



DIRECTIVA

017000 - **012641**

Medellín, 22 de noviembre de 2011

PARA: SERVIDORES PÚBLICOS CONTRALORÍA GENERAL DE
MEDELLÍN

DE: Contralor General de Medellín

ASUNTO: Vinculación contratistas a procesos de auditoría y responsabilidad
fiscal

De conformidad con la competencia y funciones otorgadas por los artículos 119, 267, 268 y 272 de la Carta Política, y las leyes 42/93, 136/94, 610/00 y el acuerdo 034/08 emanado del Concejo de Medellín, me permito emitir la siguiente Directiva, cuya aplicación es de carácter obligatorio, con el propósito de unificar e impartir criterios homogéneos así como aclarar diferencias en cuanto al alcance del control fiscal respecto de los contratistas, quienes por causa o con ocasión del contrato ejecutado con las entidades sujetas de control, son gestores fiscales directos o por su acción u omisión causaron de forma directa un daño patrimonial al Estado o contribuyeron a su realización.

Por tanto y para asegurar la correcta vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración, tanto en el proceso auditor como en los procesos de responsabilidad fiscal, los servidores públicos destinatarios de la presente Directiva, deberán tener en cuenta además de lo previsto en las normas relacionadas con la materia, las directrices mínimas acá expuestas las cuales tienen soporte constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal.

1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La ley 610/00 frente al tema que nos ocupa prescribe:

“ARTICULO 1o. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de

determinar y establecer la responsabilidad de los **servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño** al patrimonio del Estado”. NFT.

Como puede observarse en el artículo transcrito, la responsabilidad fiscal puede imputarse tanto al servidor público como al particular, como consecuencia de una gestión fiscal directa, o con ocasión de ella (indirecta), por causa de una conducta activa u omisiva.

Vale la pena recordar que respecto a la expresión “con ocasión de esta”, la Corte Constitucional en Sentencia C-840/00 expresó: “El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica **en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal**. Por lo tanto, **en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal**, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado. NFT.

Lo anterior significa, que los actos que materialicen gestión fiscal pueden originarse en otras actividades que guarden relación con las conductas o actos que comportan gestión fiscal como los de recaudo, inversión o gasto, eventos en los cuales pueden estar vinculados los contratistas por ejemplo en el manejo del anticipo.

Por su parte el inciso 2 del artículo 6 de la ley precitada dispone:

“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”. NFT.

Así las cosas y existiendo en la contratación estatal erogación de recursos públicos o destinación de fondos, estamos ante la existencia de gestión fiscal siempre que el contratista tenga facultades de manejo o administración del erario, pero ello no descarta que dicho contratista sin ejercer gestión fiscal directa pueda contribuir a la configuración del daño patrimonial al Estado, en cuyo caso procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, lo cual resulta evidente si se

analizan las obligaciones que emanan de la conmutatividad del contrato sinalagmático¹.

La Contraloría General de la República en concepto 7129-09 expresó:

“Se pregona gestión fiscal del contratista al que se le hayan encomendado funciones de administración y manejo de la propiedad pública; cuando ha contribuido al daño o si éste se produjo con ocasión del ejercicio de la gestión fiscal. Para constatar una hipotética violación del principio de igualdad en decisiones administrativas deben sopesarse con cuidado las particularidades de los casos concretos”.

Según la tesis anterior que compartimos, se dan tres hipótesis por las cuales pueden ser vinculados los contratistas:

- 1) Si al contratista se le ha encomendado funciones de administración y manejo de recursos públicos y produjo el daño ;
- 2) Cuando ha contribuido al daño;
- 3) Cuando el daño se produjo con ocasión del ejercicio de la gestión fiscal.

Por su parte el artículo 7 de la ley 610/00 trata del daño producido por “PÉRDIDA, DAÑO O DETERIORO DE BIENES”, en cuyo caso procede la responsabilidad fiscal cuando “el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables”.

Lo anterior se pone de presente porque no necesariamente el daño patrimonial proviene de la gestión fiscal, sino también cuando la pérdida, daño o deterioro de un bien sufre menoscabo en manos de personas o servidores que ejecutan actos de gestión fiscal como un almacenista.

