

RESPONSABILIDAD FISCAL

DIANA ROMERO CALVO

Cod. 9710081

Universidad de la Sabana

Facultad de Derecho

Junio 1 de 2001, Bogotá, Colombia

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
I CAPÍTULO I.....	9
1. <i>Marco Histórico.....</i>	9
2. <i>Fundamento Constitucional del Estatuto de Responsabilidad.....</i>	13
3. <i>Gestión Fiscal.....</i>	18
4. <i>Diferentes Tipos de Responsabilidad de los Servidores Públicos.....</i>	23
4.1. Responsabilidad política.....	23
4.2. Responsabilidad penal	24
4.3. Responsabilidad administrativa o disciplinaria	24
4.4. Responsabilidad ciudadana o social	24
4.5. Responsabilidad civil o patrimonial	25
4.5.1. Clases de responsabilidad civil.....	25
4.5.1.1 Responsabilidad Civil Extracontractual o Aquiliana	26
4.5.1.2. Responsabilidad Civil Contractual	26
4.6. Responsabilidad Fiscal	28
4.6.1. Solidaridad en la Responsabilidad Fiscal	32
4.6.2 Responsabilidad Fiscal como Estatuto Autónomo.....	32
4.6.3. Caducidad de la Acción Fiscal	35
4.6.3.1. Discusión jurídica sobre el momento a partir del cual debía contarse el término de caducidad en vigencia de la ley 42 de 1993.....	38
4.6.3.2. El computo de la caducidad en la acción fiscal en el contexto de la acción de reparación directa.....	41
4.6.3.3. Contexto Vigente.....	43
4.6.5. Elementos Estructurales De La Responsabilidad Fiscal	44
4.6.4. Elementos de la Responsabilidad Fiscal	46
4.6.4.1. Conducta.....	46

4.6.4.2.	Daño patrimonial al Estado	49
4.6.4.3.	Nexo causal entre el daño y la conducta dolosa o culposa atribuible a la persona que realiza la gestión fiscal	52
4.6.4.4.	Competencia para determinar los perjuicios.....	54
II	CAPÍTULO II.....	57
A.	ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.....	57
1.	<i>Antecedentes Legislativos de la Ley 610 de 2000</i>	57
1.1.	Proyecto Inicial.....	57
1.2.	Trámite en la Cámara de Representantes.....	58
1.2.1.	Ponencia para el Primer Debate	58
1.2.2.	Primer Debate en la Cámara.....	59
1.2.3.	Ponencia para Segundo Debate.....	59
1.2.4.	Segundo Debate en Cámara	59
1.3.	Trámite en el Senado	60
1.3.1.	Ponencia para Primer Debate.....	60
1.4.	Designación del Ponente.....	60
1.5.	Pliego de Modificaciones	60
2.	<i>Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Fiscal</i>	62
3.	<i>Características y Principios del Proceso</i>	68
3.1.	Debido Proceso.....	68
3.2.	Actuación Oficiosa e Investigación Íntegra y Objetiva - Competencia	72
3.3.	Reserva Procesal	74
3.4.	Carácter de Policía Judicial	75
3.5.	Unidad Procesal Y Conexidad.....	77
3.6.	Prescripción Procesal de la Acción Fiscal	77
3.7.	Terminación del Proceso de Responsabilidad Fiscal.....	79
B.	ACTUACIÓN PROCESAL EN EL TRÁMITE DE RESPONSABILIDAD FISCAL.....	82
1.	<i>Parte Civil</i>	82
2.	<i>Medidas Cautelares</i>	84

3.	<i>Pruebas en el Proceso de Responsabilidad Fiscal</i>	86
4.	<i>Impedimentos y Recusaciones</i>	88
5.	<i>Nulidades</i>	89
6.	<i>Trámite Del Proceso De Responsabilidad Fiscal</i>	90
7.	<i>Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Fiscal</i>	94
III.	CONCLUSIONES	96
1.	<i>La Responsabilidad Fiscal: Su Alcance Teórico</i>	96
2.	<i>La Responsabilidad Fiscal: sus resultados prácticos</i>	97
2.1.	Un Proyecto Estratégico para el Control de la Gestión Pública.....	101
2.1.1.	Un Nuevo Enfoque del Control que haga Énfasis en el Enfoque Preventivo	101
2.1.2.	Articulación de los Sistemas de Control	101
2.1.3.	Un Nuevo Control con Participación Ciudadana	103
2.1.4.	Estrategias Interinstitucionales de Lucha Contra la Corrupción	103
2.1.5.	Nuevos Enfoques en la Gestión de los Asuntos Públicos.....	104
2.1.6.	Una Nueva Caracterización del Servidor Público	106
	BIBLIOGRAFÍA	109
1.	COMPILACIONES	109
2.	DOCTRINA	110
3.	JURISPRUDENCIA	113
	CONSEJO DE ESTADO	113
	CORTE CONSTITUCIONAL	114
	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	116
4.	LEGISLACIÓN NACIONAL	116
5.	PERIÓDICOS	117

TABLA DE SIGLAS

Artículo	Art.
Confronter (Confróntese)	Cfr.
Código Civil	C.C.
Código Contencioso Administrativo	C.C.A.
Código Procedimiento Civil	C.P.C.
Código Procedimiento Penal	C.P.P.
Consejero Ponente	Po.
Constitución Política	C.P.
Contraloría General de la República	C.G.R.
Departamento Nacional de Planeación	D.N.P.
Edición	ed.
Etcétera	etc.
Expediente	Exp.
Gaceta Judicial	G.J
Ibidem	Id.
Magistrado Ponente	M.P.
Número	No.
Opúsculo Citado (Obra Citada)	Op.Cit
Página	Pág.
Subsiguientes	ss.
Tomo	T.

INTRODUCCIÓN

El diseño constitucional que presenta a Colombia como un Estado Social de Derecho, implica que para el ejercicio del poder, ha de someterse el gobernante a las normas legales preexistentes y reguladoras de las funciones públicas respectivas, cuyo respeto y acatamiento frente al propio Estado y a sus ciudadanos requieren de distintos controles que garanticen el sometimiento a la legalidad e impidan el desbordamiento en el actuar de los órganos estatales.

La construcción ideológica del constitucionalismo debe lograr un ejercicio responsable del poder para lograr la protección de los derechos de los ciudadanos, finalidad para la que son esenciales los mecanismos eficaces de control. Entre aquellos mecanismos de control o contención sobre la Hacienda Pública, están: el control de la legalidad, el control constitucional, el control político, el control del Ministerio Público, el control administrativo, y el control fiscal, cada uno ejercitado por la autoridad competente, en los términos que para cada caso establecen la Constitución y las leyes.

Debo resaltar la utilidad del presente trabajo de grado, en cuanto permite comprender histórica y jurídicamente los derechos y obligaciones del Estado, sus servidores y de los particulares, frente a la administración del patrimonio público, en relación con la Constitución Política de 1991.

En efecto, no puede pasarse por alto que la Constitución de 1991 erigió el control fiscal a la categoría de función pública “... *que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigilará la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación*” (Art. 267 C.P.)¹. Como las Contralorías son los *órganos de control* al lado de la Procuraduría, y constituye lo que podríamos denominar “*el cuarto poder*”, encargado de fiscalizar, por una parte la conducta de los servidores públicos.

Por tal razón, nadie mejor que las contralorías para determinar la necesidad de regular de manera integral el régimen de *responsabilidad fiscal*, ya que existía consenso entre dichos órganos acerca de las deficiencias propias de la Ley 42 de 1993, Capítulo III, Título II (que regulaba el tema). En ese sentido, no puede perderse de vista que son las Contralorías las encargadas de darle cotidiana aplicación a los preceptos contenidos en dicha Ley. Por ello, al consultar la opinión de dichos órganos, revelaron un preocupante diagnóstico en materia del proceso (enunciado en el

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T1362/00, M.P.: Alvaro Tafur Galvis, Exp.: T-297.037, 9 de octubre de 2000. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

capítulo de conclusiones), por los incontables obstáculos que se encontraron en la práctica. Además, el proceso de responsabilidad fiscal no presentaba un panorama alentador, por cuanto al contar su estructura de dos etapas (investigación y juicio fiscal) tendía a convertirse en un procedimiento dilatado, que le restaba celeridad y eficacia. Adicionalmente la Ley 42 no regulaba integralmente el proceso, sino que ante los posibles vacíos legales remitía, sin más a otros ordenamientos análogos, generándose así una verdadera colcha de retazos, que dejaba al desconcertado funcionario ante la disyuntiva de cual norma debía aplicarse. A lo anterior se le agregaba el plazo perentorio de caducidad fijado por la Corte Constitucional para iniciar el proceso, y así la inseguridad jurídica proveniente de fallos contradictorios de las altas cortes.

Esta situación que rayaba en la anomalía jurídica, con claro detrimento de las garantías y derechos de las personas involucradas, e hizo que el Congreso de la República expidiera la Ley 610 de 2000, *“por la cual se establece el trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal de competencia de las Contralorías”* los cual pretende ser una herramienta ágil y eficaz para la protección integral del patrimonio público.

Básicamente se quería insistir en que el trámite fiscal de la Ley 610 de 2000, a semejanza del disciplinario de la Ley 200 de 1995, fuera de única etapa, y además regulado en forma integral, para remediar la situación que había diagnosticado el Contralor General de la República, Carlos Ossa Escobar, al afirmar que:

“En efecto, no solo por las deficiencias propias de la Ley 42, sino también por los incontables obstáculos que ha encontrado en la práctica, el proceso de responsabilidad fiscal actual no presenta un panorama alentador, por cuanto al convertirse en un procedimiento dilatado, le resta celeridad y eficacia; adicionalmente existe una preocupante incertidumbre jurídica en su desarrollo, ya que la Ley 42 no lo regula integralmente, sino que ante los posibles vacíos legales remite sin mas a otros ordenamientos análogos, generándose así una verdadera colcha de retazos, que deja al desconcertado funcionario ante la disyuntiva de cual norma debe aplicar, situación ésta que raya en la anomia jurídica, con claro detrimento de las garantías y derechos de las personas involucradas”.²

Actualmente existe una gran expectativa jurídica sobre el desarrollo de la Ley 610 de 2000, la cual pretende establecer en forma clara y precisa las reglas de la responsabilidad fiscal, por tal razón a lo largo de este texto veremos como se aborda este tema y si efectivamente resulta eficaz para atacar la crisis actual del país, que recae en buena parte sobre la ineficiencia de las Entidades Públicas y la corrupción.

² Citado por ACOSTA MEDINA, Amylkar. Informe de ponencia para 4º debate (Senado) al proyecto de la Ley No. 025 de 1998, Gaceta del Congreso No. 197 de 2000.

Sin embargo, mas allá del propósito laudable de examinar la Ley 610 de 2000, existe una necesidad mayor en esta investigación, y es la de realzar la idea de implementar una concepción del nuevo derecho fiscal; es decir, mostrar la identidad propia de la función fiscalizadora, de manera tal que la responsabilidad fiscal se consolide como una responsabilidad autónoma, con sus procedimientos propios, e independiente de otros tipos de responsabilidad que existen en el ordenamiento jurídico.

Dado el amplio enfoque investigativo y crítico que del tema se hace al recoger al máximo de información sobre las distintas materias tratadas, puede asegurarse, sin lugar a dudas que las siguientes apreciaciones, mas allá de su sólo valor teórico y académico, resultarán de gran utilidad práctica para quienes requieran consultarla. Con seguridad los administradores de la cosa pública, los docentes, los estudiantes de derecho público y el ciudadano en general, van a encontrar una fuente de consulta y orientación, en un texto que con facilidad y claridad facilitará el acceso al régimen de la *responsabilidad fiscal* y a la normatividad, principios y teoría que lo regulan. Esta materia, de por sí, como bien se sabe, no ha tenido el suficiente desarrollo jurisprudencial, ni doctrinal, hasta el momento, debido a la muy reciente expedición de la Ley 610 de 2000, por tal razón lo que se pretende es aportar postulados hermenéuticos que apuntan a clarificar la materia tanto a nivel teórico, como práctico.

Este trabajo analiza la responsabilidad del servidor público y la responsabilidad fiscal, especialmente frente a los nuevos postulados constitucionales sobre la materia, en cuyo desarrollo, apoyado en actuales y valederos criterios doctrinarios y jurisprudenciales, discurre sobre la responsabilidad como principio jurídico regulador y como garantía del ciudadano, analiza los distintos tipos de responsabilidad de los servidores públicos, desde los puntos de vista político, penal, administrativo o disciplinario, civil o patrimonial, social y fiscal, haciendo por separado referencia a cada una de ellas, pero de manera especial a la responsabilidad fiscal como materia específicamente vinculada con el tema de la obra. En ese orden de ideas se estudia la naturaleza jurídica de la responsabilidad fiscal, la solidaridad, la autonomía, y los elementos de la responsabilidad fiscal, en torno a las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000. Y culmina con un estudio del proceso de responsabilidad fiscal, como tal, su naturaleza, sus principios y características, debido proceso, actuación oficiosa, reserva procesal, la parte civil, la policía judicial, unidad del proceso y las medidas cautelares, la actuación procesal, trámite de responsabilidad fiscal y por último la actuación procesal en el trámite de responsabilidad fiscal.

I. CAPÍTULO I

1. Marco Histórico

El entorno histórico en el cual se creó el control fiscal y la Contraloría, tuvo una notable influencia geopolítica foránea, se quería imitar a tribunales y oficinas de cuentas francesas e italianas, después se quiso acoger el sistema anglosajón de control fiscal, que enfatiza el control de legalidad y del presupuesto a través de las auditorías financieras³

El control fiscal cumplió un papel meramente formal, fue un espacio determinado por la unidad entre lo político y lo económico, relacionado a los sistemas orientados al control de la legalidad de la gestión pública, así como al control presupuestal, pero desde el exclusivo ámbito de la verificación de la destinación de recursos.

En 1922, por iniciativa del gobierno de Pedro Nel Ospina, el Congreso Nacional por medio de la Ley 60 de 1922 artículo 1 (Biblioteca Contraloría General de Cundinamarca), concedió facultades al ejecutivo para "*contratar en el exterior y hacer venir al país cinco expertos en asuntos de administración pública*". El entonces Ministro en Washington, Enrique Olaya Herrera, realizó las gestiones pertinentes, conformando una misión que presidió Edwin Walter Kemmerer, experto en asuntos monetarios.

La Corte de Cuentas (1898-1925) que existía, fue sustituida por la institución de la Contraloría, producto del proceso de racionalización del aparato estatal llevada a cabo a través de las reformas de 1923, que surgieron bajo el auspicio de la misión Kemmerer, mediante la cual se organizó el sistema monetario en torno al oro y se estableció el sistema de Banco Central y de los bancos de crédito; así mismo se dispuso una reorganización del Estado, una ley orgánica del presupuesto, nuevos métodos para la administración de ingresos y administración de aduanas, entre otras propuestas.

La misión llegó a Colombia el 10 de marzo de 1923 y después de tan sólo dos meses de trabajo se entregaron las recomendaciones, sustentadas en forma de proyectos de ley. De los diez proyectos presentados por el Gobierno, ocho quedaron elevados a la categoría de leyes, entre las cuales se destaca la Ley 42 del 19 de julio de 1923 (Biblioteca Contraloría General de Cundinamarca), "*Sobre la organización de la contabilidad nacional y creación del Departamento de Contraloría*".

³ JARAMILLO, Esteban. *Tratado de Ciencias de la Hacienda Pública*. Tercera edición, Buenos Aires: Bibliografic Omeba, Bogotá, 1930, pág. 545.

Así, creada la Contraloría, se consagró competencia exclusiva del Contralor General de la República, para el conocimiento de los asuntos relacionados con el examen, glosa y fenecimiento de las cuentas de los funcionarios encargados de recibir, pagar y custodiar fondos y bienes de la Nación para que no se excedieran los *límites prudenciales*, y adicionalmente dotar de un sentido ideológico y político a los sistemas de control de las operaciones financieras del Estado.

La segunda misión Kemmerer, vino a Colombia en 1930, bajo el gobierno de Enrique Olaya Herrera, a fin de efectuar las evaluaciones económicas generadas por la gran crisis mundial. Y propuso un proyecto para modificar la Ley 42 de 1923, orgánica de la Contraloría Nacional, la cual sufrió seria oposición por diversos sectores del gobierno, el Congreso y la misma Contraloría, razón por la cual se acordó la expedición del decreto legislativo 911 de 1932 que modificó parcialmente dicha Ley.

Debido a los constantes conflictos que se presentaron en torno al alcance del control fiscal sobre la administración, en dicha reforma se introdujo en su artículo primero la disposición según la cual la Contraloría no podía ejercer funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización, norma vigente hasta el día de hoy.

En 1945, mediante el Acto Legislativo No.1, la Contraloría se elevó a categoría constitucional, es decir, dejó de tener el carácter de simple departamento técnico de auditoría contable, para asumir una función fiscalizadora del manejo del tesoro público, no en forma autónoma, sino como una prolongación de la función originaria de la Cámara de Representantes de vigilar el gasto público.⁴ Para desarrollar dichos preceptos constitucionales, se promulgó la Ley 58 de 1946, la cual reglamentó los aspectos relacionados con el control fiscal.

Por su parte, la reforma constitucional de 1968, introdujo algunas modificaciones, entre la cuales se destaca la de aumentar el período del contralor a cuatro años (en la reforma del 45 era de dos años), elegido en ambos casos por la Cámara de Representantes.

Durante la administración de López Michelsen se promulgó la Ley 20 de 1975⁵, y los correspondientes decretos reglamentarios expedidos con base en las facultades otorgadas por dicha Ley, creándose por primera vez el control fiscal posterior, aplicado a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. A su vez, el Decreto-Ley 222 de 1983, mantuvo la modalidad del control posterior a la contratación

⁴ CHINCHILLA, Tulio Elí. *De la Organización del Estado. Constitución Política de Colombia*. Comentada por la Comisión Nacional de Juristas de Bogotá, Primera edición, editada por la Comisión Nacional de Juristas, Bogotá, 1996, pag. 62.

⁵ Esta Ley define los sistemas de control, extendiéndolos incluso a los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado; reguló la vigilancia fiscal en las Sociedades de Economía Mixta; facultó al Contralor para constituirse en parte civil en los procesos penales por delito de peculado; señaló que la Contraloría elaborará la estadística fiscal del Estado; creó la carrera administrativa; entre otros aspectos.

administrativa, consolidándose así esta importante tendencia del control, finalmente plasmado en la reforma constitucional de 1991.

*"Modernamente, el control fiscal está sufriendo un proceso de transformación, tratando de alcanzar los aspectos sustantivos de la organización, para proporcionar a la administración evaluaciones mucho más relevantes, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de los objetivos institucionales de la gestión gubernamental, y con la eficiencia en el manejo de los recursos públicos. Así, se verifica una tendencia a que la auditoría no solamente se concentre en el examen de las transacciones, sistemas e informes financieros, sino que, también, debe revisar la eficiencia y economía en el uso de los recursos y verificar si se están cumpliendo los resultados esperados. A su vez, el concepto de auditoría operacional es ampliado por el de auditoría de rendimiento, o integral, ya que además de examinar eficiencia y efectividad de las operaciones, busca inspeccionar, también, los logros y beneficios del producto de los programas"*⁶

A partir de esta reforma se politizó esta entidad y fue criticada por haber permitido un excesivo crecimiento burocrático, lo cual limitó su capacidad operativa y favoreció, incluso, el deterioro del control. Por razón la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, vio la necesidad de introducir sustanciales reformas, en lo relativo a la Contraloría y el control fiscal.

En efecto, las propuestas presentadas en la Asamblea, recogían las inquietudes que apuntaban a la necesidad de variar el esquema del control fiscal para adaptarlo a las nuevas direcciones económicas y políticas del país, así como su prefiguración en el nuevo esquema del Estado.

El proyecto de reforma presentado por la Contraloría General de la República, introdujo que: *"Es indudable que el sistema de control previo actualmente existente ha demostrado ser absolutamente ineficaz a la hora de preservar el patrimonio público y, por el contrario, se ha convertido en un nocivo sistema de co-administración al que puede atribuirse buena parte de responsabilidad en la extendida corrupción que hoy azota al Estado colombiano"*.⁷

La propuesta presentada por la Contraloría General de la República, hacía énfasis en la necesidad de implantar un control posterior y selectivo, extensión de la vigilancia a todos aquellos que administren recursos públicos, de otorgar facultades sancionatorias, y señalar las normas de contabilidad y control interno y ambiental.

Así mismo se elevó una propuesta para crear una jurisdicción penal fiscal, *"que haga parte de la rama judicial del poder público y esté encargada de manera permanente*

⁶ C.G.R. "Economía Pública y Control Fiscal", Tomo II, 1987. pág. 11.

⁷ Revista de la C.G.R. "Economía Colombiana", CID, Universidad Nacional, No.235, 1991, pag.8.

y exclusiva de la investigación y juzgamiento de la totalidad de los delitos que afectan el patrimonio público".⁸

El proyecto se presentó como informe-ponencia para primer debate en plenaria.⁹ Sin embargo, el articulado finalmente discutido y aprobado en primer debate en las sesiones plenarias¹⁰, reflejó estructuralmente el esquema de la contraloría, como organismo de control, y el control fiscal tal y como quedó plasmado en la Constitución Política.

⁸ Op. Cit. pág. 12.

⁹ Gaceta Constitucional No.77, 20 de mayo de 1991, pág. 2 y ss.

¹⁰ Gaceta Constitucional No.109, 27 de junio de 1991, pág. 21 y ss.

2. Fundamento Constitucional del Estatuto de Responsabilidad

Las ramas del poder público y los órganos autónomos, no sólo buscan mayor eficiencia en el logro de los fines propios del Estado, sino también para que se constituyan controles automáticos de las distintas ramas entre sí, y, para, defender la libertad del individuo y de la persona humana. La Carta mantiene el principio de separación de poderes (Art. 113 C.P.), pero le confiere una naturaleza más compleja, en un doble sentido: de un lado, admite que existen órganos autónomos cuyas funciones no pueden ni deben ser encajadas dentro de la división clásica en tres ramas del poder, como los *órganos de control* y la organización electoral. Y, de otro, la Carta no sólo admite sino que promueve la existencia de controles recíprocos entre las distintas ramas y órganos autónomos, por medio del mecanismo de pesos y contrapesos, de manera que los diferentes órganos del Estado, funcionan separadamente pero colaboran armónicamente entre sí para la ejecución de sus fines (Art. 113 C.P.).

En tal contexto, conforme a esa nueva visión del principio de separación de poderes, la Carta otorga no sólo autonomía orgánica sino también unas funciones propias y específicas a las Contralorías, (Arts. 113, 119, 267, y 268 C.P.), por lo cual es claro que estos *órganos de control* no hacen parte de la Rama Ejecutiva ni desarrollan, como actividad principal, tareas administrativas, como las que adelantan la administración central y las administraciones seccionales.

En este sentido, la Carta reconoce la existencia de otros *órganos*¹¹, autónomos e independientes frente a la tradicional división tripartita de los poderes públicos, en relación con las funciones del *control* (Ministerio Público¹² –Procurador General de la Nación y Defensor del Pueblo; procuradores delegados; agentes del Ministerio Público ante las autoridades jurisdiccionales y los personeros municipales - y Contraloría General de la República, en el nivel del Estado central). (Arts. 117, 118 C.P.), y la *organización electoral*, (Art. 120 id.), entidades que desde el punto de vista orgánico no tenían una clara tipicidad en el anterior estatuto constitucional.

¹¹ “Concepción desde el punto de vista práctico, esencialmente equivalente al de Rama”. Conferencia Contraloría General de Cundinamarca. “Actualización a Empleados Nuevos”. Marzo 26 de 2000. Expositor: Uriel Alberto Amaya Olaya.

