logro configurar el daño fiscal.

Se encuentra entonces que en materia de responsabilidad fiscal, el elemento más relevante es el daño, en consecuencia, no hay responsabilidad fiscal sin daño, y éste debe ser atribuido a título de dolo o culpa grave, debiendo existir una relación de causalidad entre la conducta y el hecho generador del daño.

El objeto de la Responsabilidad Fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal, es decir, en este se establece claramente que un determinado servidor público o particular debe responder por las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público.

El Artículo 6° de la ley en comento preceptúa:

"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. ”.

Referente al daño patrimonial al Estado, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República ha indicado:

“El daño patrimonial al Estado, como su nombre lo indica, es un fenómeno de carácter estrictamente pecuniario o económico; consiste en la pérdida de recursos por parte del Estado. Es el empobrecimiento del erario. De esta forma, dentro de la tipología de los perjuicios podemos establecer que el daño patrimonial al Estado es un perjuicio material - quedando excluida la posibilidad de que exista un perjuicio inmaterial -.

Dicho daño puede ser ocasionado por los servidores públicos o los particulares que causen un daño o una lesión a los bienes y recursos públicos en forma directa, o contribuyendo a su realización.”

2. Certeza del daño

Desde los principios generales de responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto. Se entiende que «el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. De esta definición inmediatamente se destaca que el daño cierto puede ser pasado — ocurrió— o futuro — a suceder— En principio el daño pasado no es tan problemático puesto que ya existe, el problema que se presenta generalmente es el de cuantificarlo. En cambio el daño futuro presenta muchas más aristas que son problemáticas.

Estudemos primero la cuestión relativa a los daños futuros para luego entrar en los pasados. Frente a los daños futuros la jurisprudencia y la doctrina — colombiana como extranjera— son claras en establecer que este puede considerarse como cierto siempre y cuando las reglas de la experiencia y de la probabilidad indiquen que este habrá de producirse. Esta certeza por supuesto no es absoluta pues sobre el futuro no puede predicarse una certeza absoluta. Lo importante es que existan los suficientes elementos de juicio que permitan establecer que el daño muy seguramente se producirá. El daño futuro cierto — denominado como virtual— se opone al daño futuro hipotético que es aquel sobre el cual simplemente existe alguna posibilidad de que se produzca pero las reglas de la experiencia y de la probabilidad indican que puede o no producirse.

Establecer los alcances del daño futuro en materia de responsabilidad fiscal sería un ejercicio académico interesante, sin embargo por ahora nos basta decir que de acuerdo con la normatividad actual a la responsabilidad fiscal sólo importan los daños pasados. No puede derivarse responsabilidad fiscal sobre daños futuros. A esta conclusión tajante se puede llegar sin necesidad de mucho análisis puesto que la ley dispone que para aperturar el proceso de responsabilidad fiscal se requiere que «se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado». Igualmente para proferir el fallo con



CO180554



responsabilidad fiscal es necesario que «obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público.

De esta forma la ley exige que cuando vaya a iniciarse un proceso de responsabilidad el daño exista, es decir, ya se haya consumado o producido. Creemos que esta disposición es sana puesto que la certeza en el daño futuro es una certeza relativa. Sobre el futuro es imposible tener certeza absoluta puesto que siempre existe un margen de error en las predicciones. Esto podría entonces acarrear injusticias al atribuir responsabilidad fiscal a alguien — tendría que acarrear con las graves consecuencias que ello implica— sobre un daño que finalmente no se produjera. En este caso se presentaría un enriquecimiento sin causa por parte del Estado y el ciudadano podría demandar para que le reembolsaran lo pagado.

Adicionalmente, aunque la responsabilidad fiscal tiene naturaleza resarcitoria y no sancionatoria es innegable que de todos modos, en la práctica, conlleva por lo menos una sanción social o moral para el implicado. Por ello en materias como la presente lo mejor es proceder con cautela.

(...)