Ahora bien, el Estatuto Anticorrupción establece, en el artículo 114 sobre las facultades de investigación de los organismos de control fiscal, que en el desarrollo de sus funciones contarán con las siguientes facultades:

“b) **Citar o requerir** a los servidores públicos, **contratistas**, interventores y en general a las personas que hayan **participado, determinado, coadyuvado, colaborado** o hayan conocido los hechos objeto de investigación;

¹ El que hace nacer obligaciones recíprocas entre las partes. Contrato bilateral en que las prestaciones recíprocas son determinadas.

c) Exigir a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;

d) Ordenar a los contratistas, interventores y proveedores la exhibición y de los libros, comprobantes y documentos de contabilidad;

e) En general, efectuar todas las diligencias necesarias que conduzcan a la determinación de conductas que generen daño al patrimonio público”.

Haciendo una interpretación sistemática de las normas anteriores, resulta lógico concluir que el contratista puede causar un daño patrimonial al Estado directamente, o haber contribuido a él mediante modalidades que alude el artículo 114 antes citado al incluir los términos **PARTICIPADO, DETERMINADO, COADYUVADO, COLABORADO O CONOCIDO**.

Por tanto tendrá entonces el aplicador u operador jurídico que depurar los hechos y responsabilizar al contratista en los supuestos en que conforme al contenido de esas relaciones se le hayan confiado la administración y manejo de recursos del Estado; si ha contribuido a la lesión o cuando la provocó con ocasión de la gestión fiscal; o si **PARTICIPÓ, DETERMINÓ, COADYUVÓ, o COLABORÓ** en la producción del daño patrimonial al Estado como se indicó en el párrafo anterior.

La ley 80/93 al tratar la responsabilidad de los servidores públicos y contratistas dispone:

“Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

3o. Solicitarán las **actualizaciones o la revista de los precios** cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

4o. Adelantarán **revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad** ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan. (...)

6o. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la **indemnización de los daños** que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

7o. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, **repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista** o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

8o. **Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer** en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. (...)

“Artículo 5º.- De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para **que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad**; (...)

4o. **Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.**” Negrillas fuera de texto.

En conclusión, el Estatuto de Contratación señala unas reglas en torno a la ejecución idónea del contrato, en los cuales se resalta la calidad, cumplimiento oportuno del contrato y precio lo cual tiene relación directa con los principios de la gestión y del control fiscal.

Respecto de las empresas o entidades estatales que se rigen por el derecho privado, debe recordarse que ellas en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 1150/07, están sujetas a los principios de la función administrativa.

Así mismo en concepto 23107/10 la CGR expresó:

“Es así como, el control fiscal **no se ejerce de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad, del sector a que pertenezca o el orden de la misma, el servicio que presta o su régimen contractual**, sino que el mismo se ejerce cuando la entidad o particular maneja o administra fondos o bienes públicos, y para el caso de la Contraloría General de la República, los fondos, bienes o recursos deben corresponder al orden nacional.” NFT.

Igualmente el control fiscal en aquellas entidades que se rigen por el derecho privado debe ser más exhaustivo, profundo y de mayor análisis, tal como lo expuso la Contralora Sandra Morelli R. ante la Corte Constitucional respecto del decreto legislativo 146 de 2011, Sentencia C-246-11:

“Por otra parte, respecto al artículo 3 del decreto legislativo, referente al régimen contractual de emergencia, sostiene que “Por lo tanto, **al estar esta contratación sometida al régimen de los particulares, el control que se realice a estos recursos debe ser más exhaustivo por el riesgo que implica una contratación pública sin sujeción a los postulados de la ley 80 de 1993** y para la comunidad el manejo inadecuado de los recursos destinados a la satisfacción de sus necesidades básicas.” NFT.

A su vez la Auditoría General de la República en el mismo proceso manifestó:

“los organismos de control fiscal son conscientes del **incremento del riesgo de pérdida de recursos contratados bajo normas de derecho privado, situación que demanda el incremento de medidas de control que permitan la vigilancia efectiva sobre estos recursos**”. NFT.

La ley 610/00 preceptúa respecto a los contratistas:

“ARTICULO 61. CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL. **Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable**, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa

correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado. NFT.