¹² “Se incurre en un error al concebir el Ministerio Público como un órgano y no como una función”. Conferencia Contraloría General de Cundinamarca. “Actualización a Empleados Nuevos”. Marzo 26 de 2000. Expositor: Uriel Alberto Amaya Olaya.

La nueva configuración jurídica de la responsabilidad a partir de los postulados normativos de la Constitución de 1991, la dimensiona como un *principio jurídico regulador* y como un *postulado garantístico para el ciudadano*¹³.

Para formular el origen de la responsabilidad debemos conceptualizar sobre la responsabilidad del servidor público, el Estado y los sistemas de control. Partiendo del principio estructural del Estado Social de Derecho, que es la organización jurídica y política que ofrece a las acciones estatales un amplio margen de acción en el ámbito de las responsabilidades sociales para hacer real y efectivo la relación entre justicia y seguridad jurídica. Es justamente aquí, en donde se encuentra el salto cualitativo entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho; el sistema jurídico creado por el estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código, la norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado Social de Derecho se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) por la importancia material (justicia) de la ley¹⁴. Dicho modelo de Estado tiene tres componentes básicos que son: el objetivo social, la concepción democrática del poder y la sujeción a de los dos términos anteriores a la disciplina del derecho¹⁵.

El fundamento constitucional de los sistemas de control tiene un hondo significado dentro del noción de *Estado Constitucional*, el cual se encuentra afianzado en gran parte en el concepto de *control* sobre el ejercicio del *poder*, control que históricamente gravita alrededor de los ejes derivados de la noción de la ley como regla general (*principio de legalidad*), y en la concepción plural del poder (*división de poderes*).

De este marco se derivan, entre otros, los principios de la responsabilidad¹⁶, ya invocado, y el principio ético de la función pública que alude a la existencia de los

¹³ DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín. *La Constitución Política de Colombia 1991; Proceso, Estructuras y Contexto*. Primera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1993, pág. 152

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406-92. M.P.: Ciro Angarita Barón, Exp.: T-778, 5 de junio de 1992, Procedencia: Tribunal Administrativo de Bolívar. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-479-92, M.P.: José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez, Exp.: D-020, D-025, D-031, D-040, 13 de agosto de 1992. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

¹⁶ Eficiencia, esto es, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; eficacia, vale decir, que esos resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con los objetivos y metas del Estado y de sus instituciones; economía, o sea, que en igualdad de condiciones de calidad, los bienes y servicios se obtengan al menor costo; equidad, es decir, que pueda identificarse a los receptores de la acción pública económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales; y valoración de costos ambientales o, en otras palabras, que sea factible cuantificar el impacto por el uso de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar su protección, conservación, uso y explotación. AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. *Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal*. Primera edición, Editorial Umbral, Bogotá, 1996, pág.209

sistemas de control, principios estos que se complementan entre sí, pues generalmente los estatutos de responsabilidad son una consecuencia directa o indirecta de los sistemas de control.

De esta manera, la *responsabilidad* es una derivación esencial del Estado Social de Derecho, y dentro de los pilares del Derecho Constitucional se encuentra la responsabilidad como garantía para el ciudadano frente a las posibles extralimitaciones del poder, los cuales de modo simultáneo aseguran el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, y las previsiones de los valores y principios constitucionales en la preceptiva superior.

A partir de lo anterior, entre los *principios jurídicos reguladores* del Estado Social de Derecho, están los postulados de la *representatividad, de legalidad, de igualdad y el de la responsabilidad*¹⁷; éste último determina que los servidores públicos¹⁸ responden ante las autoridades por acción, omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Art. 6 C.P.). Para algunos es considerado como un subprincipio que pertenece al principio de fundamentalidad constitucional (la Carta se ocupa únicamente de las materias esenciales a la estructura y funcionamiento del Estado)¹⁹.

Hay dos tipos de vinculación al ordenamiento jurídico; una negativa y positiva. En la primera el servidor público se hace responsable cuando ha infringido sus prohibiciones, y la segunda consiste en que el servidor público sólo puede hacer aquello para lo cual se encuentra legalmente facultado por una previa atribución de competencia. Si se extralimita, se desborda dicha atribución, o incurre en una conducta omisiva cuando se abstiene de actuar en los casos en que esta obligado.

Las consecuencias en el ámbito de las responsabilidades, aplicables al servidor público surgen tanto por actuar de una determinada manera no querida por el legislador (conducta positiva), como por dejar de hacer algo que debería hacerse según las mandatos de la ley (conducta omisiva) siempre y cuando se establezca la culpabilidad del sujeto (antijuridicidad subjetiva). En Colombia el principio constitucional de la libertad, faculta a las personas para hacer todo lo que la legislación no pueda legítimamente convertir en objeto de prohibición.

Toda función pública exige límites, los cuales están previamente determinados y son propios del Estado Social de Derecho, por tal razón todos los cargos públicos tiene funciones detalladas en la Constitución, ley o reglamento, así ningún servidor público

¹⁷ DIAZ ARENAS, Pedro Agustín. Op.Cit. pág. 152.

¹⁸ El concepto de servidor público tiene su arraigo en el contenido social del Estado de Derecho, y lo asume no sólo en el sentido del vínculo laboral con la administración pública, sino como el sujeto que debe alcanzar los fines y objetivos esenciales del Estado. Según el artículo 123 de la Carta Política, *son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como los particulares que presten servicios públicos.*

¹⁹ HERAS XIFRA. *Curso de Derecho Constitucional*. Primera edición, Tomo I, Editorial Bosh, Barcelona, 1989, pág. 95

entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (Art. 122, inciso 2 C.P.).

En desarrollo del principio enunciado en el artículos 6 y 124 de la Carta, se dispone que es la ley la encargada de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Este precepto que viene desde la Constitución de 1886, configura la denominada *reserva legal de la responsabilidad*, es decir que sólo la ley puede trazar el ámbito normativo de dicho principio²⁰. El *postulado de legalidad* (principio rector constitucional) significa que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda y absorbe de manera plena la legitimidad de las actuaciones públicas, adicionalmente cumple un papel limitativo o restrictivo del ejercicio de ese poder. El artículo 124 de la Carta, otorga expresamente al legislador la competencia para determinar las modalidades y grados de responsabilidad de los funcionarios públicos (reserva legal del tema de la responsabilidad, como se dijo).

A su vez, la Carta Política advierte en su artículo 123, inciso 2o, que *“los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”*, consagrando un fundamento *deontológico*²¹ a la prescripción jurídica consecuente, relativa a que el ejercicio de sus funciones se debe ceñir a la Constitución, la ley y los reglamentos. *“El poder del Estado es, pues, siempre legal, es decir, poder políticamente organizado. Un complejo de relaciones sociales organizadas sistemáticamente en unidad de poder se convierte en un complejo de relaciones jurídicas ordenadas sistemáticamente en una unidad de ordenación – derivado de la constitución positiva -.”*²²

El capítulo II, Título V de la Carta Política (de la Función Pública), contiene el estatuto fundamental del comportamiento público, por medio del cual no sólo se regulan los aspectos propios del régimen laboral administrativo público, sino también las directrices esenciales que encausan la conducta de dichos servidores, en el contexto de las finalidades y objetivos de la acción estatal, asumiendo al servidor público en sus dos dimensiones jurídicas: como realizador de los cometidos estatales y como sujeto laboral de derecho.

De esta manera la responsabilidad se concibe *como una garantía para el ciudadano sobre las posibles extralimitaciones del poder y asegura la realización de los fines del Estado*, brindando seguridad jurídica, por el carácter responsable del servidor público, mediante asignación de un sistema de responsabilidades, los cuales, en el caso de los particulares, corresponden a la responsabilidad civil o patrimonial y la penal, y en el caso de los servidores públicos, a la responsabilidad social (voto programático-revocatoria del mandato como una modalidad particular del voto), la responsabilidad política, penal, disciplinaria, fiscal, civil o patrimonial (acción de

²⁰ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Op. Cit. pág. 217.

²¹ DIAZ ARENAS, Pedro Agustín. Op.Cit. pág. 443.

²² HELLER, Hernán. *Teoría del Estado*. Tercera edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pág. 261

repetición), y en relación con el Estado el artículo 90 *id*, regula la denominada *responsabilidad patrimonial del Estado*, que constituye en el único evento en el cual el Código Superior admite una *responsabilidad objetiva*, pues la *antijuridicidad* se refiere al *daño*, y no a la conducta del agente del Estado que la haya producido.

3. Gestión Fiscal

Antes de entrar de lleno en el ámbito de la responsabilidad fiscal, es necesario estudiar el concepto de la *gestión fiscal*, ya que el proceso de responsabilidad fiscal sólo sobreviene siempre que se haya llevado a cabo una *gestión fiscal*.

Por ello, como se insistió en los informes de ponencia del proyecto origen de la Ley 610 de 2000, no toda responsabilidad de carácter pecuniario que se tenga con respecto al Estado o a una de sus instituciones da origen a un proceso de responsabilidad fiscal, sino tan sólo aquella que surja de una gestión fiscal, lo cual circunscribe el alcance de las atribuciones procesales de los contralores a los precisos términos del numeral 5° del artículo 268 de la Carta Política, a cuyo tenor dice: *"establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma"*²³.

En vigencia del régimen constitucional anterior a 1991, la jurisprudencia aludió a la gestión fiscal indicando de manera restringida que:

"La gestión fiscal de la Administración se inicia con los actos de adquisición o integración de un patrimonio del Estado que se destina a satisfacer las necesidades del servicio público; prosigue con los actos propios de su conservación, mejora y explotación; y concluye con la afectación, disposición o inversión de los bienes muebles o inmuebles que de él hacen parte, para el mismo fin que le dio origen, y lo justifica".²⁴

La nueva redacción de gestión fiscal retoma elementos de los diversos pronunciamientos realizados tanto por la jurisprudencia, como por la doctrina, en aras de buscar un concepto legal que no deje por fuera ninguna actividad que implique manejo o administración de recursos públicos.

Así, a nivel doctrinal, parece existir consenso entre los tratadistas sobre el concepto de gestión fiscal definido como: *"El conjunto de actividades y procesos que desarrolla la administración en todos sus niveles, o los particulares cuando administran fondos o bienes públicos, con el objeto de cumplir tanto los objetivos o metas especiales, como los fines generales del Estado"*²⁵. En igual sentido se expresa el profesor Younes Moreno cuando afirma que por gestión fiscal se entiende que *"es el conjunto de todas las operaciones realizadas con la administración, explotación o*

²³ Constitución Política de Colombia. 1991. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, M.P.: Eustorgio Sarria, 24 de febrero de 1977. Gaceta Judicial 2396, pág. 104. Gaceta Judicial 2396. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

²⁵ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Op.Cit. pág. 114.

*disposición de los recursos que integran el patrimonio de la Nación, de sus entidades descentralizadas, tales como el recaudo de fondos, la adquisición o enajenación de bienes y la ordenación de gastos e inversiones”.*²⁶

En el ámbito de la jurisprudencia nacional, encontramos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, por ejemplo de esta última la sentencia C-529 de 1993, que proporcionan significativas luces al tema bajo estudio. El primero de ellos, ya lo enunciamos anteriormente, y el segundo, ha dicho que: *“El concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente. Los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un periodo determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración”*²⁷.

La nueva definición es de capital importancia por cuanto la responsabilidad fiscal estará circunscrita exclusivamente a la realización de gestión fiscal y no a otras actividades diferentes de custodia, administración recaudo, etc.

Así, el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, señala que la gestión fiscal es: *“el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”*²⁸.

Así, se constituye en un parámetro para los contralores en su actividad procesal, toda vez que la responsabilidad fiscal, afecta el patrimonio de las personas y puede implicar una inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, lo que hace que se

²⁶ YOUNES MORENO, Diego. *Nuevo Régimen de Control Fiscal*. Segunda Edición, Editorial Diké, Bogotá, 1995

²⁷ C-529 de 1993 xxx

²⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 de 2000. 24 de agosto de 2000. *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”*.

deban adoptar las mayores garantías posibles respecto de semejantes derechos fundamentales.

La Constitución de 1991, al concebir el Estado Social de Derecho afirma que la función pública está orientada a los resultados, con fundamento en la gestión integral con participación ciudadana, la capacidad institucional de los organismos y entidades gubernamentales²⁹, que se desarrolla como un proceso que de manera estratégica articula las actuaciones de una institución a su misión y objetivos, conforme a las prioridades fijadas en el respectivo plan de desarrollo (sea nacional o departamental, distrital o municipal), para asegurar que las decisiones de planeación y las opciones presupuestales coincidan al máximo.

La definición de gestión fiscal tiene que ver con todas las tareas concernientes a la disposición de los bienes y fondos públicos, según los principios (eficiencia, eficacia, economía y equidad) tanto de la propia gestión fiscal que recoge el artículo 267 de la Constitución y que desarrolla el artículo 8° de la Ley 42 de 1993, como de los postulados de la función pública en general (en la medida en que la gestión fiscal es un aspecto de la función pública) que prevé el artículo 209 de la Carta y citan los artículos 3° del C.C.A. y 3° de la Ley 489 de 1999, *”por medio del cual se dictan normas sobre organización y funciones de las entidades de orden nacional. Se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Carta Política, y se dictan otras disposiciones”*.³⁰

Se supone una vinculación funcional entre un servidor público, o un particular excepcionalmente, y los bienes o fondos estatales, de manera que la gestión de estos sea una de las obligaciones de aquel, quien asumirá una posición de garante de ellos, puesto que *“solo responderá por la lesión a un bien jurídico, quien teniendo la obligación legal de evitarla no la hizo; en otras palabras, responde quien con su conducta ha defraudado las expectativas de comportamiento social que de él se tenían”*³¹, así, el comportamiento social esperado es la gestión fiscal.

Así, el objeto de la responsabilidad fiscal según la Ley 610 de 2000 en su artículo 4°, señala que es el resarcimiento de los daños ocasionados al erario como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realicen una gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, teniéndose en cuenta en cada caso el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y la gestión fiscal, y su artículo 7° afirma que *“en los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al*

29 Documento CONPES 2790 - Vicepresidencia de la República – DNP - Consejería Presidencial para el Desarrollo Institucional. CONPES, Bogotá.

30 Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Constitución Política de Colombia. 1991. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá, Art. 209

31 REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, 1996, pág.332.

desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables”.

En los demás eventos de pérdida, daño o deterioro de este tipo de bienes, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el Código Disciplinario Único o los delitos tipificados en la legislación nacional.³²

La gestión pública es concebida como un *“proceso que articula estratégicamente las acciones de una entidad a su misión y objetivos, de acuerdo a las prioridades fijadas en el Plan Nacional de Desarrollo con el propósito de garantizar la mayor coincidencia entre las decisiones derivadas de la planeación y las acciones reflejadas en el presupuesto”*.³³

Este conjunto de acciones de la gestión fiscal, y la gestión pública en general, orientados esencialmente a la satisfacción de las necesidades de la población (rendimiento social), se encuentran consagrados en los principios básicos de la planeación y la evaluación. Para el efecto, mediante la planeación, se plantea un proceso continuo de previsión de recursos y servicios requeridos, para alcanzar los objetivos y metas, determinados y priorizados por el Plan Nacional de Desarrollo, procurando orientar la acción a partir de variables alternativas que garanticen tal fin. La evaluación, por su parte, es un instrumento que fortalece el proceso mismo de planeación (evaluación *ex ante*), y permite obtener mayor eficacia en la ejecución de las acciones planificadas (evaluación de seguimiento): *“Si planificar es introducir organización y racionalidad en la acción para el logro de determinadas metas y objetivos, la evaluación es una manera de verificar esa racionalidad, midiendo el cumplimiento, o la perspectiva de cumplimiento, de los objetivos y metas establecidos y la capacidad para alcanzarlos”*.³⁴

Es decir que el sistema de evaluación no sólo lleva consigo el análisis de la función pública, sino sobre todo destaca su esencia finalística, en el contexto social del Estado.

³² FLORES RAMÍREZ, Alfredo Enrique. *El Proceso de Responsabilidad Fiscal en la Ley* evaluación de estudios de preinversión. Documento elaborado en cooperación con la OEA, programa de fortalecimiento del proceso de inversión pública nacional, departamental y municipal. Imprenta Nacional, Bogotá, Diciembre de 1994.

³⁴ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Manual Metodológico para la identificación, preparación y evaluación de estudios de preinversión. Documento elaborado en cooperación con la OEA, programa de fortalecimiento del proceso de inversión pública nacional, departamental y municipal. Imprenta Nacional, Bogotá, Diciembre de 1994.

La legitimidad de la gestión fiscal es concebida por la Corte Constitucional, a partir de los anteriores postulados, de la siguiente manera:

"La legitimidad de la gestión fiscal de la administración se sustenta por lo expuesto en el principio de legalidad -trasunto de la soberanía popular-, al cual se adiciona en el momento presente, la eficacia, eficiencia y economía. El interés general que en todo momento debe perseguir la administración hasta el punto de que su objeto y justificación estriban en su satisfacción y sólo se logra realizar si la administración administra los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficacia, eficiencia y economía. Igualmente el artículo 267 constitucional posibilita la reorientación del control fiscal, que además de la protección del patrimonio público, procura la exactitud de las operaciones y de su legalidad y se deberá ocupar del control de resultados que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2o. de la Constitución Nacional."³⁵

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-167-95, M.P.: Fabio Morón Díaz, Exp.: No. D-754, 20 de abril de 1995, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

4. Diferentes Tipos de Responsabilidad de los Servidores Públicos

Actualmente, se acepta en nuestro ordenamiento jurídico, que el *servidor público* al incurrir en una conducta antijurídica, ya sea por acción u omisión, afecte el patrimonio o erario público y viole preceptos que tiendan a la protección de dichos bienes. Así, puede ser sujeto de los siguientes tipos de responsabilidad, independientes entre sí -e incluso simultáneas, y correlativos con los sistemas de control.

Los diferentes organismos de control se encargan de vigilar el desempeño de los funcionarios o servidores públicos de acuerdo con la naturaleza de cada modalidad de responsabilidad. De tal suerte que unas veces será el Congreso, otras la Procuraduría, o la Contraloría de acuerdo a la falta cometida.

4.1. Responsabilidad política

El constituyente de 1991 quiso ampliar y fortalecer los mecanismos de control político, para ello, el artículo 114 de la Carta prescribe que corresponde al Congreso de la República, entre otras funciones, la de ejercer control político sobre el gobierno y la administración, facultad que no se limita ni siquiera por los estados de excepción, regulados en el capítulo 6, del Título VII, Superior.

El control político atribuido al Congreso, como actividad extralegislativa, ejerce funciones de inspección y políticas y dentro de estas está la de ejercer control político, mediante mecanismos³⁶ como: citación a ministros, citación a personas naturales o jurídicas y moción de censura.

Este último mecanismo se introdujo en la Carta Política del 91, y su función es controlar por razones políticas al gobierno y a la administración, e implica la desvinculación del funcionario del cargo ejecutivo que venía ejerciendo según el artículo 135 de la Carta.

La moción de censura, a pesar de ser figura típica de los regímenes parlamentarios, en un sistema presidencial como el nuestro, se extrae al Ejecutivo del control político del Congreso, motivo por el cual, entre otras consecuencias, se prohíben los votos de censura o de aplauso (Art. 136-3 C.P.). Sin embargo, el desbordamiento del presidencialismo ha llevado recientemente a la introducción en los regímenes latinoamericanos de mecanismos de reflejo en la Carta Política de 1991, con la adopción de la moción de censura para ministros, en su artículo 135, numeral 9, el

³⁶ CABALLERO SIERRA, Gaspar y ANZOLA GIL, Marcela. *Teoría Constitucional*. Primera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1995, pág. 347 y 348

cual indica como facultades de cada Cámara, la de: *"Proponer con funciones propias del cargo. La moción de Censura, si hubiere lugar a ella, deberá proponerla por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva cámara. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, en Congreso pleno, con audiencia de los ministros respectivos. Su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los integrantes de cada cámara. Una vez aprobada, el ministro quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos"*³⁷.

Para este efecto, el artículo 141 ib., precisa que el Congreso se reunirá en un solo cuerpo, entre otras situaciones, para decidir sobre la moción de censura, con arreglo al artículo 135.

4.2. Responsabilidad penal

Cuando en el ejercicio de las funciones, o con ocasión de ellas, el servidor público comete un hecho punible, de aquellos cuyo bien jurídico pertenece a la protección - directa, o indirecta - de la administración y la función pública, siempre y cuando la conducta se encuentre tipificada como delito en nuestro ordenamiento legal.

4.3. Responsabilidad administrativa o disciplinaria

Derivada del incumplimiento de los deberes o prohibiciones administrativas; o por la omisión o extralimitación de las funciones, o la violación del régimen de inhabilidades, o incompatibilidades, entre otros supuestos, dada la relación laboral con el Estado.

4.4. Responsabilidad ciudadana o social

De tipo externo a la administración, fundada sobre los vínculos compromisorios del servidor público frente a la comunidad, la cual principalmente se refleja en el voto programático y en la revocatoria del mandato, en los eventos previstos en la Constitución y en la Ley.

³⁷ Constitución Política de Colombia. 1991. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá.

4.5. Responsabilidad civil o patrimonial

La responsabilidad civil consiste en la *obligación* jurídica de asumir las consecuencias patrimoniales o económicas de un hecho o acto dañino, que tiene un sujeto de derecho de resarcir los perjuicios que ha soportado otro individuo, capaz o incapaz.

Pero, la doctrina ha destacado, la concepción jurídica de la responsabilidad civil no se limita exclusivamente al problema de la reparación del daño inferido (no hay responsabilidad cuando el que sufre el daño es el propio autor del mismo), pues, bajo el *principio de alteridad* (se responde siempre ante alguien), se encauza la idea hacia el plano de vincular la responsabilidad con el problema de la legalidad. Es decir, estaremos obligados a reparar un daño en cuanto hayamos dañado algo que nos estaba vedado afectar³⁸.

Entonces, el fundamento final de la responsabilidad civil, se funda en el concepto de ilicitud.

4.5.1. Clases de responsabilidad civil

La responsabilidad civil, se ha dividido en *responsabilidad contractual y extracontractual*: La primera surge para la persona que ha ocasionado un daño por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas de un contrato o convención. La segunda, por su parte, acaece cuando una persona ha cometido un daño antijurídico al patrimonio de otra, con la cual no existe un vínculo contractual: "*Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior*"³⁹.

A continuación haremos un breve recuento de estas clases de responsabilidad, cuyos elementos centrales nos servirán para estructurar jurídicamente la responsabilidad fiscal.

³⁸ PEREIRANO FACCIÓ, Jorge. *La Responsabilidad Extracontractual*. Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1981, pág. 25.

³⁹ MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*. Primera edición, Editorial Diké, Medellín. 1995, pág. 11.

4.5.1.1 Responsabilidad Civil Extracontractual o

Aquiliana.

Esta responsabilidad se divide en tres grandes instituciones⁴⁰: 1. la responsabilidad por el hecho propio, o directa, con culpa probada, que se regula por el artículo 2341 del Código Civil.; 2. La responsabilidad civil por el hecho ajeno (Arts. 2347 a 2349 C.C.); y 3. la responsabilidad por el hecho de las cosas o por las actividades peligrosas (Arts. 2350 a 2356 C.C.).

Martínez Ravé⁴¹, la divide en directa o personal e indirecta o compleja. Por la primera se entiende la que surge contra la persona que directamente ha cometido el daño; la segunda, por su lado, surge contra la persona que si bien no ejecutó personalmente el hecho dañoso, sí tenía algún vínculo con la persona o cosa que lo ocasionó. Además encontramos otra modalidad de responsabilidad civil, la del juez, contenida en el artículo 40 del C.P.C.

4.5.1.2. Responsabilidad Civil Contractual

Esta responsabilidad es aquella de contenido patrimonial que se deriva de las obligaciones que surgen de una relación de tipo contractual o convencional.