Por otra parte, decíamos que en principio el daño pasado no es tan complicado puesto que existen situaciones o casos problemáticos. En este escrito consideraremos tres de ellas: a) interpretaciones jurídicas divergentes; b) transferencia de recursos; y c) los daños no evidentes. Empecemos con las interpretaciones jurídicas divergentes que ocurren cuando se presentan conflictos de interpretación jurídica sobre normas oscuras, contradictorias o que presentan vacíos.

En estos supuestos puede presentarse divergencia de interpretaciones sobre una norma y cada una de esas interpretaciones puede implicar una consecuencia distinta. Por lo tanto es posible que si se juzga la actuación de la administración desde una interpretación distinta a la que ésta acogió, parecerá que se habrá causado un daño patrimonial al Estado. Estos casos que podríamos denominar como «casos difíciles» deben ser cuidadosamente estudiados y ampliamente sustentados por los funcionarios encargados de establecer la responsabilidad fiscal. Creemos que el criterio para decidirlos es el siguiente: ¿es plausible la interpretación jurídica que realizó la administración? Si la interpretación que realizó la administración es plausible, la actuación debe entenderse como lícita y por lo tanto no puede decirse que exista un daño. Contrario sensu, si la interpretación no es plausible se habrá causado un daño. (...)

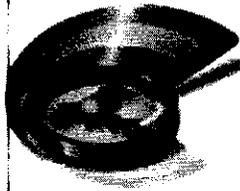
En síntesis, el daño patrimonial al Estado debe ser cierto. Aunque en la teoría general de las obligaciones se consideran como ciertos los daños pasados y los daños futuros, en materia de responsabilidad fiscal sólo son tenidos en cuenta los daños pasados. Adicionalmente, el daño patrimonial al Estado presenta algunas aristas interesantes como son los casos de: a) daño por interpretaciones jurídicas divergentes; b) transferencia de recursos; y c) los daños no evidentes."

Teniendo en cuenta lo anterior coincide el Despacho con el fundamento planteado con la oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva considerando que para el caso que nos ocupa de encontrarse vulnerada una norma de austeridad del gasto esta



40184554

Carrera 7 No. 1N-66 Segundo Piso Edificio Lotería del Cauca Popayán
PBX 8237269 - Línea gratuita 018000 913 900
www.contraloria-cauca.gov.co – contactenos@contraloria-cauca.gov.co
Código Postal: 190003



CONTRALORÍA
GENERAL DEL CAUCA



**TODOS POR UN TERRITORIO
EFICIENTE Y TRANSPARENTE**

debe considerarse un hallazgo administrativo y/o disciplinario, sobre los cuales el grupo auditor realizó los traslados correspondientes, por cuanto desde el hallazgo no se logró determinar y cuantificar claramente el daño, por lo cual es pertinente para el Despacho dar aplicación a lo normado en los artículos 54 de la Ley 610 de 2000:

"Artículo 54. Fallo sin responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal."

En consecuencia, este Despacho comparte la decisión de la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, por lo que se procede a confirmar el fallo sin responsabilidad fiscal dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF-20-22 folio 750 del L.R.

En mérito de lo expuesto, el Contralor General del Cauca,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar el contenido del fallo sin responsabilidad fiscal No. 05 de 06 de diciembre de 2023, dictaminado dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF-20-22 folio 750 del L.R, proferido por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General del Cauca, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar por estado la presente providencia a los vinculados

ARTÍCULO TERCERO: Devuélvase el expediente a Secretaría Común de la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para que continúe con los trámites de Ley.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNAN GRUESO ZUÑIGA
Contralor General del Cauca

Radicado bajo partida a folio del L.R.
Proyectó: APGR/PU
Revisó: MLG/DJ



CO186554

Carrera 7 No. 1N-66 Segundo Piso Edificio Lotería del Cauca Popayán
PBX 8237269 - Línea gratuita 018000 913 900
www.contraloria-cauca.gov.co – contactenos@contraloria-cauca.gov.co
Código Postal: 190003