De la norma anterior se infiere que dentro del ámbito de validez material de la ley, están incluidos los contratistas, es decir, existe la eventualidad de que un contratista sea declarado fiscalmente responsable, lo que a su vez lleva a concluir que no es aceptable que de plano se descarte la responsabilidad fiscal de los contratistas, o que aquella sólo se pretenda atribuir a los servidores públicos, ordenadores de gastos o altos directivos.

Las normas y la jurisprudencia no hacen una enumeración taxativa de los casos concretos en los que existe gestión y responsabilidad fiscal, pero enuncian parámetros característicos de gestión fiscal y elementos necesarios para que se configure responsabilidad fiscal.²

La Contraloría General de la República en concepto 69878/08 dijo lo siguiente:

“Este Despacho se ha pronunciado en relación con el tema de gestión fiscal y la responsabilidad fiscal de los contratistas, mediante varios conceptos, entre ellos el Concepto OJ.EE 54418-06, en el cual **se concluye que los contratistas pueden ejercer gestión fiscal y pueden con sus actuaciones u omisiones incurrir en responsabilidad fiscal**”. NFT.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-648-02 afirmó lo siguiente:

“7. De lo expuesto se infiere entonces que el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas **en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal**, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes, como lo alegan los demandantes, puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección”(…).

Como complemento a lo anterior el artículo 65 de la ley 80/93, dispone que las autoridades **que ejercen control fiscal** se ejercerá con carácter posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales; una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de

² Contraloría General de la República, concepto 69878/08

gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales³.

El control fiscal es posterior, es integral puesto que cubre desde el mismo momento en que la entidad recibe los recursos que le han sido asignados, incluyendo el proceso de su manejo o utilización, hasta la evaluación de los resultados obtenidos con su inversión. Dicho control posterior permite que más allá de un mero examen de legalidad, se evalúen los resultados globales de la gestión, sobre la base de la eficacia, eficiencia y economía⁴.

La finalidad del control fiscal, según el marco constitucional y legal es servir de instrumento necesario e idóneo para garantizar "el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado.", a través de la inspección de "la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición"⁵, actividades estas a las cuales se vinculan los contratistas especialmente en las de adquisición de insumos, gasto e inversiones públicas a través del contrato, bien sea estatal o de derecho privado.

En Sentencia C-557/09 la Corte Constitucional manifestó que: "de la Constitución Política se colige que el **sentido último del control fiscal proviene de la necesidad de proteger los bienes que están afectos al interés general**. De allí que sea indispensable que exista una instancia, legítimamente constituida, que **garantice y verifique** la correcta ejecución de los presupuestos públicos, **evitando y/o sancionando el despilfarro, la desviación de recursos, los abusos, las pérdidas innecesarias y la utilización indebida de fondos**". NFT.

Más adelante agregó: "En síntesis, la Sala reitera que la vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado⁶. Estas medidas se enmarcan en la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado⁷".

³ Ver Sentencia C-623 /99

⁴ Sentencia C-557/09

⁵ Sobre este tema ver las sentencias C- 132/93, C-534/93, C-167/95, C-374/95, C-1176/04, C-382/08, C-499/98, 586/95, 570/97.

⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁷ Cfr. Constitución Política, Preámbulo y artículos 1º y 2º. Ver Sentencia C-648 de 2002, MP.

Según el canon constitucional (art. 268) en un primer momento, las contralorías a través del proceso auditor llevan a cabo la labor de vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración, con base en los principios y sistemas prescritos por la ley lo cual puede conducir a la formulación de hallazgos fiscales que se deriven de la gestión fiscal, lo cual incluye la gestión contractual.

En un segundo momento, y si de la vigilancia inicialmente practicada se pueden inferir posibles acciones u omisiones eventualmente constitutivas de un daño al patrimonio económico del Estado, se inicia el proceso de responsabilidad fiscal, orientado a “obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con 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, por su conducta dolosa o gravemente culposa”⁸.

La Corte Constitucional Sentencia T-1012/08⁹, sobre la responsabilidad fiscal de un contratista expresó:

“En efecto, se observa en el expediente que el acto administrativo cuya suspensión o nulidad se pretende encontró responsable fiscalmente al entonces Jefe del Departamento Administrativo de Planeación del municipio de Neiva, al señor Luis Alberto González Chaux y a **Construcciones Lago Ltda., estos últimos en su condición de contratistas** y, en consecuencia, estimó que el daño causado al Estado correspondió a \$212.745.393. (...)”