Para los efectos del presente estudio a nivel exclusivo de la responsabilidad civil del servidor público, encontramos que la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública, enuncia como uno de sus principios axiales, el de la responsabilidad (Art.23); a su vez, el artículo 26 id., desarrolla el principio, precisando que los servidores públicos “*responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas*”⁴².

De todas maneras, la responsabilidad civil contractual no se encuentra limitada a los aspectos previstos en las disposiciones del mencionado estatuto, pues las normas del

⁴⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil, de sus Perjuicios y su Indemnización*. Primera edición, Tomo II, Reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, 1990, pág. 5.

⁴¹ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, Op.cit.,pág. 11 y ss.

⁴² CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993 o “Estatuto de Contratación Estatal”. 28 de octubre de 1993. “por la cual se expide el Estatuto de General de Contratación Estatal Publica”. Régimen del Control Fiscal en Colombia. Editorial Legis 2000.

C.C.A. prevén igualmente el principio de la responsabilidad civil derivada de la actividad administrativa⁴³.

Ahora bien, el numeral 4o. del artículo 26, precisa que las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por la *reglas sobre administración de bienes ajenos* y por lo mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

La doctrina⁴⁴ ha precisado que para efectos de aplicar las reglas que rigen la administración de bienes ajenos, se debe acudir a las que rigen la representación voluntaria y el mandato.

Entre otras importantes consecuencias, se encuentra el evento de la regla general según la cual quien administra bienes ajenos debe actuar con mediana diligencia y cuidado y responde hasta por culpa leve en la administración de los bienes que se le han confiado.

De lo anterior se deduce, y conforme a la competencia atribuida al legislador por el artículo 124 superior, que para los efectos del grado de imputación o culpabilidad, a nivel de la responsabilidad contractual, se debe aplicar el principio de que se responde hasta por *culpa leve*.

No es aplicable aquí el principio del grado de imputación previsto para la acción de repetición del artículo 90, inciso segundo, de la Carta Política, el cual sólo tiene efectos para esa precisa figura, como lo ha deslindado con claridad el Consejo de Estado⁴⁵, entre otras razones sustanciales, porque la acción de repetición tiene un carácter *sancionatorio* y no *resarcitorio*, como igualmente se verá.

El régimen general de responsabilidad lo hace extensivo la Ley 80 a las entidades públicas (Arts. 14, num.1; 26-3; 50); a los contratistas, garantes, representantes del consorcio o unión temporal y de las sociedades que se conformen para contratar (Arts. 4-4; 7-parágrafo 1º.; 7-parágrafo 3º; 26-6,7 y 8; 52); a los consultores, interventores y asesores (Art.53).

⁴³ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *La Responsabilidad Contractual del Servidor Público, en Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Estatal*. Primera edición, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1994, pág. 272.

⁴⁴ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Responsabilidad del Servidor Público en el Nuevo Estatuto de Contratación, en Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Primera edición, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1994, pág. 226; GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo. *La Responsabilidad Contractual en el Nuevo Estatuto de Contratación Oficial, en Constitución Política y Reorganización del Estado*. Primera edición, Universidad Nacional, Bogotá, 1994, pág. 263 y ss.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.Po.: Roberto Suárez Franco, radicación No. 846, concepto de 29 de julio 1996, Consulta solicitada por Contraloría de Cundinamarca, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

4.6. Responsabilidad Fiscal

La responsabilidad fiscal la podemos definir como la obligación de reparar un daño causado al patrimonio público por un servidor público o un particular en ejercicio de actos de gestión fiscal (custodia, administración, recaudo, protección, etc.) sobre dicho patrimonio.

Así, podemos deducir que la responsabilidad fiscal tiene las siguientes características:

Se origina en una conducta activa u omisiva de los particulares o de los servidores públicos, en ejercicio de actuaciones de gestión fiscal, la conducta generadora de la responsabilidad fiscal, debe ser dolosa o culposa, y por último, se debe causar un daño patrimonial al Estado, con esa conducta.

La Constitución se refiere a la responsabilidad de los particulares y de los servidores públicos, del gobierno y del Estado, expresando que la responsabilidad puede ser de diferentes clases como se enunció anteriormente. El numeral 5° del artículo 268 de la Carta Política, se refiere a la responsabilidad fiscal al estipular que el Contralor General de la República, dentro de sus atribuciones está la de *establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal* e imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, al igual que recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. Dicha responsabilidad es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

El objeto de responsabilidad fiscal, está determinado en el artículo 4° de la Ley 610 de 2000, la cual estipuló que tiene por finalidad el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de las conductas dolosas o culposas de quienes realizan gestión fiscal, y persigue el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Se deben tener en cuenta para estos casos el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal es de la culpa leve.

Es conveniente anotar que antes de expedirse la Constitución Política de 1991, en Colombia el control, que trataba de identificar la comisión de conductas que generaran responsabilidad fiscal, era ejercido por las Contralorías, fundamentalmente en las modalidades de control *previo y perceptivo*, lo que conllevaba a que estas entidades intervinieran en cada uno de los procesos y trámites que adelantaban las diferentes entidades del Estado, con el propósito de determinar si esas actividades estaban acordes con las requerimientos fiscales y legales vigentes, especialmente en materia presupuestal y de contratación.

Con posterioridad a la expedición de nuestra Carta Política vigente, la Ley 42 de 1993, en su artículo 4° inciso 2°, prescribió, que el control fiscal como función

pública, se debía ejercer en forma *posterior y selectiva*⁴⁶ por la Contraloría General de la República, las Contralorías departamentales y municipales, las auditorías fiscales de las empresas públicas municipales, de acuerdo a los sistemas, principios y procedimientos establecidos en esta ley. El control Fiscal puede ser ejercido directamente por los contralores o delegando esta atribución en las dependencias que, de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad, existan, se creen o se modifiquen, para tal efecto como dice el artículo 64 de la Ley 610 de 2000. Ahora bien, en relación con la determinación de lo previo, lo posterior o *ex-post*, se han generado algunas dificultades en la práctica, sobre todo en aquellas áreas de la gestión fiscal en donde se hace difícil deslindar el proceso de la planeación y de proyección de decisiones, de la gestión propiamente dicha. En este sentido, se afirma: "*...el punto inicial del control posterior que realizará la Contraloría en esta nueva etapa, comienza en el momento mismo en que la administración de un ente público autónomamente decide sobre la utilización de los recursos a su disposición; en este punto empieza la evaluación del cumplimiento de las metas funcionales y programáticas que la entidad se haya fijado*"⁴⁷.

En relación con estos conceptos, relativos al control posterior y la selectividad, la Ley 42 de 1993, precisó que control posterior es la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos *ejecutados* por los sujetos de control fiscal y por control selectivo, la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal.

El control fiscal posterior ya tenía antecedentes importantes en la reglamentación especial sobre la materia, con antelación a la promulgación de la Carta Política de 1991.

En efecto, como se indicó, la Ley 20 de 1975, perfilaba una nueva concepción para la evaluación fiscal de las entidades descentralizadas, y en especial de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Bajo esta visión, el artículo 3o. de la referida ley, permitía la aplicación de los sistemas de control fiscal dentro de las etapas integradas de control previo, perceptivo y posterior.

En ese sentido, la Ley 53 de 1990 señaló en su artículo 9o. (modificadorio del 309 del Código de Régimen Municipal- Decreto 1333 de 1986) que el control de la gestión

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-046-94, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Ref.: D-343, 10 de febrero de 1994. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

⁴⁷ VIVAS REYNA, Jorge. *El control fiscal posterior. El nuevo marco de la Gestión Pública, en Control y Evaluación de la Gestión Pública*. Primera edición, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 1992, pág. 312.

fiscal de los municipios se cumpliría exclusivamente en las etapas perceptiva y posterior.

En el ámbito propio de la contratación administrativa, como se denominaba en ese entonces, el Decreto 222 de 1983, en su artículo 298, circunscribió la intervención de la Contraloría al ejercicio de un control posterior, dentro del proceso de contratación, precisando esta norma que se entendía por ese tipo de control el aplicado una vez se hubiesen realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a ese control.

El Estado social de derecho es la base fundamental para analizar la responsabilidad del servidor público y del Estado mismo. Previamente enunciamos el carácter de principio jurídico regulador y garantístico de la responsabilidad fiscal para el ciudadano, ya que esta aparece, como uno de los pilares del Derecho Administrativo, concebido como una garantía sobre las posibles extralimitaciones del poder.

Paralela a esta idea, se debe adoptar también la perspectiva de la administración pública en la Constitución, para concluir que dicha responsabilidad se encuentra en el mismo centro de la concepción constitucional de la administración, como una derivación esencial de la cláusula del Estado Social de Derecho.⁴⁸ A partir de este planteamiento, entre los principios jurídicos que lo regulan,⁴⁹ encontramos los postulados de la *representatividad; de legalidad; de igualdad y el de la responsabilidad*.

Este último, aparece determinado en el artículo 6o. de la Carta, y según este los servidores públicos⁵⁰ son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la ley, o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

⁴⁸ MARTÍN REBOLLO, Luis. *Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las administraciones públicas*. En Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Primera edición, Tomo III, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 2787

⁴⁹ DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín. Op.cit. pág. 152.

⁵⁰ El artículo 123 de la Carta, precisa que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados (modalidad estatutaria) y los trabajadores del Estado (modalidad contractual-laboral) y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Además, el inciso tercero prevé la posibilidad que los particulares desempeñen funciones públicas, de conformidad con la correspondiente regulación legal. La Ley 80 de 1993, o Estatuto de la Contratación Estatal, señala en su artículo 2o., numeral 2o., literales a. y b., que para los solos efectos de esa Ley se denominan servidores públicos las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata el artículo primero de la ley, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas y los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de estas. De otro lado, es pertinente anotar que de acuerdo con el artículo 299, inciso segundo, los diputados no tienen la calidad de funcionarios públicos y según el artículo 312, inciso segundo, los concejales no tienen la calidad de empleados públicos. Es decir que si bien son considerados servidores públicos para efectos del artículo 123, no son funcionarios o empleados

*"La responsabilidad ya no está ligada a la violación de un derecho subjetivo constitucional sino a la trasgresión de cualquier norma del derecho. Se trata ahora de una garantía objetiva -protectora de derecho objetivo-".*⁵¹

Este principio tiene una relación inescindible con el principio de legalidad⁵², razón por la cual el inciso segundo del artículo 122 de la Carta Política previene que ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

El artículo 124 de la Carta, establece que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, precepto este que proviene de la Constitución de 1886, el cual configura la denominada reserva legal de la responsabilidad, es decir que sólo la ley puede trazar el ámbito normativo de dicho principio, como ya dijimos.

De igual forma, el artículo 210 del mismo Estatuto Superior, advierte que la ley determinará la responsabilidad de los presidentes, directores o gerentes, de las entidades descentralizadas.

Ya hemos advertido en otra parte, que no se puede perder de vista el catálogo de principios codificados en el capítulo segundo, del Título V de la Constitución, bajo el rótulo de la *función pública*, mediante el cual no sólo se regulan los aspectos propios del régimen laboral administrativo de los servidores públicos, sino además las directrices esenciales que encausan la conducta de dichos servidores, en el contexto de las finalidades y objetivos de la acción estatal, asumiendo al servidor público en sus dos dimensiones jurídicas: como realizador de los cometidos estatales y como sujeto laboral de derechos.⁵³

De esta manera, la aparte alusiva al carácter de *función pública* que tiene el control fiscal, incluye el *carácter responsable del servicio público* (artículos 6, 123, 124 y 125 inciso segundo), el cual implica la existencia de un régimen de responsabilidades para el servidor público.

públicos, situación explicable desde el punto de vista del régimen laboral-administrativo, ya que dichos servidores devengan honorarios por su asistencia a las sesiones.

⁵¹ CHINCHILLA, Tulio Elí. *"De la Organización del Estado. Constitución Política de Colombia"*. Comentada por la Comisión Nacional de Juristas Bogotá, 1996, pág. 86.

4.6.1. Solidaridad en la Responsabilidad Fiscal

La solidaridad en la responsabilidad civil varía según sea en la contractual o en la extracontractual. En la primera, se puede pactar la solidaridad por acuerdo o convención y, en la segunda, el artículo 2344 del Código Civil expresamente la consagra al establecer que “*Sí un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo dos excepciones de los artículos 2350 y 2355*”. Las dos excepciones aluden a los daños causados por la ruina de un edificio los cuales, según las normas citadas, la indemnización se dividirá por igual entre los propietarios del mismo o a quienes habitan la misma parte cuando la cosa que cause el daño se arroja de la parte superior del edificio.

En materia de responsabilidad fiscal no encontramos una norma que expresamente consagre la solidaridad entre los distintos sujetos que eventualmente puedan participar en la producción del daño, razón por la cual podemos sostener que tal mecanismo jurídico no es aplicable en esta clase de responsabilidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 1568 del Código Civil, la solidaridad sólo puede surgir de la convención, del testamento o de la ley, y, en caso contrario, se entiende que si hay varios obligados sólo se podrá exigir a cada uno de éstos su parte o cuota de la deuda.

En este orden de ideas, cuando en materia de responsabilidad fiscal nos encontremos frente a una pluralidad de sujetos responsables habrá que establecerse claramente cuál es el monto hasta el cual cada uno de los partícipes debe responder para exigirle la parte que le corresponde y no optar por el mecanismo de la solidaridad ésta no puede ser de creación doctrinaria, ni jurisprudencial, ya que la regla general es de que debe existir texto legal que la consagre.

4.6.2 Responsabilidad Fiscal como Estatuto Autónomo

El Parágrafo 1° del artículo 4° de la Ley 610 de 2000, es claro en indicar que “*La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad*”.

La autonomía e independencia de la responsabilidad fiscal que consagra el precepto transcrito, en nuestro concepto debe generar un principal efecto, cual es el que sólo las Contralorías tienen competencia para averiguar y establecer la responsabilidad fiscal;

⁵² Cfr, SÁCHICA, Luis Carlos. *Principios constitucionales y legales de la administración del Estado*. Primera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, pág. 11.

⁵³ CHINCHILLA, Tulio Elí. Op.cit., pág. 24.

y, en consecuencia, cuando a una autoridad jurisdiccional le llegue a su conocimiento hechos constitutivos de posible responsabilidad fiscal deberá así informarlo a la Contraloría respectiva y abstenerse de investigarlos.

La anterior tesis surge del concepto mismo del derecho fundamental al debido proceso, que entre sus elementos estructurales precisamente figuran la competencia del Juez o Tribunal, las leyes preexistentes al acto que se le imputa y la observancia plena de las formas propias de cada juicio. En rigor jurídico, el numeral 5° del artículo 268 de la Constitución Política, en armonía con el 272, radica en cabeza del Contralor la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, con lo cual se está atribuyendo una competencia excepcional que desarrolla el elemento del Juez Competente del debido proceso y que en mi sentir excluye la posibilidad de que otro Juez pueda juzgar los hechos tipificadores de la responsabilidad fiscal. En cuanto a los otros dos elementos, esto es, las leyes preexistentes al acto que se imputa y la observancia plena de las formas de cada juicio, éstos los encontramos ampliamente contemplados en la Ley 610 de 2000 y anteriormente en la Ley 42 de 1993.

Es, entonces, conforme a las normas de la Ley 610 de 2000 y a las formas propias del proceso de responsabilidad fiscal minuciosamente desarrolladas allí, a que deben ser sometidos los sujetos presuntamente responsables de los daños que con sus conductas dolosas o culposas deterioren el patrimonio del Estado.

De lo contrario, es decir, si una autoridad distinta a las Contralorías acomete la investigación de hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad fiscal, estaría incurriendo en violación del derecho fundamental del debido proceso.

Se sabe que las competencias son de orden público y tienen su fundamento en los preceptos contenidos en los artículos 121 y 122 de la Constitución, conforme a los cuales es claro que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.

Si se aplican estos postulados en armonía con el artículo 29 Constitucional, es claro que la competencia para averiguar y establecer la responsabilidad fiscal es exclusivamente de las Contralorías, tal como claramente se determinó por el Legislador en el artículo 4, parágrafo 1° de la Ley 610 de 2000, que es desarrollo de los artículos 267 y 268 de la Constitución Política.

Con esta interpretación, se elimina la posibilidad de duplicidad de actividades por distintas autoridades para investigar los mismos hechos generadores de responsabilidad fiscal y la virtualidad de decisiones contradictorias o antagónicas. Adicionalmente deja a salvo la acción civil dentro de la investigación penal, porque la Entidad afectada o la Contraloría respectiva puede optar por constituirse en parte civil o ejercer autónomamente la acción fiscal, tal como lo prevé el artículo 65 de la Ley 610 de 2000.

Otro punto que esta relacionado con la autonomía de la responsabilidad fiscal, hace referencia que en el anterior régimen constitucional se consideraba que la *responsabilidad civil era el género, y la responsabilidad fiscal, aparecía como una especie de ella.*⁵⁴

A partir del nuevo esquema constitucional sobre el control fiscal y la contraloría, dicha responsabilidad fiscal adquirió su propia *identidad jurídica, diversa de la responsabilidad civil*, aunque, *desde el punto de vista técnico*, compartan los mismos elementos.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, al punto que incluso se ha afirmado del advenimiento de una nueva disciplina jurídica: la del *Derecho Fiscal*. Ha dicho el Consejo de Estado, sobre el punto:

*“Todo ello permite deducir que la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencian de los demás tipos de responsabilidad, incluyendo la civil, de donde se desprendió para adquirir su propia personalidad...En nuestro país la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumplen el tipo de gestión pública a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su específico fundamento...Por tanto, la responsabilidad fiscal no debe ser tratada como una especie de responsabilidad civil, sino más bien como uno de los distintos tipos que emanan del género responsabilidad, cuya fuente directa es, como se dejó expresado, el artículo 6o. de la Constitución”.*⁵⁵

Es decir que la *responsabilidad fiscal* está relacionada con la administración de los recursos públicos del Estado, por parte de los servidores públicos que ejercen la gestión fiscal, o los particulares cuando administran bienes o fondos públicos.

Su fundamento constitucional se apoya en el artículo 6o. de la Carta, como ya se dijo, y en el numeral 5o. del artículo 268 del mismo texto, el cual atribuye al Contralor General de la Nación -y a las contralorías territoriales, por remisión del artículo 272, inciso 5o.-, la competencia para establecerla.

⁵⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, C.Po. Miguel González Rodríguez, sentencia de 7 de marzo de 1991. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.Po.: Javier Henao Hidrón, concepto de 3 de octubre de 1995. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca

4.6.3. Caducidad de la Acción Fiscal

La caducidad es una institución procesal que ataca el derecho de acción y su efecto es la imposibilidad de su ejercicio el espacio de tiempo establecido por el ordenamiento jurídico, por lo tanto es un modo de extinción de los derechos debido al silencio de la relación jurídica de que emanan. Dicho lapso de tiempo es aquel dentro del cual las Contralorías deben ejercitar la acción correspondiente con el fin de definir y determinar la responsabilidad fiscal derivada de las gestión fiscal. *“O sea, que cualquier actuación de ese orden que realice la administración cuando ya ha transcurrido el termino de caducidad deviene nula e ilegal”*⁵⁶.

Pues bien, la institución jurídica de la caducidad de la acción constituye una forma propia de los procesos en general. La misma se observa en relación con el concepto de plazo extintivo, es decir, con el termino prefijado para intentar la acción judicial. En relación con el control fiscal, la caducidad de la acción impide al Estado, a través del respectivo órgano de control, iniciar el proceso contra los presuntos implicados que administren fondos o bienes de la Nación.⁵⁷

En vigencia de la Ley 42 de 1993, la cual no regulada el tema de la caducidad, se pronunciaron sobre el particular el Consejo de Estado⁵⁸ como la Corte Constitucional. Esta última ha tratado el tema en dos oportunidades; la primera, en ejecución de la acción pública de constitucionalidad y, la segunda en revisión de tutela.

Respecto de esta última sentencia, de la Sala de Revisión, hay que descartar los efectos vinculantes de los comentarios sobre el tema, respecto de su efecto interpretativo, dado que la sala, de manera categórica, preciso que la tesis relevante y obligatoria era la expuesta por la misma Corte en sede de revisión constitucional.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 243 de la Carta Política, las decisiones proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y en consecuencia, no admiten ser objeto de nueva controversia judicial, ni menos aun pueden ser desobedecidas, ni modificadas a través de una sentencia de tutela.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCION B, Cpo.: Carlos A. Orjuela Góngora, Exp.: AC-7878, sentencia de agosto 5 de 1999. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T-1362/00, M.P.: Alvaro Tafur Galvis, Exp.: T-297.037, 9 de octubre de 2000. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Y SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, M.P.: Libardo Rodríguez R., Sentencia 4438, 2 de abril de 1998. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

Ahora bien, en el caso concreto, en la medida en que existe una sentencia de constitucionalidad que ha hecho tránsito a cosa juzgada, la cual es la C-046 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se indicó en la parte motiva, como *ratio decidendi*, que el término de caducidad fijado por la ley para la acción de reparación directa de dos años debe predicarse igualmente de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal, no es posible modificar la interpretación que de la norma legal hizo la Corte Constitucional a través del fallo de tutela, pues se violará el principio superior de la cosa juzgada constitucional.

Pues bien, el tema central de la sentencia C-046 de 1994 de la Corte Constitucional, giró alrededor del artículo 17 de la Ley 42 de 1993, declarado exequible por la Corte, en lo referente al levantamiento del fenecimiento⁵⁹ en cualquier época. En su parte considerativa, se hizo una síntesis de diversos artículos de la ley 42 de 1993, alusivos a los sistemas de control, como la revisión de cuentas, la expedición del finiquito y, el proceso de responsabilidad fiscal, distinguiendo plenamente una institución de otra, no obstante que el sistema de control, en este caso, el estudio especializado de las cuentas⁶⁰, normalmente puede conducir a la iniciación del juicio fiscal, pero no se confunde con éste y tienen, por tanto, entidad propia.

Como se dijo anteriormente, los considerandos de la Corte se centraron básicamente en el fenecimiento de las cuentas y su eventual levantamiento, donde se advirtió que la regulación del grado de certeza e inmutabilidad de los mismos no es propiamente materia constitucional y se libra, por lo tanto, a la discreción del legislador.

Definida la constitucionalidad del levantamiento del fenecimiento y abierta la posibilidad de un nuevo examen con su consiguiente pronunciamiento, la Corte indicó el término de caducidad de la acción fiscal es dos años, aplicando el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, y como fuente formal de derecho precisó que se contarán a partir del acto de fenecimiento.

Conforme a dicho artículo, la acción de reparación directa caduca al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho,

⁵⁹ “El fenecimiento es un acto administrativo, contra el cual, de conformidad con los principios generales del derecho administrativo, cabrían los recursos de ley, por la vía gubernativa. Aunque, en la práctica, serían escasas las situaciones en que ello ocurriera, pues un fenecimiento implica una aprobación, situación favorable que excluiría algún reclamo por parte de los responsables de rendir cuentas, por vía de los recursos.” AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Op. Cit. Pág. 210.

⁶⁰ “Se entiende por cuenta, para efectos fiscales, el informe acompañado de los documentos que sustentan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por las personas responsables del erario, la revisión puede concluir con el fenecimiento de la cuanta examinada si no se encuentran observaciones. En caso de identificarse en una cuanta fallas, inconsistencias, alcances u otras irregularidades de las que puedan derivarse responsabilidades a cargo del cuentadante, la misma deberá remitirse con todos sus soportes al órgano de control fiscal competente con el objeto de que por su conducto se adelantará el respectivo proceso de responsabilidad fiscal.” CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T-1362/00, M.P.: Alvaro Tafur Galvis, Exp.: T-297.037, 9 de octubre de 2000. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa. De donde se desprenden dos elementos íntimamente relacionados: el plazo como tal y el momento a partir del cual se debe computar.

Esto encuentra su explicación en el contexto de la misma sentencia y también en el desarrollo jurisprudencial del artículo 136 No.8 del Código Contencioso Administrativo y, en el interés jurídico tutelado.

A pesar de que la sentencia C-046 de 1994 de la Corte Constitucional, abordó el tema de la caducidad de manera precisa y puramente ilustrativa, vista la sentencia en un contexto, explica la razón por la cual del citado artículo sólo aplicó el término cuantitativo de dos años. El momento a partir del cual se computa (fenecimiento de la cuenta), se desprende de sus considerandos.

De igual manera, advierte la Corte, que de los fenecimientos cabe únicamente predicar la existencia de un derecho condicional, consistente en una condición resolutoria, es decir en la aparición de hechos nuevos, demostrativos de operaciones fraudulentas o irregulares, que por razones no imputables al control fiscal, *no pudieron ser conocidos al momento de otorgarse el respectivo finiquito*. Lo anterior, junto con el principio de moralidad, orientador de la función administrativa, y la vulneración del principio constitucional que prohíbe el enriquecimiento y la configuración de derechos que tengan como fuente ilícitos en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, constituyeron la razón fundamental para predicar la constitucionalidad del levantamiento del finiquito.

Toma en consideración que al examinar una cuenta y ordenar su fenecimiento sin observaciones, los organismos de control de la gestión fiscal se basan en sus soportes y en los elementos de conocimiento y de juicios objetivos y adecuados a la situación sujeta a su escrutinio.

Así mismo advierte que *“puede ocurrir, sin embargo, que al funcionario del erario apele a maniobras y engaños para inducir al órgano de control a error, y evitar eficazmente que éste deje de advertir un alcance que, sin mediar esta conducta, habría podido ser observado y, por lo tanto, investigado y sancionado. También puede acaecer que al disponer el fenecimiento sin observaciones de una cuenta, el fiscalizador no haya podido inferir, por falta de pruebas en ese momento, las graves irregularidades que han rodeado la operación y que por ese motivo no se glosan”*.

Considera la Corte que *“el fenecimiento se sustenta en la regularidad de las operaciones subyacentes a la cuenta respectiva, y su calificación depende de los elementos de juicio que el órgano de control tenga a su disposición, pudiendo cambiar si nuevas pruebas relevan realidades inicialmente no percibidas, en cuyo caso de la primera calificación no podría derivarse un juicio de tolerancia acerca de la actuación ilegal. La rendición de cuentas es una de las principales*

oportunidades”⁶¹ de que dispone el funcionario y la sociedad para verificar el cumplimiento de los deberes y responsabilidades asignados. Si al organismo de control fiscal se le oculta total o parcialmente la verdad sobre la regularidad y la forma de las operaciones a una cuenta no es posible atribuir al fenecimiento decretado en esas condiciones firmeza alguna. No sería moral que un funcionario de marras alegara como derecho suyo el oponerse a un nuevo examen. Tampoco la función de control fiscal - a través de la cual la sociedad entera indaga - desempeña su función pública de acuerdo con el principio de la moralidad si este alegato – en verdad poco convincente – se inhibiera de ejercer su cometido fiscalizador.

Como se aprecia, la Corte distingue el momento de la ocurrencia del hecho dañoso y la oportunidad que tienen las Contralorías, a través de los sistemas de control, donde se inscribe la rendición de cuentas, para enterarse del acaecimiento de ese hecho capaz de inferir daño al patrimonio estatal.

Por ello, no se puede olvidar que el sistema de control fiscal diseñado por el Constituyente, es una función pública y se ejerce de manera posterior y selectiva, con lo cual se coloca a las contralorías en la imposibilidad fáctica y jurídica⁶² de conocer los hechos dañosos tan pronto como ocurren.

Además, la tesis esgrimida por la Corte en pleno, guarda consonancia con la evolución jurisprudencial a cargo del Consejo de Estado en punto de la caducidad de la acción reparación directa, como se verá más adelante.

En síntesis, en el contexto de la sentencia de exequibilidad, la Corte, de una u otra forma, no pasó por alto la oportunidad del Estado, a través de los órganos de control, de conocer los hechos dañosos causados por sus servidores con habilidad jurídica de realizar actos de gestión fiscal.

4.6.3.1. Discusión jurídica sobre el momento a partir del cual debía contarse el término de caducidad en vigencia de la ley 42 de 1993

Una vez definido el alcance hermenéutico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la aplicación analógica del término de caducidad de la acción de

⁶¹ No es la única, ni la última, pues existen otros sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión y de resultados (Art. 9 Ley 42/93).

⁶² Es principio básico del derecho de que nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*). CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-400/98, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Exp.: L.A.T.-108, 10 DE agosto de 1998. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

reparación directa respecto de la fiscalía, y además determinado en el caso concreto del fenecimiento de la cuenta (como uno de los sistemas de control fiscal) el período o plazo comienza a contarse a partir de la producción de dicho acto, se debe establecer cual es el límite temporal a partir del cual debe empezar a contarse el referido término, en los demás casos diferentes al fenecimiento de las cuentas, siguiendo para ello el planteamiento sistemático de la Corte en la invocada sentencia y los lineamientos de la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa respecto de la materia, en punto de la referida acción de reparación directa.

Para tal efecto, se parte de lo indicado por la Corte, en el sentido de aplicar el término de caducidad de dos años establecido en la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya, contemplado en el Código Contencioso Administrativo, artículo 136.⁶³

Aún cuando la Corte en su examen de constitucionalidad no aplicó en su integridad la preceptiva anotada, si ello pretende de responsabilidad fiscal, es menester acudir al desarrollo y aplicación verificada en las corporaciones competentes (Consejo de Estado) para conocer de los juicios en contra del Estado y así poder materializar la jurisprudencia constitucional que – se repite- es de obligatorio acatamiento.

Puestas así las cosas, el Consejo de Estado, en punto de la caducidad de la acción de reparación se ha pronunciado en el sentido de precisar que el término de la caducidad de la acción de reparación directa se debe contar a partir del conocimiento que sobre el daño tenga la persona afectada, y no partir de su producción:

*“Si bien es cierto que cualquier persona puede demandar mediante la acción de reparación directa, cuando se le haya causado un daño con fundamento en un hecho, una omisión, operación administrativa o por la ocupación temporal o permanente de un inmueble de su propiedad por causa o con ocasión de trabajos públicos, también es cierto que la persona goza de un término legal para ejercer ese derecho subjetivo. Para esa clase de acciones, el artículo 136 del C.C.A., prevé un término de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho, de la omisión, la operación administrativa o la ocupación temporal, teniendo en cuenta para ello el conocimiento cierto del perjuicio causado”.*⁶⁴

En otra oportunidad se pronunció así el Consejo de Estado:

⁶³ Art. 136. – Modificado. Ley 446/98, Art. 44. Caducidad de las acciones.

8. la reparación directa caducara al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO. C.Po.: Juan de Dios Montes Hernández. Exp.: 9357, Auto de junio 2 de 1994. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

“La realidad indica las más diversas circunstancias en que pueden ocurrir los hechos, de los cuales o bien se desconoce su ocurrencia o por su naturaleza es preciso una valoración que indique a partir de que momento la víctima o el accionante estuvieron en la posibilidad de acceder a la justicia para reclamar sus derechos. En efecto, y a modo de ejemplo pueden citarse diversas hipótesis, tales, como la del paciente que quien, intervenido quirúrgicamente se le deja un elemento extraño dentro de su cuerpo, hecho que advierte con posterioridad, cuando le causa daño evidente y hace ostensible el hecho pretérito; la del paciente que a sabiendas porque el tratante le ha advertido que olvidó retirar y quedó dentro de su cuerpo un elemento que no ofrece peligro; la del paciente herido arma de fuego a quien el médico no le retira el proyectil por evitar un riesgo mayor para el paciente, circunstancia de la cual puede haber sido o no advertido el mismo; o la del servidor público que en ejercicio de su oficio, o un tercero que soporta un hecho que de inmediato no determina un daño evidente ni cierto pero que puede determinar la producción de un daño futuro en cuyo caso la propia víctima no tendría medios para advertirlo; o finalmente en los eventos de una asistencia médica prolongada o de un proceso de sanidad para que desde allí se compute el término de caducidad. Igualmente el caso de quien fallece luego de un proceso de deterioro progresivo, y después del trascurso de un largo período de convalecencia, o de quien habiendo padecido una lesión interna no estaba en condiciones de percatarse de su situación...”.⁶⁵

Prosigue el Consejo de Estado con otros ilustrativos ejemplos donde el bien jurídico tutelado ya no lo constituyen el derecho fundamental a la vida, sino el patrimonio de las personas, *“No es equitativo entonces y se irrogaría daño a la justicia si se aplica con extremo rigor la norma positiva que regula el instituto de la caducidad y conviene al papel del juez para que con conocimiento de causa y de cada caso concreto asegure la prevalencia del derecho sustantivo sobre aspectos adjetivos que no puedan tenerse como imperativos, sin que la actitud judicial implique por ningún motivo la derogatoria de la norma cuya finalidad es la de dar seguridad jurídica sirviendo de punto de partida para las decisiones que interpretándola, la hagan funcional y eficaz.*

... Por lo demás, es preciso advertir que el daño cuya indemnización se pretende tuvo como causa remota un hecho cierto ocurrido en un fecha determinada, pero el conocimiento por parte de la víctima y la concreción de la falla del servicio en el caso sub análisis se ubica en el momento en que se hizo la evaluación del estado físico del demandante, siendo este hecho en que lo habilita para, demandar , y no el primero ni el último que fue el del despido por incapacidad”.

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. C.Po.: Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp.: 11350, Auto de abril 30 de 1997. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

Posición que ha mantenido el Consejo de Estado en diversas oportunidades⁶⁶ e incluso reconoce que el hecho dañino por el cual se demanda en ocasiones permanece oculto en su totalidad y en otras, dada su especial naturaleza, sólo se puede detectar con posterioridad. Así por ejemplo, una es la fecha de la intervención quirúrgica y otra la fecha en la cual el damnificado se entera de la presencia de un cuerpo extraño en su cuerpo, que por causarle daño lo habilita para demandar. Distinta es la fecha en que pudo ocurrir una muerte, y otra aquella en que los damnificados tienen conocimiento cierto de la misma y por lo tanto quedan imposibilitados para formular demanda de reparación.

Todo un conjunto de circunstancias ha sido factor determinante en el tratamiento de la caducidad y por ello se ha dicho que para aplicarla a un caso concreto, se tomará como punto de partida el conocimiento que el interesado tenga del hecho que desencadena la acción, o mas exactamente de los daños cuya reparación se pretende.⁶⁷

4.6.3.2. El computo de la caducidad en la acción fiscal en el contexto de la acción de reparación directa

La tesis esbozada por el Consejo de Estado, no sólo resalta la misión de las autoridades de la República, instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida y bienes, buscando la protección eficaz al sujeto, razón y fin de la Constitución, esto es, a la persona humana, sino que adicionalmente entiza la prevalencia del interés general⁶⁸ sobre el particular (Art. 1° C.P.).

Ahora bien, si esa lectura se predica con validez en la protección de los derechos particulares, la misma glosa, con mayor razón, adquiere relevancia mayúscula cuando se trata de cuestionar el bien jurídico del patrimonio público, el cual reviste un marcado interés general, como lo anotó la Corte Constitucional, entre otras, en la ya varias veces mencionada sentencia C-046 de 1994.

“La gestión fiscal que cumplen los funcionarios del erario, comprendida en la órbita de la función administrativa, debe desarrollarse con fundamento en el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de

⁶⁶ Ente otras providencias, las contenidas en el expediente No. 14749, actor Benjamin Uribe Jaramillo, con ponencia del Doctor Ricardo Hoyos Duque, y en el proceso 12.090, actor Jesús Antonio Mosquera.

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, M.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp.: 14749, sentencia de agosto 6 de 1998. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

⁶⁸ El interés general prevalece cuando se le oponen intereses particulares subalternos por su misma naturaleza, como lo prevé el artículo 58 de la Constitución Política. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-377/94, M.P.: Jorge Arango Mejía, Exp.: D-486, 25 de agosto de 1994. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera que quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. La sociedad, a través de los órganos de control fiscal, tiene derecho legítimo a comprobar, en cualquier momento, la conducta de sus agentes. También esto tienen en su favor el derecho, de que la sociedad examine su patrimonio y sus actuaciones y, para el efecto tiene el deber y la carga de facilitar promover y exigir el más abierto examen de su conducta y de las operaciones realizadas”.

Así las cosas, - siguiendo el desarrollo del Consejo de Estado sobre la acción de reparación directa-, la interpretación correcta del momento a partir del cual se debe contar el término de caducidad de la acción fiscal, de dos años, es a partir del conocimiento que la Contraloría tenga sobre la existencia del hecho dañino, a través de cualquiera de los sistemas de control, o por efectos oficiosos o denuncia, teniendo en cuenta que enerva la caducidad de la acción en el momento en que se profiera el auto de apertura de investigación.

Si por motivos mismos del control posterior, o por el refinamiento de la corrupción, o por motivos diversos insalvables, la contraloría no tiene la oportunidad de conocer la existencia del daño contra el patrimonio público, el término de caducidad no puede comenzar a contabilizarlo, caso en el cual si opera el efecto garantístico se esta figura, pues en el evento del transcurso de los dos años sin que la Contraloría accione el proceso, estaríamos frente a una actitud institucional negligente que castigaría el ejercicio de esa facultad, en beneficio del presunto responsable.

Y en caso de la revisión de cuentas, siguiendo la interpretación constitucional tantas veces citada, el término de caducidad se debe contar a partir del fenecimiento de la respectiva cuenta, pues se entiende que la Contraloría ya tuvo la oportunidad de revisar (y potencialmente de conocer un hecho constitutivo de daño) el informe acompañado de los soportes financieros, técnicos, contables y legales de las operaciones adelantadas por los responsables del erario.

No obstante, el surgimiento de nuevos elementos de juicio no conocidos en el momento de expedir el fenecimiento permiten su levantamiento en cualquier época y por consiguiente se inician los dos años para el ejercicio de la acción, respecto de los hechos revelados por las inéditas pruebas que ponen de manifiesto los hechos dañinos. No se olvide que respecto de los fenecimientos, el legislador no previó la consolidación de derecho alguno, dada su pérdida de fuerza ejecutoriada por la aparición de hechos nuevos⁶⁹.

En consecuencia y a manera de gran conclusión, por las contralorías en general, tratándose del fenómeno jurídico de la caducidad, como requisito de procedibilidad del proceso de responsabilidad fiscal, deberán aplicar íntegramente la postura

⁶⁹ Cfr. Considerandos 15, 16 y 17 de la sentencia C-046 de 1994.

jurisprudencial trazada en la sentencia de constitucionalidad C-046 de 1994, en la forma y términos aquí definidos.

Por consiguiente, en tanto un hecho capaz de irrogar daño al patrimonio del Estado se mantenga oculto o no sea conocido por el Estado a través de los órganos de control, el término de caducidad no empieza a computar. Por el contrario, si este es advertido en el ejercicio de la función pública del control fiscal por uno o unos cualesquiera de los sistemas de control y a pesar de ello las contralorías permanecen en total inercia, por un lapso mayor a dos años conlleva a la imposibilidad jurídica de iniciar la acción fiscal por haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

No está demás advertir, que cuando existe una regla general trazada por la Corte Constitucional para definir los elementos de la caducidad en el proceso de responsabilidad fiscal, se hace necesario analizar cada caso en particular, donde se deberán precisar las fechas exactas de rendición de cuentas y fenecimiento de las mismas; sistemas de control aplicados, técnicas de selectividad utilizadas, periodos auditados; en fin, todos aquellos elementos de juicio que permitan dilucidar con claridad y objetividad la fecha en que ocurrieron los hechos dañosos y si los órganos de control tuvieron a su disposición los documentos o pruebas reveladoras de actos perjudiciales al patrimonio estatal.

De manera reciente la Corte Constitucional, mediante auto de Sala Plena del 1° de marzo de 2000, dentro del expediente T-247.007, con ponencia del Dr. Alvaro Tafur Galvis, nuevamente se pronunció sobre el tema de la caducidad de la acción fiscal al denegar la solicitud de nulidad en la Sentencia T-973 del 3 de diciembre de 1999. En esta oportunidad volvió a recalcar la aplicación del criterio jurisprudencial contenido en la sentencia C-046 de 1994; esto es, que el término de caducidad de la acción fiscal es de dos años contados a partir del fenecimiento.

4.6.3.3. Contexto Vigente

El artículo 9° de la Ley 610 de 2000 consagra el término que se debe tener en cuenta para contar la caducidad de la acción fiscal, la cual caducará transcurridos cinco años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, y siempre y cuando no se haya proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Este término se empieza a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, es decir, aquellos de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

No obstante lo anterior, en caso de haberse producido hechos punibles, el vencimiento de los términos mencionados anteriormente, no impedirá que, se pueda

obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la Contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

Finalmente la Ley 610 de 2000, aclaró la discusión sobre el tema del término para empezar a contar la caducidad de la acción de fiscal, ya que anteriormente en el derecho fiscal y más concretamente en el proceso de responsabilidad fiscal, ante la ausencia legislativa (en la Ley 42 de 1993) de un término específico dentro del cual opera el mencionado fenómeno, había sido la jurisprudencia la encargada de fijar el lapso dentro del cual las contralorías deben ejercitar la acción correspondiente a fin de determinar y definir la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal.

No obstante, la ley 610 dispone de los procesos en los que, al momento de entrar en vigencia dicha ley, se haya proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en la aludida etapa procesal, se seguirán tramitando, hasta su culminación, por el procedimiento establecido en la Ley 42 de 1993.

La sentencia mas reciente de la Corte Constitucional trata la problemática de la caducidad y se plantea si: *“¿es posible que para el momento de la reapertura de la investigación fiscal y subsiguiente vinculación del actor haya operado la caducidad de la respectiva acción fiscal? Debe precisarse, ante todo, que si los hechos hubiesen ocurrido después del 18 de agosto del presente año, la acción fiscal tendría una caducidad de 5 años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, siempre que no se hubiese proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, toda vez que la Ley 610 de 2000, en su artículo 9, así lo establece.”*⁷⁰

4.6.5. Elementos Estructurales De La Responsabilidad Fiscal

El artículo 5° de la Ley 610 de 2000 señala como presupuestos de la responsabilidad fiscal básicamente los mismos que la doctrina y la jurisprudencia han identificado universalmente como elementos de la responsabilidad subjetiva, es decir, la fundada en la culpa y que el Código Civil Colombiano consagra particularmente en el artículo 2341. Los ingredientes nuevos que se le introducen a dicho régimen de responsabilidad son los que precisamente emergen de la gestión fiscal y que, por ende, le dan una fisonomía distinta y autónoma, como veremos más adelante.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T-1362/00, M.P.: Alvaro Tafur Galvis, Exp.: T-297.037, 9 de octubre de 2000. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

Es claro que la Ley 610 de 2000 adopta la teoría clásica de la responsabilidad subjetiva en toda su extensión y claridad, pues en varios de sus artículos se alude a la conducta “*dolosa o culposa*”; así, por ejemplo, este predicado lo encontramos en los artículos 1, 5 y 6 de la citada Ley, mientras que en otros, como en el 2º, parágrafo 2, y en el 53, se exige, como mínimo, que el presunto responsable hubiere actuado con “*culpa leve*”.

Considero acertada la tendencia acogida en la citada Ley, porque ello resulta congruente con los demás estatutos que establecen responsabilidades de tipo económico a personas que manejan o administran bienes ajenos, tal como acontece con la responsabilidad de los administradores que se consagra en la Ley 200 de 1995 (Código Único Disciplinario) donde ciertamente el fundamento de la responsabilidad es la culpa. Además, me parece adecuado y proporcionado que la responsabilidad en materia fiscal se evalúe sobre el presupuesto de la culpa, porque finalmente lo que concurre a su estructuración es una serie de pasos en los que siempre está presente la conducta del ser humano tendiente a obtener un resultado y lo que se reprocha es precisamente los malos resultados de la gestión, lo cual no puede ser ajeno a los conceptos que jurídicamente entran en juego cuando se trata de establecer si una persona actuó o no con culpa, como son la diligencia, la prudencia y la pericia.

Por lo demás, la tendencia subjetivista resulta acorde con los criterios de los doctrinantes que la ven muy conveniente cuando se trata de valorar conductas humanas, tal como lo enseña el Tratadista Arturo Alessandri Rodríguez⁷¹, quien al analizar el fundamento de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, expone:

“Hay conveniencia en conservarla (La culpa) como principio general de responsabilidad, porque, a diferencia de la responsabilidad objetiva, descansa en un valor humano, cual es la conducta del agente, y para una sociedad, como la nuestra, que atribuye la debida importancia a los valores espirituales, ésta es una razón digna de considerarse. tiene además la gran virtud, como lo expresa Savatier, de mantener en el hombre la conciencia de que su deber primordial es obrar correctamente. Presta, por último, útiles servicios, sobre todo en materia de abuso de derechos, cuyo ejercicio ilícito se determina, en parte muy principal, por la intención de su titular”.

El nuevo espectro del control fiscal, y la amplitud de los elementos contenidos en la gestión fiscal, permite a su vez, una ampliación de la responsabilidad fiscal, pues ahora no sólo se concibe el detrimento que un servidor público le pueda causar al patrimonio público sobre la base simple de actos u omisiones dañinas, sino de igual forma la *afectación producida por una gestión fiscal* antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa o, en términos generales, que no se aplique al cumplimiento de los cometidos estatales, particularizados por el objeto funcional y organizacional de la respectiva entidad o programa.

⁷¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual*. Primera edición, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1981.

4.6.4. Elementos de la Responsabilidad Fiscal

El artículo 5° de la Ley 610 de 2000 expresamente señala como presupuestos de la responsabilidad fiscal una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre éste, es decir, el daño y aquella, elementos que enseguida se analizarán.

4.6.4.1. Conducta

Se refiere a la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. Este presupuesto en verdad envuelve dos elementos a saber: el primero, la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona, y, el segundo, que dicha persona realice gestión fiscal. Es decir, no es suficiente con que la persona haya cometido una conducta dolosa o culposa, sino que esa conducta tiene que estar directamente referida a dicha fiscal.

Ya dijimos, en párrafos anteriores, que el particular realiza gestión fiscal únicamente cuando maneja o administra bienes públicos que hubiere recibido de una entidad mediante título legítimo, lo cual excluye como objeto de la responsabilidad fiscal las conductas descritas para los Contratistas en los numerales 6°, 7° y 8° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación Estatal que, al desarrollar el principios de responsabilidades, señala:

“... 6° Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

“7° Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

“ 8° Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado”.

De las tres reglas que se acaban de transcribir, el común denominador es que el detrimento patrimonial que puede sufrir la Entidad como consecuencia de las conductas allí previstas no se debe al mal manejo o mala administración de bienes que la Entidad hubiere entregado al Contratista para esos fines, es decir, para que los manejara o administrara, sino que son conductas que escapan a esos dos conceptos. En efecto, las conductas contempladas en las citadas normas están referidas a

propuestas que carecen de objetividad, falta de fidelidad del contratista con la información que debe suministrar en el momento de licitar o contratar y a la falta de idoneidad del objeto contratado, lo cual nada tiene que ver con la realización de gestión fiscal alguna.

De manera que conductas como las anteriores, aunque causen daño económico a la Entidad, jurídicamente no pueden ser objeto de responsabilidad fiscal y el resarcimiento de los perjuicios tendrá que pretenderlo mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, tal como lo establece el artículo 52 de la citada Ley 80 de 1993.