En relación con la interpretación de esas normas y, en especial, respecto de la calidad de destinatario del proceso fiscal del particular contratista con el Estado, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado¹⁰, ha sido

Jaime Córdoba Triviño.

⁸ Sentencia SU-620 de 1996, ver Sentencia C-832 de 2008.

⁹ Acción de tutela interpuesta por Luis Alberto González Chaux, Consorcio Luis Alberto González Chaux – Construcciones Lago Ltda., quien suscribió el contrato de obra pública No. 001 de 2001, con el municipio de Neiva. La Contraloría adelantó investigación de responsabilidad fiscal en contra del consorcio, por presuntas irregularidades relacionadas con la variación exagerada de algunos ítems contratados y posibles sobrecostos que ascendieron provisionalmente a la suma de \$349'184.802. Se denegó el amparo.

¹⁰ Entre muchas otras, pueden verse las sentencia del 27 de marzo de 2003, expediente 7208 (acumulado) y del 17 de julio de 2008, expediente 0031-01 de la Sección Primera del Consejo de Estado, la sentencia del 29 de agosto de 1996, expediente AC-3860 de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Concepto 732 del 3 de octubre de 1995 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa misma Corporación.

enfática en sostener que “**no sólo que los contratistas con el Estado son sujetos de vigilancia fiscal**, sino también que el control sobre la gestión adelantada por las autoridades públicas y los particulares en la contratación pública se justifica por la naturaleza misma del **control fiscal que fue diseñado para defender el erario público** y garantizar la eficiencia y eficacia los recursos públicos”. NFT.
(...)

La Corte Constitucional Sentencia C-623/99¹¹ manifestó:

“Que el control fiscal se pueda ejercer también sobre los contratos *liquidados o terminados* no viola el Ordenamiento Superior pues, como ya se ha explicado, la función fiscalizadora que el constituyente le ha atribuido a las Contralorías no es sólo la de vigilar la *gestión fiscal* de las entidades públicas y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, en forma *posterior y selectiva*, esto es, cuando los procesos u operaciones respectivos se han ejecutado, sino también evaluar los resultados obtenidos con el gasto o la inversión, como claramente se señala en los artículos 267 y 272, para lo cual deberán aplicarse los procedimientos, métodos y principios que establece la ley (42/93)”.

A su vez el Consejo de Estado Sentencia del 2010¹² afirmó:

“Como lo observa la entidad demandada, para la época en que se constituyeron las inversiones en FINANCAUCA (1º y 11 de abril de 1997) la compañía se encontraba imposibilitada financiera y económicamente para restituir los recursos al INURBE; amén de que con posterioridad tampoco se advierte posibilidad de pago en el proceso de liquidación, dado que no cuenta con un activo que le permita cancelar las obligaciones.
(...)

De tal manera que, contrario a lo estimado por el a quo, en este caso se configuran los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal, pues son sujeto pasivo de la gestión fiscal, como se desprende del párrafo transcrito ab initio de estas consideraciones, las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, (...)”

¹¹ Demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del inciso segundo del artículo 65 de la ley 80 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO; Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00108-02

Igualmente la misma corporación en Sentencia del 2008¹³ sostuvo:

“En consecuencia, como a la señora Teresa Sánchez de Díaz se le declaró fiscalmente responsable por haber actuado como interventora en dos contratos cuyo objeto fue el mismo, lo cual ella no contradice, es indudable que tal circunstancia se tradujo en detrimento patrimonial para el erario público, con pleno conocimiento de la actora, quien en su condición de interventora del primero de los contratos suscritos debió abstenerse de suscribir un segundo contrato de interventoría, cuestión que no hizo”.

CONCLUSIONES Y DIRECTRICES

Bajo los parámetros anteriores, las dependencias que tengan a cargo el proceso auditor, investigación, indagación o responsabilidad fiscal, deberán observar y tener especial cuidado en cuanto a la aplicación de las resoluciones expedidas, así como de la presente directriz frente a los hechos que tengan relación con la actividad o gestión contractual y en especial cuando en la conducta presuntamente irregular participa por acción u omisión, directamente o a manera de contribución un contratista.