Ahora bien, en cuanto a la conducta dolosa o culposa atribuible a la persona que realiza gestión fiscal habrá de tenerse en cuenta, para su correcta evaluación, las definiciones contenidas en el artículo 63 del Código Civil sobre tales figuras, debiendo destacarse que es suficiente la comisión de culpa leve para estructurar la responsabilidad fiscal, según lo previene el Parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000, que pone fin a la discusión que se había suscitado frente a la Ley 42 de 1993⁷² respecto del grado de culpa a partir del cual debía calificarse la responsabilidad fiscal.

Sobre este punto, el Consejo de Estado absolvió una consulta en la cual precisó que *"...el grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse responsabilidad fiscal, es el de culpa leve que define el artículo 63 del C.C. como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, lo que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. En efecto, los servidores públicos que tienen a su cargo no sólo la toma de decisiones que determinan la gestión fiscal sino la ejecución presupuestal a través de la ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, así como los contratistas y particulares que manejan recursos o bienes del Estado, actúan como gestores de la administración. De conformidad con el artículo 2155 del C.C. el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo..."*

"... Por otra parte, el fallo con responsabilidad fiscal que concluye con la determinación de un daño patrimonial causado al Estado y que es exigible por la jurisdicción coactiva, implica que el funcionario se constituye en deudor del Estado en la cuantía del daño. En tal caso, es responsable de la culpa leve porque la relación funcional que lo une con la administración genera un beneficio recíproco para las partes. Además, como ya se afirmó la culpa o descuido sin otra calificación, como ocurre en relación con las responsabilidad fiscal, en la que la ley guarda

⁷² La Ley 42 de 1993, no hacía referencia explícita para determinar a qué título de imputación debe responder el presunto responsable fiscal, y el grado previsto para la acción de repetición, contenida en el artículo 90 constitucional, no era aplicable para este evento. Se pensaba en la regulación que hace el artículo 77 del C.C.A., el cual precisa que los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo (el mismo grado de imputación previsto para la acción de repetición), en el ejercicio de sus funciones.

silencio sobre la gradación de la culpa, significa que se aplica el principio general de culpabilidad cual es el de que se ha incurrido en culpa o descuido leve..."

Y concluyó el Consejo que:

"En este tipo de responsabilidad el grado de culpabilidad difiere del consagrado en el artículo 90 de la Constitución en relación con el daño antijurídico causado a terceros e imputable a título de dolo o culpa grave, porque el ejercicio de la gestión fiscal implica obligaciones específicas referidas a la administración de bienes ajenos como son los del Estado, que resulta afectado con la actuación irregular del funcionario"⁷³.

A partir de los anteriores pronunciamientos en ese momento, se podía afirmar que *el grado de imputación o de culpabilidad en la responsabilidad fiscal, es hasta por culpa leve*, de conformidad con la relación existente entre el gestor público y los inescindibles principios de la función pública y administrativa, todo ello dentro del marco finalístico del Estado Social de Derecho.

Se ha de advertir que antes de la Ley 610 este era un criterio jurisprudencial que ahora la misma Ley lo despeja expresamente.

Además, por tratarse de la administración y manejo de bienes públicos, que involucran un complejo mayor de principios garantísticos, el grado de imputación debe ser hasta por culpa leve, como ocurre con la responsabilidad contractual, y no hasta culpa grave, como aparece en el Código Contencioso Administrativo, pues a nivel de esta última culpa existe gran dificultad probatoria para demostrarla, y no corresponde a la exigente virtualidad de la administración de la cosa pública.

De otro lado, debe seguirse la regla sugerida por la doctrina en el sentido que la culpa debe apreciarse en abstracto, es decir, cotejando la conducta del implicado con aquella que una persona diligente y cuidadosa desplegaría frente a circunstancias similares a las que se investigan. Sobre este particular las orientaciones de la doctrina son:

"... Siguese de aquí que la culpa debe apreciarse in abstracto, esto es, comparando la conducta del agente con la de un hombre prudente colocado en su misma situación. Pero como este tipo de hombre varía con el tiempo, el lugar, el medio social a que pertenece y la profesión u oficio que ejerce, el juez deberá tomar en cuenta todas estas circunstancias, que algunos autores denominan externas, en contraposición a las internas que dicen relación con las condiciones personales del

⁷³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.Po.: Roberto Suárez Franco, radicación No. 846, concepto de 29 de julio 1996, Consulta solicitada por Contraloría de Cundinamarca, CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

agente, como su sexo, edad, carácter, estado de ánimo, etc., y de las cuales hay que prescindir.”

“El juez deberá, pues, comparar la conducta del agente con la que habría observado un hombre prudente de idéntica profesión u oficio colocado en el mismo lugar, tiempo y demás circunstancias externas de aquél.”⁷⁴

Es importante destacar que la finalidad misma de la gestión fiscal, y en general el contexto de la Ley 610 de 2000, imponen a quienes manejan o administran bienes o fondos públicos actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con aquella que pondría un comerciante normal en el manejo de sus propios asuntos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para tales personas, so pena de incurrir en culpa leve, a partir de la cual, se reitera, se estructura la responsabilidad fiscal. Se exige, pues, a dichas personas, una conducta transparente, y una actividad que vaya más allá de la diligencia ordinaria, porque precisamente quienes asumen la gestión fiscal son profesionales que deben caracterizarse por el compromiso en el aprovechamiento de las oportunidades y condiciones técnicas del momento que permitan mayores rendimientos y eficiencia, evitando así el deterioro de los bienes o fondos objeto de manejo.

Al analizar este elemento, se debe tener en cuenta, para no incurrir en situaciones injustas, todos los actos desplegados por el presunto responsable referidos al manejo o a la administración de los bienes o fondos, y si se establece que su actuar fue lo suficientemente cuidadoso y diligente, tendrá que absolverse. Es importante, en esa valoración tener en cuenta las actas o constancias que den cuenta de la gestión y la razón y sentido de su conducta.

Finalmente, es importante señalar que al ente de control, vale decir, la Contraloría, le corresponde demostrar plenamente que el presunto responsable, obró por lo menos con culpa leve en la gestión fiscal, pues el tallo con responsabilidad fiscal, según el artículo 53 de la Ley 610, exige que ese elemento, entre otros, esté plenamente probado.

4.6.4.2. Daño patrimonial al Estado

Es regla general de la responsabilidad que para que ésta se estructure es indispensable que exista daño, *“el daño constituye un requisito de la obligación de indemnizar”⁷⁵*, y

⁷⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual*. Primera edición, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1981.

⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 28 de abril de 1967, radicación No.413-414, C.Po.: C. Portocarrero, ACE, T. LXXII, Pág. 27. En: HENAO, Juan Carlos. *El Daño*. Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 38.

por lo tanto al no demostrarse “*como elemento de la responsabilidad estatal, no permite que ésta se estructure*”⁷⁶.

El daño ha sido definido por el tratadista colombiano Javier Tamayo Jaramillo lo define como: “*Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima*”.⁷⁷

Según el Tratadista Chileno Arturo Alessandri Rodriguez, daño es “*todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas a beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes; la ley no las considera*”.⁷⁸

La idea de menoscabo es esencial en el concepto de daño material, ya que para que éste exista no basta la mera alteración de los elementos del patrimonio y puede producirse o manifestarse en dos formas típicas: como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio - daño emergente o positivo⁷⁹, o bien como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto - lucro cesante⁸⁰. La indemnización debe, en principio, comprender ambos aspectos del daño – (Art. 1069 C.C.), salvo los casos en que la ley ha dispuesto expresamente otra cosa.

Ahora bien, Para los efectos de la responsabilidad fiscal el artículo 6° de la Ley 610 de 2000 ha definido el daño patrimonial en los siguientes términos:

“para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión el patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos público, 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,

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 16 de diciembre de 1994, Exp.:8894, C.Po.: Betancur Jaramillo, actor: John Jairo Iral Velez. En: HENAO, Juan Carlos. Op. Cit. pág. 38.

⁷⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op.Cit. pág. 5.

⁷⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Op. Cit. pág. 137.

⁷⁹ Daño Emergente es el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfecta o tardíamente (Art. 1614 C.C.)

⁸⁰ Lucro Cesante es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfecta o tardíamente (ibídem).

particularizados por el objetivo funcional y organizacional programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías”.

Al anterior concepto, el inciso 2º del artículo en cita agrega que el daño patrimonial al Estado *”... podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privada, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”.* Cuando la norma apunta, en la última parte, a señalar que el daño se podrá ocasionar indirectamente, es decir, cuando alguien contribuye al detrimento del patrimonio público, entendemos que está consagrando una forma de coparticipación en la producción del daño, vía a través de la cual servirá para involucrar a un particular como responsable del daño fiscal, sin ser aquél realizador de gestión fiscal alguna.

En consecuencia, me parece que se está involucrando un concepto extraño al que corresponde al objeto de la responsabilidad fiscal, lo cual rebasa o desborda los límites fijados por los artículos 267 y 268-5 de la Constitución Política y propicia, de otro lado, la violación del artículo 29 ibídem, porque se le estaría, entonces, atribuyendo a las Contralorías, una competencia que no surge explícitamente de las citadas normas constitucionales.

De otro lado, el artículo 70 de la Ley 610 contempla dos hipótesis que pueden generar pérdida o deterioro de los bienes fiscales. La primera consiste en la pérdida, daño o deterioro, por causas distintas al desgaste natural que sufren los bienes en servicio o inservibles no dados de baja, caso en el cual únicamente surgirá responsabilidad fiscal *“... cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsable”.* Es decir, que aquí se está consagrando el daño predicable para unos bienes inservibles no dados de baja.

La segunda hipótesis contempla el daño por actos distintos de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables, caso en el cual la norma establece que el resarcimiento de los perjuicios procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios o penales, es decir, que en tales casos el daño no puede tomarse como fiscal y, por ende, el conocimiento para averiguar y determinar su efectiva realización escapa a la competencia de las Contralorías.

Me parece que esta última distinción de la norma es totalmente innecesaria, si tenemos de presente que la responsabilidad fiscal surge directamente del ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables y nunca por vía indirecta.

Finalmente debe advertirse que para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad civil; por tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial,

anormal, cuantificable con arreglo a su real magnitud y estar demostrado⁸¹, es decir, que el daño tiene que ser cierto y poderse cuantificar, porque bien puede suceder en la práctica que a pesar del incumplimiento de determinadas normas legales, la conducta del servidor público o del particular redunde en buenos u óptimos resultados para la Entidad, debido a su buena y eficaz gestión como administrador y, por consiguiente, no se le cause daño alguno.

El Consejo de Estado en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre el tema de la siguiente manera: *“El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de señalar que el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto”*⁸² esto es, *“no un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio”*⁸³

Al anterior planteamiento apunta la siguiente doctrina de la Corte Constitucional:

*“... Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio”*⁸⁴.

En conclusión, consideramos que si la Administración obtuvo beneficios, a pesar de la gestión irregular desde el punto de vista formal, no se podrá predicar la existencia de daño cierto y cuantificable y por ende no habrá responsabilidad fiscal.

4.6.4.3. Nexo causal entre el daño y la conducta dolosa o culposa atribuible a la persona que realiza la gestión fiscal

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T-1362/00, M.P.: Alvaro Tafur Galvis, Exp.: T-297.037, 9 de octubre de 2000. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

⁸² CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, C.Po: Uribe Acosta, Exp.: 8998, sentencia de 2 de junio de 1994. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

⁸³ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, C.Po: De Greiff Restrepo, Exp.: 4333, sentencia de 19 de octubre de 1994. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T-1362/00, M.P.: Alvaro Tafur Galvis, Exp.: T-297.037, 9 de octubre de 2000. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

Esta relación de causalidad, o imputación en los términos del administrativista Juan Carlos Henao, “*implica que entre la conducta (del gestor fiscal) y el daño debe existir una relación determinante y condicionante de causa efecto*”⁸⁵, la cual se rompe cuando opera la llamada causa extraña, que abarca la fuerza mayor y el caso fortuito⁸⁶, es decir los imprevistos a que no es posible resistir.

La Nueva Ley 610 de 2000 en torno a este tercer elemento aplica la teoría dogmática, al consagrar como tercer elemento el nexo causal entre el daño patrimonial al Estado y la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, lo cual excluye, en mi criterio, la aplicación de corrientes modernas que abogan porque se abandone aquella tesis para dar cabida a la de la *imputación objetiva*, conforme a la cual se asume como criterio rector para la imputación, no ya el nexo causal, sino la puesta en peligro del bien jurídico.

La doctrina es uniforme en señalar que hay relación de causalidad cuando el hecho o la omisión, doloso o culposo, es la causa directa y necesaria del daño: cuando sin aquél éste no se habría producido.

Todos los doctrinantes, al igual que la jurisprudencia, están de acuerdo en que este requisito parece a primera vista de insuperable claridad y sencillez, pero cuando se va al fondo de la cuestión se advierte una enorme dificultad para precisar lo que debe entenderse por causa de un daño. ¿Cuándo debe considerarse que la acción u omisión de una persona ha causado realmente un perjuicio?, ¿Con qué criterio se puede determinar esta circunstancia, necesaria para que el perjuicio le pueda ser imputado jurídicamente a su autor? La respuesta a estas preguntas constituye uno de los problemas más debatidos en derecho.

A pesar de las dificultades ciertamente posiblemente existentes para establecer con certeza, en un momento dado, la causa que genera un daño determinado, lo cierto es que de tiempo atrás se ha venido imponiendo la teoría de la causa adecuada superando a otras que en su época tuvieron importantes defensores, tales como la teoría de la equivalencia de condiciones, teoría de la causa próxima y teoría de la causa eficiente. No es el objeto central del presente trabajo analizar cada una de estas teorías y, por ello, con la doctrina más autorizada aludiremos, en términos muy generales, a la teoría de la causa adecuada que, como se dijo antes, es la que tiene vigencia en la actualidad.

⁸⁵ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Op. Cit., pág. 234.

⁸⁶ Aunque se suele hablar del hecho de un tercero y de la culpa de la víctima como especies adicionales de la causa extraña, no encuentro posible aceptar la última de ellas como excluyente del vínculo causal en el caso de la responsabilidad fiscal, porque el papel del Estado como titular del erario es totalmente pasivo frente al gestor fiscal, que se desempeña como su agente, lo cual impide predicar cualquier culpa en su contra; y el hecho de un tercero es, para efectos prácticos, una variante más del caso fortuito.

ALFREDO ORGAZ, en su Libro titulado “*El Daño Resarcible*”⁸⁷, describe la teoría de la causa adecuada en los siguientes términos:

"La teoría actualmente dominante, tanto en materia penal como civil, en la generalidad de los países, es la llamada de la causa adecuada - o, mejor aún, de la condición adecuada- y fue expuesta por primera vez por el fisiólogo v. KRIES, en 1888. A diferencia de la teoría de la equivalencia de condiciones que se toma siempre como punto de referencia para fundar toda nueva concepción-, postula que no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes: lo son, es cierto, en concreto, es decir considerando el caso particular tal como ha sucedido, pero no en general o en abstracto, que es como debe plantearse el problema".

"Desde este punto de vista abstracto, cabe distinguir entre la “causa” y la mera “condición”, aquella es únicamente la condición que "según el curso natural y ordinario de las cosas como dice el Art. 901 del Código Civil era idónea para producir el resultado, debía normal o regularmente producirlo; condiciones, simplemente, son los demás antecedentes o factores de ese resultado".

“Para establecer, por tanto, la causa de un daño es preciso hacer un juicio de probabilidad. La pregunta a contestar es la siguiente: La acción u omisión del presunto responsable, ¿era por sí misma capaz de ocasionar normalmente este daño? Si se responde afirmativamente, de acuerdo con la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era “adecuada” para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente; si se contesta que no, falta la conexión causa ¿aunque considerando el caso en concreto tenga que reconocerse que esa conducta fue también condición Sine qua non del daño: pero éste se considera solamente casual o fortuito”⁸⁸.

El ejercicio que siempre habrá de hacerse en materia de responsabilidad fiscal para establecer el nexo causal deberá necesariamente estar referido a si el daño tiene como causa la realización de una gestión fiscal, porque si la causa es otra, v.gr., el incumplimiento contractual, se rompe el nexo causal y no se estructura responsabilidad fiscal.

4.6.4.4. Competencia para determinar los perjuicios

El Consejo de Estado ha señalado que la Contraloría al establecer la responsabilidad fiscal, debe tener en cuenta el valor de los bienes, dineros y especies que no se han

⁸⁷ ORGAZ, Alfredo. *El Daño Resarcible*. Segunda edición, Buenos Aires: Bibliografic Omeba, Pereira, 1960.

⁸⁸ ORGAZ, Alfredo. *El Daño Resarcible*. Segunda edición, Buenos Aires: Bibliografic Omeba, Pereira, 1960.

administrado de acuerdo con la ley, "pero sin que pueda determinar 'los perjuicios'- entendidos por tales la ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionen por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo- que pueda sufrir la Nación o el establecimiento público...En otras palabras; a la Contraloría General le corresponde determinar la responsabilidad civil o patrimonial de carácter fiscal, sin tener en cuenta los eventuales 'perjuicios'; a los jueces administrativos la responsabilidad civil o patrimonial por los perjuicios que sufran la Nación, los establecimientos públicos, los contratistas o los terceros interesados en un proceso de contratación administrativa, por la celebración de contratos en donde se contraigan obligaciones en nombre de aquellos entes, con violación de la ley, o por autorizar o expedir gastos con quebrantamiento del ordenamiento jurídico".⁸⁹

Este criterio fue reiterado por la misma Corporación, en forma posterior, afirmando: "La Sala considera que la jurisprudencia de la Sección Primera de esta corporación, en lo relacionado con la determinación de eventuales "perjuicios", conserva validez porque se fundamenta en las referidas normas sobre responsabilidad fiscal, que no han perdido vigencia, en las competencias de la jurisdicción de los contencioso administrativo y por que no pugna con los criterios sobre control fiscal establecidos en la Constitución de 1991 y en la ley 42 de 1993".⁹⁰

Las normas a que se refiere la Sala, son las relativas al Estatuto Orgánico de Presupuesto (leyes 38 y 179 de 1989 y 1994, respectivamente), según las cuales:

"Además de la responsabilidad penal a que haya lugar, serán fiscalmente responsables:

"a. Los ordenadores de gasto y cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la ley o que expidan giros para pagos de las mismas;

"b. Los funcionarios de los órganos que contabilicen obligaciones contraídas contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las mismas;

"c. El ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de las obligaciones contraídas contra expresa prohibición legal;

⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, sentencia de 7 de marzo de 1991, Exp.: No. 820, C.Po. Miguel González Rodríguez. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, concepto de 3 de octubre de 1995, radicación No. 732, C.Po.: Javier Henao Hidrón. Concepto solicitado por la Contraloría de Cundinamarca. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

"d. Los pagadores y el auditor fiscal que efectúen y autoricen pagos, cuando con ellos se violen los preceptos consagrados en el presente Estatuto y en las demás que regulen la materia.

...los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales".⁹¹

Ahora bien, respecto de la liquidación de perjuicios, la ley 42 de 1993 no hizo consideraciones especiales al respecto. Sin embargo, la Resolución Orgánica No.03466 de 1994, de la Contraloría General de la República, precisó en su artículo 44⁹², que en el fallo de responsabilidad fiscal, al calcular el monto de las responsabilidades, se debe determinar el daño emergente causado.

Sin embargo, la Ley 610 de 2000, aclara el tema, pues afirma que al determinar el daño emergente, se debe incluir la actualización al valor presente al momento de la decisión, conforme a los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los periodos pertinentes, de acuerdo con el artículo 53 inciso segundo. Con lo anterior la Ley 610 de 2000, soluciona la polémica sobre a determinación de los perjuicios, previendo que los mismos se liquiden dentro del concepto del daño, por tratarse precisamente de un daño integral.

⁹¹ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Op.Cit. pág. 245.

⁹² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Resolución Orgánica No.03466 de 1994, artículo 44.

II. CAPÍTULO II

A. Aspectos Generales del Proceso de Responsabilidad Fiscal

1. Antecedentes Legislativos de la Ley 610 de 2000

1.1. Proyecto Inicial

El 12 de agosto de 1998, el HONORABLE representante Germán Navas Talero, radicó en la Secretaría General de la Cámara de Representantes, el proyecto de Ley No. C- 025 de 1998, sobre trámite de responsabilidad fiscal, y en la exposición de motivos señaló, la necesidad de modificar el régimen actual sobre la determinación de tal responsabilidad *“con el fin de precisar su alcance y las reglas de procedimiento aplicables para llegar a su declaración”*.⁹³

En términos generales, el autor del proyecto justificaba su adopción ante la deficiente regulación de la Ley 42 de 1993 y con aras de establecer unas reglas de juego claras tanto para los gestores del erario como para las contralorías.

El doctor Navas Talero destacaba los aspectos mas importantes del proyecto inicial: *“la precisión legal de las naciones de responsabilidad fiscal y proceso de responsabilidad fiscal, la determinación del monto de la responsabilidad, las reglas sobre caducidad y prescripción de la acción fiscal, el establecimiento de términos en el trámite de todas las fases del proceso, la regulación de las medidas cautelares y la incorporación de las garantías a los implicados en correspondencia con el tratamiento jurisprudencial sobre la materia.”*⁹⁴

⁹³ NAVAS TALERO, Carlos Germán. Exposición de motivos al proyecto de ley “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”, Gaceta del Congreso No. 155 de 1998.

⁹⁴ NAVAS TALERO, Carlos Germán. Exposición de motivos al proyecto de ley “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”, Gaceta del Congreso No. 155 de 1998.

1.2. Trámite en la Cámara de Representantes

El 12 de agosto de 1998, el proyecto pasó al despacho del Presidente de la Cámara de Representantes, quien, en consideración al asunto, lo repartió a la Comisión Primera Constitucional Permanente y simultáneamente ordenó su envío a la Imprenta Nacional para su publicación, en la Gaceta del Congreso No. 155 de 1998.

El 25 de septiembre de 1998, la Presidencia designa como PONENTES a los HONORABLES Representantes: Germán Navas Talero, Nancy Patricia Gutiérrez C. y Maria Isabel Rueda , y fija un término de diez días para rendir el respectivo informe.

1.2.1. Ponencia para el Primer Debate

El 6 de noviembre de 1998 se recibe en la Secretaría General de la Comisión Primera, la ponencia del primer debate y el pliego de modificaciones del proyecto de Ley No. 025 de 1998, esta dependencia ordena su envío a la Secretaría General de la Cámara de Representantes para su respectiva publicación, la cual se realiza en la Gaceta No. 257 de 1998.

Los PONENTES en su informe, manifestaban su conformidad con las líneas generales del proyecto y agregan que a pesar de la remisión normativa efectuada por la Ley 42 de 1993 a los CÓDIGOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE PROCEDIMIENTO PENAL, en los casos no regulados por aquella, se hace necesario *“por la especificidad y autónomos de su contenido”*, el cual solo es posible a través de la expedición de una Ley al respecto, dado que es el Congreso *“el único órganos competente para determinar las reglas de procedimiento”* en materia de responsabilidad fiscal. Proponen, entonces, introducir algunas modificaciones de fondo al articulado inicial *“como quiera que las regulaciones de procedimiento se encuentran establecidas como un instrumento para que el derecho sustancial logre sus fines”*⁹⁵

De las modificaciones propuestas por la ponencia, cabe destacar las siguientes: incorporación expresa de los principios rectores que deben informar la actuación procesal, introducción del concepto de gestión fiscal, sobre el cual versa la responsabilidad fiscal a establecer en el proceso, determinación del objeto del proceso de responsabilidad fiscal, establecimiento de la obligación de notificar los autos de

⁹⁵ GUTIÉRREZ, Nancy Patricia, RUEDA, Maria Isabel y NAVAS TALERO. Informe de ponencia para primer debate (Cámara de Representantes) al proyecto de la ley No. 025 de 1998, Gaceta del Congreso No. 257 de 1998.

apertura de investigación y de decreto de pruebas, así como la forma de realizar la notificación, obligatoriedad de la diligencia de versión libre y espontánea del implicado, posibilidad de proseguir el proceso aún después de la muerte del implicado, jerarquización de la remisión a otras normatividades.

1.2.2. Primer Debate en la Cámara

El 11 de noviembre de 1998, la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes aprobó sin cambios el proyecto C-025 de 1998 y la Presidencia designa como PONENTES para segundo debate a los mismos representantes.

1.2.3. Ponencia para Segundo Debate

La nueva ponencia no realiza ninguna modificación al texto del Proyecto aprobado en primer debate, sino que se centra en defender su oportunidad y conveniencia. En ese sentido arguye haber oído la opinión de las Contralorías Territoriales, quienes reunidas en el X Congreso Nacional de Contralores, manifestaron su respaldo al proyecto del representante Navas Talero. También destaca la ponencia los aspectos centrales de la reforma al proceso de responsabilidad fiscal, entre los cuales sobresale: señalamiento del ámbito de aplicación del proceso de responsabilidad fiscal, que se circunscribe a una gestión fiscal indebida o inadecuada; reconocimiento del carácter administrativo y resarcitorio del proceso; y viabilidad de impugnar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión con que se concluya el proceso.

1.2.4. Segundo Debate en Cámara

El 14 de diciembre de 1998, se aprobó en segundo debate el proyecto 025 por unanimidad de los representantes presentes (127). Dicho texto fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 18 de 1999.

1.3. Trámite en el Senado

1.3.1. Ponencia para Primer Debate

En el Senado, la ponencia le correspondió a la HONORABLE senadora Viviane Morales Hoyos, cuyo informe de ponencia, junto con un pliego de modificaciones, es publicado el 4 de mayo de 1999; el 17 de agosto siguiente, en sesión de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado la misma senadora solicita archivar el proyecto, identificado como S-030 de 1999, aduciendo por la Contraloría General de la República, lo cual es aprobado.

Como el representante Navas Talero, en observancia del reglamento del Congreso (Ley 5° de 1992), apeló la decisión, fue conformada por los senadores Jesús Enrique Piñacue y José Ignacio Vives Menotti, una comisión accidental para dar trámite al recurso; la comisión observó que mientras la iniciativa del representante Navas Talero se encontraba para tercer debate, la del Contralor General de la República no había tenido el primero aun, lo que condujo a que la plenaria del Senado concediera la apelación.

1.4. Designación del Ponente

En cumplimiento de lo preceptuado en el reglamento del Congreso, el expediente del Congreso se remitió a la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Senado, y mediante comunicación de fecha de 5 de abril de 2000, fue designado ponente el HONORABLE senador Amylkar Acosta Medina, y el 31 de mayo de 2000 fue aprobado en su totalidad el texto con las modificaciones propuestas en la ponencia, que recogían parte del proyecto de la Contraloría General de la República y la de los contralores departamentales, distritales y municipales, por lo cual bien puede decirse que desde un primer momento se quiso escuchar a quienes experimentan a diario las vicisitudes del proceso de responsabilidad fiscal, para obtener una depurada regulación legal del mismo, propósito que en buena parte se logro.

1.5. Pliego de Modificaciones

Siguiendo las nuevas pautas que orientan la técnica legislativa y retomando la propuesta de la Senadora Viviane Morales, propone, en primer lugar, dividir el proyecto por títulos y capítulos de acuerdo con la unidad temática tratada, a fin de dotarlo de una estructura orgánica propia.

En ese orden de ideas, el proyecto tuvo el siguiente índice:

TÍTULO I. Aspectos generales

TÍTULO II. Actuación Procesal

CAPÍTULO 1º. Pruebas

CAPÍTULO 2º. Impedimentos y Recusaciones

CAPÍTULO 3º. Nulidades

CAPÍTULO 4º. Trámite del Proceso

TÍTULO III. Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Fiscal

TÍTULO IV. Disposiciones Finales

En segundo lugar se propuso titular la totalidad de los artículos, para facilitar la consulta a los operadores jurídicos, en especial a los funcionarios de las Contralorías, quienes son, en últimas, los llamados a aplicar sus preceptos.

2. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Fiscal

Antes de tratar el tema de la naturaleza jurídica del proceso es necesario tener claridad sobre la definición del mismo, la sentencia SU-620 de 1995, lo ha definido como: *“el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregulares de los dineros o bienes públicos. De este modo, el proceso de responsabilidad fiscal conduce 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 deriven por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario, por su conducta dolosa o culposa”*.⁹⁶

El fundamento constitucional de la responsabilidad fiscal aparece, en primer lugar inmerso en el marco general del artículo 6° Constitucional y en forma específica en el numeral 5o. del artículo 267 del mismo Código Superior que prescribe como atribución del Contralor *la de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal*. Este precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 124 de la misma Carta Política, según la cual la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la forma de establecerla. (Reserva Legal)

Por ello la Constitución termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo y además dispone que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes de su propia organización (Art. 267, inciso 4° C.P.). La única función propiamente de actuación administrativa que ejercen los contralores es la relativa a la organización interna de la entidad, como puede ser la ejecución del presupuesto y el nombramiento de funcionarios, por lo cual, al desarrollar la actividad de fiscalización, estos órganos de control deben evitar convertirse en coadministradores.

Esta autonomía funcional y orgánica de las Contralorías además de tener como finalidad fortalecer el control fiscal, también hace frente a las disfuncionalidades que dicho control puede generar, por lo cual la Carta pretende evitar que la actividad de control se traduzca en una coadministración, y quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión). Así, a pesar que la función de control es autónoma e independiente puede ser complementaria con la naturaleza administrativa.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, SENTENCIA UNIFICADA, Sentencia SU-620-96, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, Exp.: T-84714, 13 de noviembre de 1996. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

Las funciones de control y de administración son dos actividades diversas, la Constitución quiso distinguir esas funciones y las atribuyó a órganos distintos (Art. 113, 115 y 119 C.P.). La Carta restringió entonces las Contralorías a la actividad específica de control, por lo cual limitó de manera expresa su acción administrativa exclusivamente a aquellos actos que se relacionan con su organización interna. Por consiguiente, la definición de un acto de control de una entidad como “*administrativo*” en manera alguna convierte la actuación de esa entidad en una actividad de “*administración*”, esto es, de ejecución administrativa o de desarrollo de una función administrativa.

La norma constitucional se refiere a la administración activa, esto es al desarrollo de labores de ejecución; la función administrativa activa es aquella por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual se suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa. Ésta función administrativa activa es esencial y propia de la rama ejecutiva, pero no es exclusiva de ella, pues en los otros órganos del Estado también es necesario que los servidores públicos adelanten actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines⁹⁷.

Por consiguiente, es claro que, en los términos de la Constitución, las Contralorías, en relación con los órganos que vigilan, no ejercen una función propiamente administrativa, pues no ordenan ni ejecutan gasto, sino que desarrollan un control posterior de la gestión administrativa activa. Igualmente es evidente que la Carta quiso distinguir entre las actividades de control - como el control fiscal y el disciplinario - y la función administrativa propiamente dicha, esto es, la ejecución administrativa, radicada primariamente en el Ejecutivo y subsidiariamente en los otros órganos de Estado.

Dado el carácter de *actuación Administrativa*⁹⁸, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han partido de dicho presupuesto, remitiéndose a suplir los vacíos (por expreso querer de la Ley 42 de 1993, ya derogada en relación a esta materia) al CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, dada la “*afinidad y naturaleza de la materia*”⁹⁹

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia G-189-98, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Exp.: D-1859, 6 de mayo de 1998. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

⁹⁸ Por esta razón se hace innecesario aludir a términos como: acción, litigio, etc.

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia G-046-94, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Ref.: D-343, 10 de febrero de 1994. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

De este modo, queda claro que dichos actos son administrativos, por esta razón, se propone la discusión jurídica sobre la viabilidad de ser revisados estos actos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La Contraloría, si bien es un órgano autónomo, no es autárquico y se encuentra sometido a controles y, en especial, al principio de legalidad. Por ende, es claro que la regulación del proceso de responsabilidad fiscal corresponde al legislador, conforme a los Arts. 6, 29, 121, 124, 150-23 de la Constitución, por lo cual en principio nada se puede objetar a que el Congreso regule la naturaleza de estos procesos y les atribuya carácter administrativo.

Por todo lo anterior, la eventual revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo no puede ser entendida como un desconocimiento de la autonomía de ese órgano de control, sino como una consecuencia del principio de que en un *Estado de derecho* no puede haber acto estatal sin control. Es más, la estructura misma de la Contraloría, esto es, su organización jerárquica y administrativa, es congruente con la necesidad de que sus actuaciones puedan ser impugnadas ante un órgano que reúna las calidades propias de los funcionarios judiciales, como la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La ley Colombiana ha atribuido a la supervigilancia adelantada por la Procuraduría contra los funcionarios de la rama ejecutiva una naturaleza administrativa, por lo cual sus actos son impugnables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, ese hecho no implica que se confunda la función disciplinaria de la Procuraduría con las labores de ejecución administrativa desarrolladas por los miembros del Ejecutivo. En ese mismo orden de ideas, la atribución de carácter administrativo a una tarea de control de la Contraloría no convierte a esa entidad en un órgano de administración activa, puesto que tal definición tiene como único efecto permitir la impugnación de esa actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En general, todo ejercicio de una función administrativa, en el sentido de ejecución administrativa, se hace por medio de actos administrativos, por el contrario no todos los actos administrativos son expresión de una función administrativa, ya que pueden desarrollar otras funciones del Estado, como las funciones de control o de organización electoral. Por ende, no es incompatible con la autonomía de las funciones de control que sus actos sean calificados por la ley como *administrativos*, pues ello no confiere naturaleza administrativa a la actuación del órgano sino que simplemente señala que, debido a la ausencia de los requisitos de imparcialidad, independencia e inamovilidad de los funcionarios que los emiten, estos actos no son definitivos, pues pueden ser revisados por los jueces en cuestión. Por el contrario, si tales funcionarios reúnen las calidades propias de un juez, bien puede el ordenamiento conferirle efectos definitivos, estos es, jurisdiccionales a su decisión. Es más, la propia Carta y la jurisprudencia de la Corte muestran con claridad esa diferencia en materia de control disciplinario: así, las decisiones de la Procuraduría o

de los superiores jerárquicos del investigado son administrativas, mientras que los fallos del Consejo Superior de la Judicatura son judiciales, y eso a pesar de que en todos los casos se trata del desarrollo de una función de control disciplinario.

En definitiva, la Constitución no prohíbe que se atribuya naturaleza administrativa a los actos de control de las contralorías, siempre y cuando eso no se traduzca en una coadministración por parte de esas entidades, ni en una vulneración de la autonomía misma de los órganos de control.

La jurisprudencia constitucional también se ha ocupado de este tema, desde tiempo atrás cuando afirmó en la sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996 que: *“el proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo a su naturaleza jurídica y los objetivos que persigue, presenta las siguientes características:*

Es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las Contralorías departamentales y municipales.

La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, al patrimonio estatal.”¹⁰⁰

De allí que en los aspectos no previstos en la Ley 610, se deban aplicar inicialmente las disposiciones del CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO compatibles con el proceso de responsabilidad fiscal, tal como lo afirma el artículo 66 de dicha ley, que son las que regulan el desarrollo de los procedimientos administrativos, máxime cuando el artículo 1° de dicha codificación ya había señalado que las normas de su parte primera se aplicarían a las Contralorías cuando cumplieren funciones administrativas.

Indica el artículo 2° de la Ley 610 que en el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso, como procede con respecto a cualquier actuación judicial o administrativa, y su trámite se sujetará a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución y a los del CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, a todos los cuales nos hemos referido ya.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-189-98, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Exp.: D-1859, 6 de mayo de 1998. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

Además del carácter administrativo de la responsabilidad fiscal, el proceso que nos ocupa es eminentemente *resarcitorio*, es decir de carácter *patrimonial*, pues de busca que el funcionario repare el daño causado al patrimonio público por su conducta dolosa o culposa, ya que la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales (Art. 268 ordinal 5°).

En los procesos de responsabilidad fiscal se debe advertir que antes de un pronunciamiento definitivo de responsabilidad, debe preverse que éste se haga efectivo sobre los bienes del implicado, sin que ello comporte prejuzgamiento en relación con la determinación anticipada de la responsabilidad fiscal y como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal o la reposición integral de los bienes públicos afectados.

Así la responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal, (parágrafo Art. 81, Ley 42 de 1993), sino que la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad *independiente y autónoma*, distinta de la disciplinaria o de la penal, que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, pueden concurrir simultáneamente los diferentes tipos de responsabilidades derivadas de una misma conducta, es decir, las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal¹⁰¹ o como consecuencia de una acción de repetición, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046 de 1994.¹⁰²

Esta es la razón de ser de las medidas cautelares¹⁰³ en este tipo de procesos, las cuales, no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción¹⁰⁴, porque aún

¹⁰¹ A través de la indemnización patrimonial derivada del ejercicio de la parte civil, dentro del proceso penal.

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-046-94, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Ref.: D-343, 10 de febrero de 1994. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

¹⁰³ Las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal, buscan precaver las contingencias que sobrevengan sobre los bienes del imputado mientras se adelanta la actuación respectiva. Dicha medida, por su carácter evidentemente accesorio e instrumental, sólo pretende asegurar el cumplimiento del fallo y evitar al Estado males adicionales a los que ha ocasionado el infractor fiscal. En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo. La Corte señaló entonces que los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al patrimonio público su conducta dolosa o culposa.

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-054-97, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, Exp.:D-1384, 6 de febrero de 1997. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

3. Características y Principios del Proceso

El proceso de responsabilidad fiscal se orienta por una serie de principios materiales, que connotan no sólo el marco constitucional, sino que además atraen los postulados esenciales del derecho administrativo, procesal penal y civil, dependiendo de la naturaleza específica de la actuación reglada. Además, no se debe olvidar que el control judicial sobre las actuaciones adelantadas por la Contraloría - incluyendo las del proceso de responsabilidad fiscal-, es ejercido por la jurisdicción Contenciosa Administrativa, dado precisamente que sus actuaciones tienen el carácter de administrativas. Bajo esta perspectiva, analizaremos los más relevantes, destacando su esencia jurídica reguladora.

3.1. Debido Proceso

La Constitución Política de 1991 consagró como derecho fundamental de aplicación inmediata, el debido proceso con respecto a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

“El debido proceso administrativo debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de la autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio.”¹⁰⁵

El artículo 2 de la ley 610 de 2000, enuncia que en el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el *debido proceso* para el establecimiento de las responsabilidades fiscales, de conformidad con el derecho fundamental y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

La Corte Constitucional ha destacado el contexto axiológico y los elementos de este principio, así:

"Colombia, como Estado de Derecho, se caracteriza porque todas sus competencias son regladas (Arts. 3,6 y 123 de la Constitución). Por Estado de Derecho se debe entender el sistema de principios y reglas procesales según las cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T-467/95, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Exp.: T-72.394, 18 de octubre de 1995, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

protegen y realizan los derechos del individuo. Surge entonces el derecho de defensa del individuo frente al Estado.

Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen.

La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los intervinientes o partes procesales. Es decir que cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico¹⁰⁶.

En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce, se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que a su vez dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del artículo 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: *legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*¹⁰⁷

Como principio axiomático hace relación a los procedimientos - administrativos, en este caso-, que deben cumplirse para que una actuación procesal sea formalmente válida (aspecto adjetivo), y a que el contenido que se plasme en dicha actuación "*se constituya en garantía del orden, la justicia, sin lesionar de manera indebida la*

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA TERCERA, Sentencia T-11/92, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Exp.: No. T-716, 22 de mayo de 1992. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SEXTA DE REVISIÓN, Sentencia T-525/97, M.P.: Hernando Herrera Vergara, Exp.: No. T-136.045, 16 de octubre de 1997. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

seguridad jurídica propuesta como intangible para el individuo en el Estado Liberal (aspecto sustantivo)".¹⁰⁸

La Corte Constitucional lo ha explicado así: *"La garantía del debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características. Todo ello descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible la imposición de penas o sanciones administrativas".¹⁰⁹*

Podemos precisar, que el ejercicio del derecho de defensa se puede llevar a cabo no sólo con la presencia directa en el proceso del presunto responsable, sino también a través del apoderado que para el efecto sea designado por él, o en forma oficiosa por la Contraloría, cuando no es posible la notificación personal del auto de apertura a juicio fiscal, evento en el cual, como se verá, es posible incluso el nombramiento de un miembro de los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho legalmente reconocidas, según lo admite la Ley 610 (Art. 43), o de las listas de los abogados inscritos en las listas auxiliares de la justicia del respectivo Tribunal departamental, de conformidad a la ley¹¹⁰, los cuales no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes y este servicio de desempeñará gratuitamente, como una función social.

Por tal razón se advierte que el ejercicio del derecho de defensa, como la garantía constitucional de la persona, es condición de validez del proceso, de donde se deriva su carácter continuo y unitario, dado que no puede existir un solo momento de la actuación procesal en que pueda ser restringido o negado.¹¹¹

Debe advertirse que no obstante la formulación de los anteriores principios, en el esquema del proceso de responsabilidad fiscal, no debe perderse de vista que el

¹⁰⁸ VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*. Primera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1994, pág. 252.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA TERCERA DE REVISIÓN, Sentencia T-520/92, M.P.: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO (Magistrado Sustanciador), ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, FABIO MORON DIAZ. Exp.: T-2988, 16 de septiembre de 1992. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

¹¹⁰ En el Derecho penal se distingue la denominada defensa material de la defensa técnica. MORENO CATENA, Víctor. *La Defensa En El Proceso Penal*. Primera edición, Civitas, Madrid, 1982.

¹¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, M.P.: Lisandro Martínez Zúñiga, Casación de 9 de marzo de 1990. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

carácter de esta actuación *no es judicial sino administrativo*¹¹², y en ese sentido la Contraloría asume el papel de un órgano que *objetivamente* investiga unos hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad fiscal, a través de un proceso, en el cual no aparecen los conceptos de *partes procesales*, en el sentido jurídico estricto del término, a tal punto que, como ya se advirtió, dicho proceso no tiene sentido declarativo.

Por esta razón, la potestad inmersa en este tipo de investigaciones -similar, guardadas las proporciones a la investigación disciplinaria-, permite al contralor, incluso, hacer uso de la atribución contenida en el numeral 8 del artículo 268 de la Carta Política¹¹³, de exigir, bajo su responsabilidad, *verdad sabida y buena fe guardada*, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios, sin que con ello se menoscabe el debido proceso, pues se entiende que este mecanismo busca remover los obstáculos que circunstancialmente pueda oponer un servidor investigado aprovechando esa condición activa del servicio público, para manipular u ocultar las pruebas que eventualmente lo comprometan.

Con respecto a este tema, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia 603 de 2000, la cual afirma que estos actos del Contralor tienen alcance provisional, por cuanto no se separa definitivamente a los servidores públicos involucrados, cuya presunción de inocencia -en el campo fiscal, en el disciplinario y en el penal- todavía no ha sido desvirtuada. Pero permite que, si el Contralor tiene razones poderosas para temer que la permanencia de aquellos en el desempeño de sus empleos pueda afectar las investigaciones, dificultar la tarea de fiscalización o comprometer todavía más el interés colectivo, los bienes del Estado o la moralidad pública, con la referida fuerza vinculante, que se los suspenda, no a título de sanción sino como instrumento transitorio encaminado a la efectividad del control fiscal¹¹⁴.

De la misma manera, la Ley 610 de 2000, consagra una garantía de defensa para el implicado en el artículo 42, quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba versión libre y espontánea, para lo cual

¹¹² El desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., Art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes. Corte Constitucional, Sentencia C-540/97. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹¹³ La facultad prevista en el numeral 8 del artículo 268 de la Constitución Política no es exclusiva del Contralor General de la República. Puede ser ejercida, en el ámbito de sus competencias, por los contralores seccionales y locales.

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-603/00, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Exp.: D-2682, 24 de mayo de 2000. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, aunque la falta de apoderado no constituye causal que invalide lo actuado, como sucede generalmente en los procesos administrativos. Por tal razón, si bien se debe vincular a la persona investigada, cuando aparezcan motivos probatorios fundamentales en su contra, y a fin de que conozca el curso de la misma y aporte las pruebas que puedan clarificar su situación contingente, no es irregular y no comporta violación del debido proceso (derecho de defensa), que se le escuche sin la presencia de un apoderado. De cualquier modo, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido oído en exposición espontánea, o no está representado por apoderado de oficio cuando no haya podido ser localizado o no haya comparecido a la diligencia, detalle que corrobora la necesidad de que siempre exista un vinculado al proceso.

Sin embargo, no puede dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

De esta manera, es claro que el procedimiento previsto en la Ley 620 de 2000, para el proceso de responsabilidad fiscal, garantiza plenamente el ejercicio de los principios tutelares del debido proceso y el derecho de defensa, siempre bajo el supuesto estructural de la naturaleza jurídica administrativa del mismo.

3.2. Actuación Oficiosa e Investigación Íntegra y Objetiva - Competencia

De acuerdo con el artículo 8° de la Ley que ocupa nuestra atención, el proceso de responsabilidad fiscal puede iniciarse de oficio, como resultado del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, o de la solicitud formulada en tal sentido por un sujeto de vigilancia fiscal, o de las denuncias o quejas formuladas por cualquier persona u organización ciudadana, de conformidad con las normas que rigen la materia.

En primer término, la actuación oficiosa supone que el órgano de control fiscal debe asumir el conocimiento y la investigación de cualquier situación que determine un detrimento patrimonial de los fondos o bienes del Estado, a fin de determinar las posibles responsabilidades, sin que para ello se requiera una petición expresa en tal sentido.

La competencia para adelantar el proceso, como se ha expresado, es atribución de los contralores, al tenor de los artículos 268 numeral 5° y 272 de la Constitución, establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, lo que es una de las

consecuencias del ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados sobre la Administración.

Por ello, el competente para adelantar un proceso de responsabilidad fiscal, desde su inicio hasta su conclusión, es el respectivo Contralor, sin perjuicio de que este delegue tal atribución en las dependencias que en el organismo a su cargo existan, se creen o modifiquen para dicho propósito, conforme el artículo 64 de la Ley 610.

En todo caso, los contralores están facultados para conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra los actos de los delegatarios, lo cual es un desarrollo concreto del inciso tercero del artículo 211 de la Carta, en los que tiene que ver con esta clase de actuaciones.

Creemos que el funcionario delegado para tramitar el proceso de responsabilidad fiscal, el cual se realiza en una única etapa, como se explicará más adelante, puede desarrollarlo en su totalidad, e incluso adelantar la etapa preprocesal de la indagación preliminar, sin desmedro alguno del principio del debido proceso. Lo corrobora el Contralor General de la República, Carlos Ossa Escobar, cuando arguye que: *“de esta manera se radican en cabeza de un solo funcionario las funciones antes señaladas (las propias del proceso de responsabilidad fiscal), con la observancia plena, está claro del debido proceso y el integro respeto al derecho de defensa del investigado. Cabe destacar que el proceso de responsabilidad fiscal que contiene el proyecto se orienta por la misma estructura del Proceso Disciplinario establecido en la Ley 200 de 1995, el cual también le atribuye a un solo funcionario las funciones de investigar y fallar”*.¹¹⁵

Este aspecto es consecuencia de la naturaleza procesal de la investigación fiscal, la cual, como ya se vio, no tiene ni un carácter *sancionatorio*, ni uno *declarativo* (en el sentido procesal), pues sus actuaciones se centran en la determinación *íntegra y objetiva* de una responsabilidad de contenido económico, en cabeza de un servidor público o un particular, cuando administra fondos o bienes del Estado, con el fin de obtener un resarcimiento efectivo del daño causado a dicho patrimonio público.