En este orden de ideas se deben aplicar las siguientes pautas:

Algunos aspectos que deben verificarse o considerarse tanto en el proceso auditor como en el de responsabilidad fiscal son los siguientes, en el entendido que en cada caso particular y concreto se debe analizar si la conducta comporta gestión fiscal y si ella condujo a un daño patrimonial al Estado directamente o a manera de contribución¹⁴:

TEMA	SITUACION A COTEJAR
ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO	En los contratos celebrados por las entidades estatales se podrá pactar la entrega de anticipos, lo cual se constituye en un préstamo que la administración realiza a favor del contratista, cuyo monto debe ser destinado al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir éste, para la iniciación y ejecución del objeto contratado. • Verificar la existencia de garantía de buen manejo e inversión del anticipo y que su vigencia subsista hasta el final de la amortización del

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio del dos mil ocho (2008), Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00310-01

¹⁴ Algunos de estos lineamientos fueron postulados por la Auditoría General de la República en “Guía metodológica para la auditoria de la contratación realizada por las Contralorías”

	mismo. • Confrontar los informes de seguimiento de ejecución del contrato frente a la inversión del anticipo, comprobando su concordancia y correcta amortización. • Verificar que en los eventos de existencia de Pago Anticipado al contratista, se haya otorgado la póliza de Devolución del Pago Anticipado de que tratan los artículos 4, numeral 4.2.2 y 7 del Decreto 4828 de 2008, modificado por el decreto 2493 de 2009, en un porcentaje equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba por este concepto. En el manejo del anticipo o pago anticipado existe el riesgo de detrimento patrimonial, y cuya responsabilidad fiscal puede reclamarse tanto al contratista como al servidor público conforme al artículo 6 de la ley 610/00.
COSTOS	Se debe valorar desde la propuesta que la cantidad y la calidad de los bienes, obras o servicios que serán suministrados y pagados sean proporcionales al dinero beneficios que recibirá el contratista. Para ello es conveniente analizar los estudios previos¹⁵, con independencia del régimen contractual que aplique. Por tanto en el manejo de costos existe el riesgo de detrimento patrimonial, si se establece que ellos no son razonables, o se paga en exceso de lo pactado, o si lo recibido y pagado no fue oportuno, pues podría resultarle inútil a la entidad. En estos casos puede reclamarse tanto al contratista como al servidor público conforme al artículo 6 de la ley 610/00.
ADICIÓN Y/O PRÓRROGA	Para el desarrollo eficaz del objeto contractual pactado, pueden ser suscritas adiciones y prórrogas a este, cuyo valor no podrá exceder el 50% de la cuantía originalmente pactada, expresada en smml. La adición puede versar sobre el monto, el plazo o ambos, así como también puede tratarse de modificaciones no substanciales al objeto inicialmente contratado. Las adiciones y prórrogas pueden obedecer a la falta de planeación del contrato o de estudios previos lo cual puede significar mayores costos, ineficiencia e ineficacia en los resultados obtenidos, sin perjuicio de la violación de principios de la contratación estatal.
LIQUIDACIÓN	Una vez ejecutado el objeto contractual el vínculo contractual se extingue con el acta o acto administrativo de liquidación del contrato, en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones inter partes; la liquidación es una etapa de verificación aritmética de ajuste o balance de cuentas. En esta etapa puede darse detrimento patrimonial si no se cuenta con soportes que den cuenta del cabal cumplimiento del objeto contractual; es

¹⁵ Decreto 2474 de 2008 artículo 3.

	decir valores contratados deben concordar con lo ejecutado, liquidado, pagado y recibido.
GARANTÍAS	Los estudios previos deben contemplar la exigencia de garantías para amparar perjuicios derivados de la actividad contractual¹⁶. Dichas garantías son mecanismos de cobertura de riesgo para garantizar el cumplimiento de las obligaciones en favor de las entidades estatales¹⁷. Ahora bien, en los procesos de contratación se pueden otorgar cualquiera de las siguientes garantías: pólizas de seguros, fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria, endoso en garantía de títulos valores o depósito de dinero en garantía. Si la entidad estatal contratante no hace efectivas dichas garantías (pese a estar constituidas), se presenta un riesgo de detrimento patrimonial.