La *integridad*, alude a que el despliegue investigativo de la Contraloría debe cubrir todos los ámbitos y situaciones, tanto de hecho como de derecho, que sean relevantes para la determinación de la responsabilidad, o la exclusión de la misma y la *objetividad*, significa que la Contraloría no asume un papel sancionador, ni acusador, y que sus actuaciones deben circunscribirse a la determinación de una probable responsabilidad, asumiendo en forma ecuánime y ponderada las diversas actividades para alcanzar esa finalidad. De tal manera que el ejercicio de dicha función, si bien entraña la utilización de los amplios medios otorgados por la ley, tiene como límite el contexto de la relación jurídica, el cual no puede ser desbordado, pues se desvirtuaría el papel funcional del ente fiscal, y se rompería el intrínseco equilibrio procesal.

¹¹⁵ Columna “El Nuevo Proceso Fiscal”, en el Diario La República, Bogotá, 3 de julio de 2000, pág.4.

3.3. Reserva Procesal

El artículo 20 de la Ley 610, impone a los funcionarios que adelantan este tipo de investigaciones, el deber de guardar reserva. Las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservadas hasta su culminación y por lo tanto hasta que no termine el proceso de responsabilidad fiscal, ningún funcionario podrá suministrar información, ni expedir copias de piezas procesales, salvo que las solicite autoridad competente para conocer asuntos judiciales, disciplinarios o administrativos.

Los sujetos procesales tendrán derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos, con la obligación de guardar reserva sin necesidad de diligencia especial.

La Ley 190 de 1995, denominada Estatuto Anticorrupción, (Art. 33), advirtió: *"Harán parte de la reserva las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos; los fallos serán públicos"*.¹¹⁶

El incumplimiento de esta obligación constituye falta disciplinaria, la cual será sancionada por la autoridad competente con multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales.

La Corte Constitucional se pronunció sobre el alcance de la norma, y en principio señaló que la fórmula legal si bien busca evitar que las investigaciones pudiesen fracasar por inoportunas revelaciones, la misma establece una restricción desproporcionada al derecho de ejercer control político, *"pretensión e interés legítimo protegido por los derechos consagrados en los artículos 40, 20, 23, 25, 29, 73 y 74 de la C.P."*.¹¹⁷

Consideró la Corte que era comprensible mantener la reserva en las investigaciones preliminares, pues allí aún no existe certeza sobre la comisión y autoría de la falta investigada, evento en el cual la publicidad puede afectar su desarrollo *"y anticipar sin justa causa imputaciones personales..."*

... Inclusive, hasta que se reciban los descargos por parte de las personas inculpadas y se practiquen las pruebas a que haya lugar, podría fundamentarse la reserva en los aludidos principios de la eficiencia y de la presunción de inocencia".

¹¹⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 190 de 1995 o "Estatuto Anticorrupción". Diario Oficial. Año CXXXI. N. 41878.6, junio, 1995

¹¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-038/96, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp.: D-980, D-981, D-982, D-986, D-988, D-992, D-994, D-995, 5 de febrero de 1996, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

Sin embargo, consideró la Corte en C-038 de 1996, que a partir de ese momento es excesivo mantener la reserva, desde el punto de vista del derecho ciudadano al control del ejercicio del poder público, y concluyó:

"La disposición demandada ha introducido una restricción desproporcionada para el ejercicio de los mentados derechos fundamentales y será, por lo tanto, declarada exequible sólo bajo el entendido de que la reserva deberá levantarse tan pronto se practiquen las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado para su práctica. En estas condiciones, el público puede libremente ser informado sobre los cargos y los descargos y las pruebas que los sustentan y, para el efecto, acceder al respectivo expediente, inclusive antes de que se expida el fallo de primera instancia, lo cual asegura que si a raíz del escrutinio público surgen nuevos elementos de prueba éstos podrán ser aportados antes de que se adopte la decisión final".

Bajo este criterio, la Corte declaró exequible la norma, pero condicionando su aplicación al anterior criterio. Es decir, que en el proceso de responsabilidad fiscal la reserva del proceso, debe mantenerse hasta agotada la etapa probatoria del juicio -si es que la hay-, o una vez rendidos los descargos en dicha etapa. A partir de ese momento procesal, cualquier persona, en ejercicio del derecho del control al poder público, y a través del derecho de petición, puede tener acceso libremente al expediente. Además, a partir de este momento, la actuación procesal se torna pública.

3.4. Carácter de Policía Judicial

El artículo 10 de la Ley 610 de 2000, señala que los servidores de las contralorías que realicen funciones de investigación o de indagación, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, tienen el carácter de autoridad de policía judicial.

Este ejercicio de facultades especiales de policía judicial, permite que los investigadores fiscales puedan ejercer las funciones¹¹⁸ previstas en el Código DE PROCEDIMIENTO PENAL (Arts. 312 – 318), que son las siguientes:

“Adelantar oficiosamente las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra los intereses patrimoniales del Estado.

Coordinar sus actuaciones con las de la Fiscalía General de la Nación.

Solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal o para las

¹¹⁸ En ejercicio de sus funciones, los servidores de los organismos de control fiscal podrán exigir la colaboración gratuita de las autoridades de todo orden.

indagaciones o investigaciones en trámite, inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los hechos generadores de daño patrimonial al Estado, sin que al respecto les sea oponible reserva alguna.

*Denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes, sin necesidad de prestar caución”.*¹¹⁹

De acuerdo con lo anterior, se debe anotar que tanto la Fiscalía General de la Nación y como la Procuraduría General de la Nación, son los únicos órganos facultados constitucionalmente para tener funciones autónomas y permanentes de *policía judicial*, la Carta Política atribuyó a la Fiscalía la función general, prevista en el numeral 3o. del artículo 250, de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

Por tal razón, los funcionarios de las contralorías que ejerzan ese tipo de facultades especiales, deberán coordinar sus actuaciones con la Fiscalía, y aplicar para el efecto las específicas reglas contenidas en el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.¹²⁰

El numeral 8o. del artículo 268 y el artículo 271, de la Carta, las pruebas aportadas por los investigadores fiscales a los procesos penales o disciplinarios, tendrán valor probatoria (prueba trasladada), con los efectos procesales que corresponde. Ya no se hace necesario -como ocurría antes-, que los funcionarios de las contralorías actúen como peritos en los referidos procesos, o que se les llame a que se ratifiquen sobre el contenido de las pruebas trasladadas, justamente por aquel efecto jurídico promovido desde la misma Constitución.

De la misma manera, el artículo 11 de la Ley 610 de 2000 prevé la posibilidad de creación de grupos temporales e interinstitucionales para la investigación entre las Contralorías, la Procuraduría, la Fiscalía, las personerías, y otras entidades de control de la administración, con el fin de adelantar investigaciones que permitan realizar la vigilancia integral del manejo de los bienes y fondos públicos, así como de las actuaciones de los servidores públicos. Las pruebas que practiquen dichos grupos tendrán plena validez para los respectivos procesos fiscales, penales disciplinarios y administrativos.

¹¹⁹ Código Penal y de Procedimiento Penal. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá

¹²⁰ Artículo 309 y ss. Además el artículo 42 del Decreto 2699 de 1991, o Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

3.5. Unidad Procesal Y Conexidad

De conformidad con el artículo 14 de la Ley 610, el principio de unidad procesal, consiste en que por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una única actuación procesal, sin importar el número de implicados; y en caso de estar adelantando más de una actuación por el mismo asunto, se dispondrá mediante auto de trámite la agregación de las diligencias a aquellas que se encuentren más adelantadas. Los hechos conexos se investigarán y decidirán conjuntamente. Lo anterior se basa en los postulados de economía procesal y unidad de la prueba.

“La determinación de qué hechos han de tomarse por conexos, dada la especialidad de estas figura de origen procesal penal, gira el rededor del artículo 187 del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, el cual es de aplicación subsidiaria en último lugar al proceso de responsabilidad fiscal, al tenor del artículo 66 de la Ley 610 de 2000. Existe conexidad: cuando se predique de una persona la comisión de más de un ilícito fiscal con una acción u omisión, o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo y lugar, o – cuando se atribuya a una persona la comisión de varios ilícitos fiscales, cuando unos se hayan cometido con el fin de consumir u ocultar otros.”¹²¹

Este tema se relaciona con la acumulación de procesos, consagrada en el artículo 15 de la misma ley, la cual tiene lugar a partir de la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal, siempre que no se haya proferido fallo de primera o única instancia, de oficio o a solicitud del sujeto procesal, y cuando contra una misma persona se esté adelantando dos o más procesos, y se trate de una misma entidad de la Administración afectada o de hechos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente, aunque en los mismos haya otros implicados. Procede el recurso de reposición contra la decisión que niega la acumulación.

3.6. Prescripción Procesal de la Acción Fiscal

El artículo 9 de la Ley 610, consagra la prescripción de la responsabilidad fiscal, la cual prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de

¹²¹ FLÓRES RAMÍREZ, Alfredo Enrique. *El Proceso de Responsabilidad Fiscal en la Ley 610 de 2000: Trámite en el Proceso*. En: UNIVERSITAS. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, N° 100, Bogotá, diciembre 2000, pág.314.

apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El Consejo de Estado, de la misma manera, interpretó la determinación de la prescripción de la acción fiscal, en el evento de que no se cumplan los términos legales para la tramitación y culminación del respectivo proceso, cuando estaba en vigencia la Ley 42 de 1993.

Precisó, que para el efecto de la etapa de la investigación, los términos señalados en la Ley 42 (de 60 días, máximo) son preclusivos, mientras que para la etapa del juicio no se hizo una determinación expresa, evento para el cual deberá *"recurrirse a otras situaciones análogas como las que garantizan el debido proceso, o las que rigen el ejercicio de la acción fiscal o la función pública (artículos 29, 209 y 267 de la C.P.)"*.¹²²

Agrega la Corporación, que se debe tener en cuenta el precepto contenido en el artículo 38 del CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, el cual establece un término de caducidad de tres años, para que las autoridades administrativas puedan imponer sanciones.

¹²² Constitución Política de Colombia. 1991. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá.

Juicio, antes de proferirse el fallo de primera instancia y siempre y cuando aparezcan pruebas de responsabilidad fiscal. Dicha vinculación debe hacerse mediante auto motivado y de conformidad con el trámite antes visto.

Pues bien, una vez surtida la etapa probatoria, se procede a dictar el fallo definitivo, dentro de los diez días siguientes, el cual puede ser con o sin responsabilidad fiscal. Dicho fallo se notificará en los términos previstos en el CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, y contra él procederán los recursos de reposición, apelación, y queja si es del caso. Además de las acciones contencioso administrativas pertinentes.

El fallo sin responsabilidad fiscal se profiere -según la preceptiva del artículo 41 de la Resolución comentada-, cuando en el juicio se desvirtúan los cargos formulados. No obstante lo anterior, si se llegare a demostrar irregularidades fiscales -no constitutivas de responsabilidad-, se procederá a la imposición de multas, de conformidad con el régimen sancionatorio que se verá adelante. En este punto si bien no se ejerce el carácter resarcitorio del proceso -por no haber mérito para ello-, se aplica el sentido sancionatorio, bajo los supuestos normativos enunciados.

“En últimas, con las regulaciones de caducidad y prescripción de a Ley 610 se ganó en seguridad y en legitimidad: la acción fiscal no es imprescriptible, pues ninguna debería serlo, y, así mismo, el Estado cuenta con un tiempo prudencial, de diez años, en conjunto, para abrir el trámite, sustanciarlo y concluirlo, luego del cual la única razón que explicaría la indefinición de una imputación del aparato oficial.”¹²³

3.7. Terminación del Proceso de Responsabilidad Fiscal

La acción fiscal cesará en cualquier estado del proceso o de la indagación preliminar con el archivo del expediente, cuando se establezca que:

1. La acción fiscal no puede iniciarse o proseguirse por caducidad o por prescripción,
2. cuando se demuestra que el hecho no existió o no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no supone el ejercicio de una gestión fiscal,
3. cuando se acredita la existencia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o se acredita el resarcimiento total del daño investigado (Art. 17 Ley 610 de 2000).

Sin embargo, el artículo 17 de la Ley 610 admite la posibilidad de la reapertura del proceso cuando, luego de proferido el auto de archivo del expediente aparecen o se aportan nuevas pruebas que pongan de presente al daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demuestre que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o el proceso a menos que haya sobrevenido la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad.

De conformidad con lo anterior se colige que la cesación de la acción fiscal no es una providencia definitiva, que haga tránsito a cosa decidida.¹²⁴

¹²³ FLÓREZ RAMÍREZ, Alfredo Enrique. Op.Cit. pág. 323.

¹²⁴ En el derecho de los procedimientos administrativos puede hablarse de una cosa juzgada administrativa o cosa decidida “cuando en la nueva petición que un administrador haga a la autoridad exista identidad en la persona, identidad en la solicitud o petítu, y también identidad en el fundamento

Otro aspecto novedoso regulado en la Ley 610, corresponde a la creación del denominado grado de consulta, establecido en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

Para que proceda la consulta¹²⁵, la citada ley prevé la ocurrencia de una de las siguientes situaciones procesales: cuando se dicte auto de archivo; o el fallo que se profiera sea sin responsabilidad fiscal, o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal pero el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. En tales eventos el funcionario que haya proferido la decisión la enviará oficiosamente a su superior jerárquico o funcional, dentro de los tres (3) días siguientes, para su revisión; si el superior no se pronunciare dentro del mes posterior al recibo del expediente, quedará en firme la pieza objeto de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del moroso.

De otro lado, el artículo 19 de la Ley 610 de 2000 advierte que si sobreviene la muerte de un presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, se citará y emplazará a sus herederos, con quienes se seguirá el trámite y responderán hasta concurrencia de su participación en la sucesión.

jurídico o causal pretendi de lo solicitado; en otras palabras cuando la administración, con anterioridad, ya había tomado una decisión definitiva sobre el mismo aspecto o punto jurídico". GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. Derecho Procesal Administrativo. Tomo II, Octava edición, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1991, pág. 94.

A mi manera de ver, se trata de cuando la muerte del supuesto gestor responsable sucede antes que quede en firme un fallo con responsabilidad, caso en el cual el trámite continuará con sus herederos, quienes responderán según su interés en la sucesión, en clara aplicación del artículo 1302 del CÓDIGO CIVIL: “*el que hace acto de heredero, sin previo inventario solemne, sucede en todas las obligaciones transmitidas del difunto, a prorrata de su cuota hereditaria*”.¹²⁶

Pero, si los herederos aceptan con beneficio de inventario, no responderán de la obligación fiscal de su causante sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que hayan heredado (Art. 1304 C.C.).

B. Actuación Procesal en el Trámite de Responsabilidad Fiscal

1. Parte Civil

Desde 1975, la Ley 20 (artículo 18), facultaba al Contralor General y los contralores territoriales, para constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelantaban por el delito genérico de peculado.

Esta atribución originó una controversia jurídica, pues se advertía que la Contraloría debía hacer una *previa e inconveniente* calificación de los hechos, en razón a que sólo se admitía la parte civil respecto del delito genérico de *peculado*.¹²⁷

Se afirmó también¹²⁸ que dicha facultad era inconstitucional, pues las Contralorías no pueden ejercer funciones administrativas diferentes a las inherentes a su propia

¹²⁵ La consulta es un grado jurisdiccional concebido para ciertas piezas procesales de gran trascendencia que no fueron apeladas en tiempo útil.

¹²⁶ Código Civil. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá.

¹²⁷ CANCINO, CANCINO, Antonio. *El Peculado*. Primera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1983, pág. 280.

¹²⁸ Antonio José Cancino criticó en forma aguda el establecimiento de esta facultad para las Contralorías, aduciendo para ello aspectos constitucionales y procesales, y de inconveniencia: “*La parte*

organización; además, que las funciones ejercidas por el órgano de control son imperativas (*debe ejercerlas*)¹²⁹ y no facultativas (*podrá ejercerlas*).

Después la Ley 42 de 1993, afirmó que la Contraloría podrá constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos contra intereses patrimoniales del Estado y sus conexos, diversificando su alcance en el sentido facultativo de comunicar a la entidad respectiva para que haga lo propio, en caso de que la Contraloría no se constituya como parte civil.

Ahora el artículo 65 de la Ley 610 de 2000, consagra que los contralores, por sí mismos o por intermedio de sus apoderados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos que atenten contra intereses patrimoniales del Estado, tales como enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contrato celebrado sin requisitos legales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, siempre y cuando la entidad directamente afectada no cumpliera con esta obligación, según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995. si alguna entidad se quiera constituir en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados. En los casos en que la parte civil solicite el embargo de bienes como medida preventiva no debe prestar caución.

Sin embargo, se puede presentar alguna incongruencia al aplicar esta facultad, derivada del ejercicio de las facultades especiales de policía judicial por parte de las contralorías (reglamentadas por el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL – Decreto 2700 de 1987), pues en esta actuación -coordinada por la Fiscalía-, los investigadores fiscales aportarían pruebas (válidas para el proceso penal), y a su vez podrían actuar otros funcionarios de las mismas Contralorías con la calidad procesal de parte civil, lo cual nos parece, alterar el principio¹³⁰ fundamental del debido proceso extendido por la Carta a las actuaciones administrativas, y contenido además en los Tratados y Convenios internacionales sobre derechos humanos (Art. 93 C.P.), y la Ley.

Además, como se ha venido observando, la Contraloría es un órgano objetivo e imparcial en la investigación fiscal, y el proceso de responsabilidad fiscal se surte bajo el inquebrantable principio del debido proceso, como función garantizadora que genera un contrapeso a las potestades de aducción y práctica probatoria, incluso al proferir medidas cautelares.

civil es una institución que, por su naturaleza, es incompatible con la función pública administrativa que la Constitución Nacional otorga a la máxima entidad fiscalizadora, o a las demás Contralorías que existen en el país"(CANCINO M., Antonio, Op.cit. pág. 280)

¹²⁹En el sentido normativo que tiene la estructura del pensamiento prescriptivo. (GAVIRIA DÍAZ, Carlos. "Temas de Introducción al Derecho". Señal Editora, pág. 93).

¹³⁰ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Segunda edición, omo II, Editorial Temis, Bogotá, 1989, pág. 130.

Nuestro criterio es que en el proceso penal, cuando las contralorías actúen como policía judicial (durante la investigación, en el mismo plano del fiscal), sólo podrían constituirse en parte civil en el proceso penal, al momento de quedar ejecutoriada la resolución acusatoria, etapa en la cual a su vez el fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal (o *parte*), para garantizar así en forma plena los derechos fundamentales del procesado y la defensa.

2. Medidas Cautelares

En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelanta y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado. Las medidas cautelares no tienen ni pueden tener sentido o alcance de una sanción, por que aún cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo. Igualmente estas medidas son provisionales o contingentes, en la medida de que son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de una contragarantía por el sujeto afectado y, desde luego, cuando el derecho en discusión no se materializa.

Naturalmente, las medidas se mantienen mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición.

Las medidas cautelares a veces asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos, cuando ellas constituyen precisamente la finalidad o el objetivo del mismo. Pero también, y ésta es la generalidad de los casos, dichas medidas son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo, o en materia penal con el embargo y secuestro de bienes del implicado (Art. 52 C.P.P.) .

Aún en vigencia de la Ley 42 de 1993 (Art. 75), se podía decretar este tipo de trámites (embargo y secuestro), los cuales procedían durante el periodo que transcurría entre la iniciación de la investigación fiscal, la apertura del juicio fiscal y su conclusión, sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del Estado. Mientras transcurría este espacio de tiempo, durante el cual el investigado o imputado por la gestión fiscal irregular podía con miras a anular o impedir los efectos del fallo de responsabilidad fiscal variar la titularidad jurídica de

sus bienes y caer maliciosamente en estado de insolvencia. El referido fallo sería ilusorio, si no se proveyeran las medidas cautelares para garantizar sus resultados, impidiendo la desaparición o la distracción de los bienes del sujeto obligado. Adicionalmente podía solicitar el afectado, el embargo de los bienes y ofrecer como garantía una póliza de seguros por el valor del faltante.¹³¹

Los fines superiores que persigue el juicio de responsabilidad fiscal, como es el resarcimiento de los perjuicios derivados del ejercicio irregular de la gestión fiscal, con la cual se atiende a la preservación del patrimonio público, la necesidad de asegurar el principio de moralidad en la gestión pública, e igualmente la garantía de la eficacia y la eficiencia de las decisiones que adopte la administración para deducir dicha responsabilidad, justifican la constitucionalidad de las medidas cautelares que autoriza la norma.

Para decretar estas medidas, debe tenerse en cuenta como mínimo los siguientes aspectos:

Que la prueba allegada al proceso le dé la certeza al funcionario investigador que de la gestión fiscal del servidor público, contratista o particular se deriva una presunta responsabilidad por el manejo irregular de bienes o fondos del Estado.

Que el detrimento patrimonial y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que sucedieron los hechos, así lo exijan.

Que se tenga conocimiento de la ubicación de los bienes, de quien presumiblemente causó el menoscabo patrimonial (bienes muebles e inmuebles) o cuentas bancarias a través de las cuales se ha depositado los dineros sustraídos al erario público.

Que se tenga conocimiento de la ubicación de los bienes sustraídos del erario público.

En todo caso las medidas serán decretadas por el funcionario investigador, mediante auto interlocutorio y con fundamento en el procedimiento establecido para tal fin en el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Una vez decretada la medida, el funcionario investigador, teniendo en cuenta la naturaleza del bien, procederá así:

Cuando se trate de bienes inmuebles, en el mismo auto donde ordenen la medida, dispondrá la inscripción del embargo en la Oficina de Instrumentos Públicos donde esté registrado.

¹³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-054-97, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, Exp.:D-1384, 6 de febrero de 1997. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

Acorde con el procedimiento anterior, de igual manera para el caso de los bienes muebles, le entregará los mismos a uno de sus parientes o del cónyuge o en su defecto al presunto responsable en calidad de depositario provisional.(Art. 682 C.P.C.)

La Ley 610 de 2000, reguló este tema en su artículo 12, determinando que en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se pueden decretar, sobre los bienes del presunto responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para cubrir el posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Lo cual no obsta para que responda de los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe. La vigencia de estas medidas cautelares será hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.

El inciso tercero del artículo en mención alude al desembargo, en el evento de haber sido ordenada una medida cautelar y se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual se ordenará su levantamiento en la misma providencia.

También se puede solicitar el desembargo al organismo fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del presunto detrimento y aprobada por quien decretó la medida.

Si se han decretado medidas cautelares dentro del proceso de jurisdicción coactiva y presunto implicado demuestre que se ha admitido demanda y que esta se encuentra pendiente de fallo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aquellas no pueden ser levantadas hasta que no se preste garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado más los intereses moratorios.

3. Pruebas en el Proceso de Responsabilidad Fiscal

El capítulo I, del Título II, de la Ley 610 de 2000 (Art. 22 – 32), se introduce un tema que regula de manera integral y en forma similar a como está regulado en el CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO Y EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, toda la parte probatoria del proceso de responsabilidad fiscal, con el objeto de que en esta materia tan importante no haya que remitirse a otros ordenamientos. Así pues, se señalan los criterios para la recolección, aseguramiento, decreto, práctica y apreciación de las pruebas y también se señalan los funcionarios competentes para su práctica, como lo veremos en seguida.

El artículo 22, hace alusión a la necesidad de la prueba, como manifestación del debido proceso y del derecho a la defensa, pues toda providencia dictada a lo largo del trámite debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso. El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.

La petición de pruebas procede, cuando el investigado o quien haya rendido versión libre y espontánea, las crea conducentes o también puede aportarlas al proceso. La denegación total o parcial de las solicitadas o allegadas, deberá ser motivada y notificarse al peticionario, puesto que contra ellas proceden los recursos de reposición y apelación.