A título enunciativo se relacionan algunos hallazgos fiscales eventuales en la actividad contractual:¹⁸

- Celebración de contratos para suministrar bienes, servicios u obras innecesarios;
- Deficiencias en la supervisión del contrato, que derivan en la recepción de productos incompletos o de mala calidad, o que no corresponden a las especificaciones contratadas;
- Incumplimiento en los plazos contractuales, que deriven en aumento de los plazos e ineficacia en la ejecución, o lleven a la entidad a incurrir en costos para suplir el objeto en mora.
- Omisión en la ejecución de garantías según la naturaleza del contrato imputable a la entidad contratante.
- Ausencia o insuficiencia de amparos a riesgos contractuales, que llevan a que las entidades deban atender con sus propios presupuestos, situaciones que debían constituirse en siniestros asegurables.

¹⁶ Decreto 2474/08 artículo 3, decreto 4828 de 2008.

¹⁷ En este sentido incluye todas las entidades que pertenecen a la rama ejecutiva, conforme la a la Sentencia C-736/07 según la cual “5.3 Las empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la Rama Ejecutiva.”

¹⁸ Documento Contraloría General de la República. “HALLAZGOS FISCALES Y DISCIPLINARIOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO-2009”

- Cancelación de sumas superiores a las que le corresponde a los contratistas;
- Incumplimientos parciales contra pagos totales de los contratos;
- Inaplicación de los amparos de estabilidad de las obras, en eventos de daños en trabajos recibidos;
- Recibo de bienes en grandes cantidades, que tienen bajos niveles de rotación y se ven afectados por obsolescencia o vencimiento;
- Adiciones a los contratos en valor y/o plazo por deficiencias en la planeación del contrato con notable incremento de costos no razonables;
- Recibo de bienes que no pueden ser puestos en funcionamiento por deficiencias en calidad u oportunidad.

Con los elementos esbozados y una vez analizado el caso concreto, se podrá establecer con mayor certeza la existencia del año y los autores, lo cual conlleva a economía procesal, eficacia, eficiencia y celeridad en los procesos de auditoría y/o responsabilidad fiscal según el caso; permite además vincular con mayor precisión o rigor jurídico a los autores de la conducta lesiva, y se evitan archivos de procesos y en general desgaste administrativo.

Ante la presencia de situaciones que evidencien un detrimento patrimonial, se debe ser muy analítico en orden a establecer la participación de los distintos agentes o copartícipes, en aras de evitar fallos injustos frente a los imputados, o a la necesidad de decretar nulidades, caducidades, desvinculaciones procesales en etapas avanzadas del proceso de responsabilidad fiscal, así como demandas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Debe recordarse igualmente, que el Estatuto Anticorrupción en el artículo 119 prescribe la solidaridad en los siguientes términos: “En **los procesos de responsabilidad fiscal**, acciones populares y acciones de repetición **en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial** para el Estado **proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente** el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante **con el contratista, y con las demás personas que concurren al hecho,** hasta la recuperación del detrimento patrimonial”. NFT.

El fin que persigue nuestro accionar con la determinación de la responsabilidad fiscal, es lograr el resarcimiento pleno del erario, por quienes con su conducta causaron perjuicio patrimonial al Estado; pero este actuar puede ser frustrado o



detenido por una incorrecta lectura o valoración de los hechos y para que ello no ocurra, es menester una cabal comprensión de los elementos tanto del hallazgo fiscal como de la responsabilidad fiscal correlativa, de quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

Por último, se solicita a las dependencias de la Contraloría General de la Medellín encargadas de llevar a cabo el proceso auditor, indagaciones preliminares fiscales o el proceso de responsabilidad fiscal acatar en lo pertinente las anteriores sugerencias a fin de llevar a cabo nuestra misión constitucional con mayor efectividad.

Atentamente,

CARLOS MARIO ESCOBAR ÁLVAREZ
Contralor General de Medellín

Proyectó: Sigifredo Chavarriaga Sierra

María Eugenia E. - 688