Hay libertad probatoria ya que el daño patrimonial y la responsabilidad del investigado pueden demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos, es decir, la declaración de parte, documentos, testimonios de terceros, dictámenes periciales, inspección judicial, indicios, y cualquier otro medio que sea útil para formar la convicción, tal y como lo señala el artículo 175 del C.P.C.

“La apreciación de las pruebas debe ser integral, es decir, en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y a la persuasión racional, lo cual presupone que el fallador, teniendo por derrotero únicamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que, según su entender, sean aplicables a un mismo caso, gozará de libertad para valorarla, cuidándose, claro esta, de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”¹³², razón por la cual se opone tanto al sistema de la tarifa legal, como al de la íntima convicción.

La comisión para la práctica de pruebas, procede siempre y cuando sea a otro funcionario idóneo y teniendo en cuenta, claro esta, los lineamientos del Código de Procedimiento Civil (Arts. 31, 32, y 181).

Las pruebas obrantes válidamente en un proceso judicial, de responsabilidad fiscal, disciplinario o administrativo, pueden trasladarse en copia o fotocopia al proceso de responsabilidad fiscal, y su apreciación será de acuerdo con las reglas preexistentes y según la naturaleza de cada medio probatorio. Si las auditorías fiscales, por medio de las contraloría hallaren nuevas pruebas, estas tendrán valor probatorio si se hubieren recaudado con el lleno de requisitos sustanciales de ley, es decir, observando los principios del debido proceso y el derecho de contradicción.

El aseguramiento de las pruebas le corresponde al funcionario de la Contraloría, que al ejercer las facultades de policía judicial, esta facultado para tomar las medidas que considere necesarias para evitar que las pruebas sean alteradas, ocultadas o destruidas. Para lograr dicho aseguramiento podrá ordenar medidas como: vigilancia

¹³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles, sentencia del 16 de noviembre de 1999. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

especial de las personas, de los muebles o inmuebles, sellamiento de éstos, retención de medios de transporte, incautación de papeles, libros, documentos o cualquier otro texto informático o magnético.

Las pruebas se consideran inexistentes, cuando son recaudadas sin el lleno de las formalidades sustanciales del caso o en afectación de los derechos fundamentales del investigado¹³³.

En cuanto a las visitas especiales que el funcionario investigador realiza, este procede a examinar y reconocer los documentos, hechos y las demás circunstancias que están relacionadas con el objeto de la diligencia y deberá simultáneamente a dicha visita, hacer un acta en la cual constará de manera pormenorizada los documentos, hechos o circunstancias examinados y las manifestaciones que bajo gravedad de juramento hagan las personas que intervienen en dicha diligencia. Igualmente puede tomar declaraciones juramentadas a las personas que intervengan en la diligencia y pedir documentos autenticados cuando lo crea conveniente.

La oportunidad para controvertir las pruebas será a partir de la exposición espontánea en indagación preliminar, o desde que es notificado del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

4. Impedimentos y Recusaciones

Con miras a obtener una recta y e imparcial administración de justicia, se han establecido ciertas y determinadas circunstancias de orden objetivo o subjetivo que impiden a funcionarios judiciales conocer de los asuntos. La institución de los impedimentos y recusaciones tiene su justificación, por que los particulares que tienen que acudir a los estrados para defender sus intereses no puede escoger sus propios jueces y por lo tanto se deben someter a los que la ley les señala.¹³⁴

La Ley 610 de 2000, crea el capítulo II, dedicado a la materia de los impedimentos y recusaciones que puedan suscitarse en el proceso de responsabilidad fiscal, con miras ha incorporar un verdadero catálogo de normas que garanticen la defensa del procesado, que por tener carácter taxativo deben estar expresamente señaladas en la ley. Las jurisprudencia ha señalado el carácter taxativo de estas normas, así: *“siendo taxativas las causales de impedimentos y recusación, por cuanto el legislador es el único autorizado para establecerlas, son de interpretación estricta y de ningún modo resultan admisibles las extensiones analógicas a situaciones no contempladas por la*

¹³³ “es nula, de pleno derecho , la prueba obtenida con violación del debido proceso.” Constitución Política de Colombia. 1991. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá, Art. 29, inciso 4º.

¹³⁴ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Cuarta edición, Señal Editora, Bogotá, 1994, pág. 306

ley.”¹³⁵ Por lo tanto, se considera necesario regular la materia expresamente, protegiendo además el principio de imparcialidad y transparencia que debe guiar a toda actuación pública.

Por tal razón se han establecido como causales, para los funcionarios que conozcan de procesos de responsabilidad fiscal las señas en los códigos Contencioso Administrativo, de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal, en la medida en que cada una de ellas este de acuerdo con el trámite de responsabilidad fiscal. Así, por ejemplo, no cabe la causal del numeral 10° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el proceso de responsabilidad fiscal es de *única etapa*, lo cual es opuesto al principio de que el funcionario investigador sea diferente del fallado.

El servidor público que conozca de un proceso fiscal e incurra en una causal de recusación, deberá declararse impedido tan pronto como conozca la existencia de la misma y, así mismo, los sujetos procesales podrán recusar al funcionario competente en el momento que lo crean conveniente.

El procedimiento en caso de impedimento o recusación, será el siguiente: quien sea impedido o recusado deberá pasar el proceso a su superior funcional o jerárquico, según el caso, indicando cual fue la causal existente, fundamentándola y aportando las pruebas pertinentes, para que esta decida de plano si acepta la existencia de la causal, y resuelva, en caso afirmativo, a quien habrá de corresponder su conocimiento o quien habrá de sustituir al funcionario impedido o recusado.

Se puede presentar el caso que dos funcionarios sean competentes para conocer de un mismo asunto y si uno de ellos se declara impedido o acepta la recusación, deberá enviar el proceso al siguiente, quien avocará el conocimiento si acepta la causal; de lo contrario, remitirá el expediente al superior jerárquico o funcional para que resuelva de plano (Ley 610 de 2000, capítulo 20, artículos 33 al 35).

5. Nulidades

Con la misma orientación con la que se introducen los capítulos anteriores a la ley en mención, es necesario complementar el catálogo de garantías para el procesado, haciendo valer el debido proceso, consignado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

¹³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T- 515/92, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Exp.: F2587, 11 de septiembre de 1992, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

El Capítulo III, de la Ley 610 (Art. 36 – 38), consagra como causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal, la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso; dicha causales son muy semejantes a las que trae el artículo 131 del Código Disciplinario Único.

El saneamiento de éstas las nulidades se presenta, cuando en cualquier etapa del proceso el funcionario advirtiere que media alguna causal de nulidad procesal, situación que lo obliga a decretar la nulidad total o parcial de lo actuado, desde el momento en que se presentó la circunstancia, y ordenar reponer la actuación que dependa del acto declarado nulo para subsanar lo afectado, sin que pierdan validez las pruebas legalmente practicadas.

Para estas actuaciones se puede dar aplicación a la norma contenida en el artículo 134 del Código Disciplinario Único, ya que por razones de eficacia y economía procesal, cuando la nulidad se refiera exclusivamente a un auto, solo podrá decretarse cuando no sea procedente la revocación directa de la providencia.

El término para proponer las nulidades por el interesado, será hasta antes de que se profiera el fallo definitivo, precisando la causal invocada y sustentándola, y contra el auto que la resuelva proceden los recursos de reposición y apelación. Para solicitar nuevamente una nulidad, debe ser por una causal diferente o por hechos posteriores, si se trata de la misma causal.

6. Trámite Del Proceso De Responsabilidad Fiscal

El capítulo IV de la ley en mención, regula en sí, el proceso de responsabilidad fiscal como tal, tanto en su etapa previa denominada indagación preliminar, hasta su culminación.

En ese sentido, esta ley al igual que la Ley 42 de 1993, posibilita en su artículo 39 el adelantamiento de una etapa preprocesal, denominada indagación preliminar, la cual se presenta cuando: no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, no se sabe si se haya causado un daño patrimonial con él, no se conoce la entidad afectada o no se ha determinado los presuntos responsables.

Se trata de una etapa preprocesal, análoga por su trámite y finalidades a la que el procedimiento penal denomina investigación previa, en la cual, en todo caso, deben respetarse todas las garantías¹³⁶, pues, “*si bien la formalización del conflicto Estado –*

¹³⁶ FLÓREZ RAMÍREZ, Alfredo Enrique. Op.Cit. pág. 325.

*sindicado se constituye formalmente a partir de la resolución de apertura de instrucción (o del auto de apertura del proceso fiscal en nuestro caso), ésta materialmente y de manera gradual se configura es la etapa previa. Justamente, las anticipación constitucional del contradictorio en esta etapa, otorgándole al imputado posibilidades de defensa en el campo probatorio, corresponde al reconocimiento que la Corte hace de la conflictualidad actual o potencia que ya comienza a manifestarse en esta temprana fase de la investigación y que exige se le brinden las necesarias garantías constitucionales”.*¹³⁷

La indagación preliminar se adelantará por un término máximo de seis meses, al cabo de los cuales sólo se abrirá el proceso o se archivarán las diligencias, aunque ya hemos puntualizado que esta decisión no supone una cosa decidida; el objeto de la indagación preliminar es verificar la competencia del órgano fiscalizador y la ocurrencia de la conducta y su afectación del erario, determinar la entidad pública afectada e identificar a quienes hayan causado el detrimento o intervenido en su producción o contribuido a ella. Aunque la norma no lo indica, opino que también es propósito de la indagación estudiar si el daño que pudo producirse ocurrió en ejercicio de una gestión fiscal, lo cual es coherente con el artículo 16 de la Ley 610.

Cuando se haya establecido la existencia de un daño patrimonial al Estrado y obren indicios serios – no necesariamente graves – sobre los posibles autores del mismo, de resultas de la indagación preliminar, o de una queja, o de un dictamen fiscal o del ejercicio de cualquier método de vigilancia o sistema de control fiscales¹³⁸, el funcionario competente dará inicio al proceso de responsabilidad fiscal¹³⁹ expidiendo el auto de apertura del mismo. Si se ha identificado a los posibles responsables, deberá notificárseles dicha providencia de trámite, contra la cual no proceden recursos, para que ejerzan los derechos de defensa y contradicción (Art. 40 Ley 610 de 2000).

En cuanto este punto, he de decir que no comparto la posibilidad de iniciar formalmente un proceso de responsabilidad fiscal sin imputado conocido, que parece desprenderse de la disposición, pues es necesario que haya un sujeto concreto vinculado pasivamente al proceso. Justamente para identificar a cabalidad al posible causante del detrimento, se ha concebido la indagación preliminar. En realidad, las

¹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C- 412-93, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Exp.: D-256, 28 de septiembre de 1993, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

¹³⁸ De ello se desprende que, al igual que en el procedimiento de lo criminal, no siempre es necesario iniciar una indagación preliminar: sólo cuando exista incertidumbre sobre la procedencia de la apertura del trámite.

¹³⁹ Es muy importante tener en cuenta el momento de iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, para ciertos efectos como la caducidad de la acción. De las sentencias C-046 de 1994 y T-973 de 1999 parecía desprenderse que este término se contaba a partir de la iniciación de la indagación preliminar, lo cual es erróneo porque este trámite no hace parte del proceso como tal.

siguientes reglas de la Ley 610 sobre el trámite permiten pensar que es imprescindible la presencia de un presunto responsable, lo que es mucho más razonable.

Según el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, el auto de apertura del proceso debe satisfacer los siguientes requisitos: - competencia del funcionario de conocimiento, - fundamentos de hecho, - fundamentos de derecho, - identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales, - determinación del daño patrimonial y estimación de su cuantía, - decreto de las pruebas que se consideren pertinentes y conducentes, - decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, que deberán practicarse antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables, - solicitud a la entidad a la cual esté o haya estado vinculado es servidor público imputado, para que se entere del proceso e informe sobre el salario que el mismo devengaba para la época de los hechos y aporte los datos sobre su identidad y dirección y – orden de notificar a los presuntos responsables.

Los trámites consagrados en los artículos 42 y 43 fueron tratados en el subcápite de debido proceso.

Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato objeto de responsabilidad fiscal, se encuentren amparados por una garantía de compañía aseguradora, se vinculará al proceso a esta en calidad de tercero civilmente responsable, que tendrá los mismos derechos y facultades del implicado principal, la vinculación se surtirá mediante comunicación de la apertura del proceso a la compañía o a su apoderado, con indicación del motivo de procedencia del trámite (Art. 44 Ley 610 de 2000).

Las diligencias de investigación se adelantarán en un término de tres meses, prorrogables mediante auto motivado hasta por dos meses más, si las circunstancias lo ameritan (Art. 45 Ley 610 de 2000); creo que cinco meses es un lapso suficiente para adelantar la instrucción, bastante más cómodo que los 60 días de que hablaba la Ley 42 de 1993, sobretodo si se añaden los seis meses de duración máxima de la indagación preliminar que pudo haber, en la cual debió ya acopiarse algunas pruebas importantes.

El artículo 46 de la Ley 610 de 2000 prescribe que vencido el término instructivo, se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal, en forma motivada.

El archivo se proferirá si se prueba que: - el hecho no existió, o – que el hecho implicado detrimento patrimonial o ejercicio de gestión fiscal, o – que ha operado una causal excluyente de responsabilidad, o que el perjuicio ha sido plenamente resarcido, o que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por caducidad o prescripción; a su vez, el auto de imputación de responsabilidad fiscal, verdadero pliego de cargos fiscales que cuestiona la responsabilidad personal del implicado, se expedirá cuando esté acreditado objetivamente el daño al patrimonio estatal y obren indicios graves, documentos, peritazgos, testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad o

cualquiera otra prueba que comprometa la responsabilidad fiscal del imputado (Art. 47 y 48, Ley 610 de 2000).

Son requisitos del auto de imputación de responsabilidad fiscal: la plena identificación de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, así como el número de la póliza y el valor asegurado, - la indicación y valoración de las pruebas practicadas y – la acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y el establecimiento de la cuantía del daño.

El auto de imputación de responsabilidad se notificará en la forma y términos previstos en el C.C.A. a los presuntos responsables o a sus apoderados, y a la compañía aseguradora si es el caso; si la providencia no se pudiere notificar personalmente a los implicados que no están representados por apoderado, luego de la notificación por edicto se les designará apoderado de oficio (Art. 49 Ley 610 de 2000).

De una manera similar a lo que ocurre con el auto de cargos disciplinarios, el auto de imputación de responsabilidad fiscal no se recurre, sino se contesta dentro de los diez días siguientes a la notificación personal o a la desfijación del edicto, presentado los argumentos de defensa y solicitando o aportando las pruebas que se pretendas hacer valer. Durante dicho término, el expediente permanecerá en secretaria (Art. 50 de la Ley 610 de 2000).

A la letra del artículo 51 de la Ley 610 de 2000, vencido el término de traslado de los cargos fiscales, el funcionario competente ordenara mediante auto la practica de las pruebas solicitadas , o decretara de oficio las que crea conducentes y pertinentes, por un termino máximo de 30 días. El auto se notificara por estado al día siguiente de su expedición, y cuando rehace pruebas procederán contra él la reposición y la apelación en efecto diferido, las cuales se interpondrán de conformidad con el C.C.A.

Vencidos el traslado y el lapso de pruebas, se proferirá dentro de los siguientes 30 días fallo de fondo, que será, según el caso, con responsabilidad fiscal o sin ella (Art. 52 Ley 610 de 2000).

El fallo se notificará en la forma y términos que preceptúa el C.C.A., y será susceptible de los recursos en él señalados; la segunda instancia se decidirá dentro de los 20 días siguientes, y el funcionario competente para desatarla podrá decretar de oficio las pruebas que considere pertinentes, las cuales se practicarán por él mismo o por comisionado en un término máximo 10 de días hábiles, libres de distancia, que se han de entender comprendidos en el término para decidir (Arts. 55 y 56, Ley 610 de 2000).

Para terminar este subcápite, puede resumirse el proceso de responsabilidad fiscal así:

- indagación preliminar,

- archivo o imputación de responsabilidad fiscal,
- traslado de las imputaciones,
- pruebas de descargos, solicitadas o de oficio,
- fallo definitivo con o sin responsabilidad,
- ejecución del fallo con responsabilidad
- inserción en el boletín de responsables fiscales.

El artículo 60 de la Ley 610 de 2000, consagra que la Contraloría General de la República publicará cada tres meses un boletín que contiene los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él, igual que en el artículo 84 de la Ley 42 de 1993.

Las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que ésta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, al igual de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. Será causal de mala conducta el incumplimiento de esta obligación.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deben abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.

7. Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Fiscal

Los artículos 58 al 61 de la Ley 610 traen algunos efectos que produce a la declaratoria de responsabilidad fiscal.

Primero, una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo, se constituye en título valor con el que se hará efectiva la obligación ante la jurisdicción coactiva de las Contralorías, contra los responsables fiscales y sus garantes (Art. 58).

Segundo, el proceso de responsabilidad fiscal, solamente se podrá demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el cual se termina el proceso, una vez se encuentra en firme (Art. 59).

Tercero, publicación en el Boletín de Responsables Fiscales (Art. 60).

Por último, la declaración de responsabilidad fiscal puede implicar la caducidad de un contrato estatal, cuando 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 (Art. 61).

III. CONCLUSIONES

1. La Responsabilidad Fiscal: Su Alcance Teórico

En el presente trabajo se ha dado un desarrollo integral -técnico y jurídico- al tema de la *responsabilidad fiscal*, materia de escasos adelantos doctrinarios y jurisprudenciales, justamente por lo novedosa de la misma, en razón a que su diseño apenas empieza a moldearse con una naturaleza y características propias a partir de la reforma constitucional de 1991, y su reglamentación escasamente se ha producido por vía de dos leyes, la 42 de 1993 derogada por la reciente Ley 610 del año próximo pasado.

De la misma manera, y dentro de un contexto constitucional orgánico que dibujó una nueva estructura del Estado, al incluir a la *Contraloría General de la República* como *Órgano de Control*, paralelo a la tradicional tridivisión de los poderes públicos, se mantuvo la competencia de atribuir a este ente de control la función para *determinar la responsabilidad fiscal* que eventualmente se derive de las conductas de los agentes –sean públicos o particulares-, que hayan causado un daño al patrimonio público, con la finalidad de producir su resarcimiento o restablecimiento.

Adicionalmente -y allí encontramos una distinción de género- esa responsabilidad es determinada por una autoridad de carácter administrativo, y no judicial, como es lo habitual en las acciones de naturaleza patrimonial,¹⁴⁰ provocando que por la naturaleza administrativa de sus actuaciones se surta un eventual control de legalidad posterior, mediante las acciones contencioso-administrativas que ejerzan los sujetos afectados por el proceso respectivo.

Hasta aquí este panorama nos permite concluir *a priori*, que el Estado, a través de las *contralorías* y la *Auditoría General de la República*, cuentan con una valiosísima herramienta para combatir el alarmante fenómeno de la corrupción, de un lado, y de otro para mejorar el desempeño de la gestión pública en términos de eficiencia y eficacia en la administración del patrimonio público, por razón del efecto simbólico que produce la circunstancial secuela de reparación con el propio patrimonio del agente dañino o ineficiente.

Sin embargo, al revisar cuales han sido los resultados alcanzados en la aplicación de este instrumento por parte de dichos órganos de control, las conclusiones, desafortunadamente, no son alentadoras, como lo veremos a continuación:

¹⁴⁰ V.gr. en la acción de repetición consagrada en el artículo 90 Constitucional.

2. La Responsabilidad Fiscal: sus resultados prácticos

En efecto, en primera instancia se ha comprobado que por deficiencias esencialmente técnicas y de gestión, las contralorías no han ejercido de manera adecuada la competencia de determinar la responsabilidad fiscal y la jurisdicción coactiva, con el fin de responsabilizar a los servidores públicos y particulares causantes de daños al patrimonio público, y consecuentemente de asegurar un resarcimiento real mediante la ejecución patrimonial, circunstancia que se adiciona por el casi inexistente ejercicio procesal para decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas investigadas, para evitar insolvencias patrimoniales artificiales y asegurar un resarcimiento efectivo de retorno al patrimonio público .

V.gr., la misma Contraloría General de la República, en el año de 1994 expidió la Resolución Orgánica No. 03466, mediante la cual de una manera equivocada reglamentó aspectos del proceso de responsabilidad fiscal sin tener competencia para ello (el tema tiene reserva legal, por vía del artículo 124 Superior), hasta que la Corte Constitucional (mediante sentencia SU-620 de 1996¹⁴¹) la inaplicó por ser violatoria de la Carta Política, con la consiguiente afectación de todos los procesos del orden nacional y territorial adelantadas bajo esa irregular reglamentación, demostrando una absoluta impericia en el manejo jurídico de un tema especializado de su competencia.¹⁴²

El siguiente cuadro muestra cuanto de deben por Departamento

DEPARTAMENTO	MILES DE PESOS	DEPARTAMENTO	MILES DE PESOS
Amazonas	34.980	Guajira	605.716
Antioquia	322.239	Guaviare	87
Arauca	480.775	Huila	2.182.862
Atlántico	1.155.704	Magdalena	516.634
Bolívar	2.815.477	Meta	745.216
Boyacá	917.882	Nariño	4.882.724
Caldas	914.355	Norte de Santander	395.621
Caquetá	440.872	Putumayo	813.276
Casanare	335.912	Quindío	2.094.405
Cauca	748.612	Risaralda	735.816
Cesar	1.287.125	San Andrés	429.468
Córdoba	111.331	Santander	4.873.399
Cundinamarca – Bogotá (C.Dist.)	12.174.276	Sucre	61.358

¹⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, SENTENCIA UNIFICADA, SU-620-96, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, Exp.: T-84714, 13 de noviembre de 1996. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

¹⁴² La doctrina especializada había advertido sobre tal irregular situación: “Considero que la temática desarrollada en dicha resolución desborda el ámbito material de la competencia del Contralor General de la República, y que la misma es exclusiva del legislador, según se ha precisado”. (AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Op.Cit. pág. 291).

Bogotá (CGR)	33.079.332	Tolima	2.945.829
Chocó	252.389	Valle	1.156.068
Guainía	41.435	Vichada	611.093

Fuente: BOLETÍN DE RESPONSABLES FISCALES No.023 C.G.R.

Las contralorías no han podido evitar ni disminuir el impacto directo producido por la corrupción administrativa.

A 78.970.6 millones, cifra sin precedentes en la historia reciente del control fiscal en el país, asciende la suma que 3.077 personas halladas como responsables fiscales, le adeudan a el Estado, según el reporte que en cumplimiento de la ley publicó la Contraloría General de la República, con corte al 15 de octubre de 2000.¹⁴³ La sola Contraloría General de la República adelanta 300 procesos de responsabilidad fiscal por un monto total que supera los \$700.000 millones de pesos. Planeación Nacional estima que entre 1991 y 1996 los costos directos de la corrupción ascendieron a \$742.000 millones por año, lo que equivale al 0,91% del PIB.

Existe igualmente un desequilibrio del costo representativo de las contralorías, frente a los recursos recuperados por la vía de la responsabilidad fiscal, e ineficiencia respecto de la recuperación de tales daños patrimoniales.

La relación costo-beneficio indica que para el funcionamiento de las contralorías el Estado ha erogado cerca de medio billón de pesos en las últimas cinco vigencias fiscales, mientras que el efectivo retorno al patrimonio público derivado de los detrimentos patrimoniales causados y declarados en esas mismas vigencias, asciende a la cifra de 4.271 millones de pesos, es decir el 0,91 %.¹⁴⁴

Adicionalmente, existe una total ineficiencia en los procesos de responsabilidad fiscal que adelantan las contralorías para la recuperación de dichos menoscabos patrimoniales: La Contraloría General de la República dejó perder 50.000 millones de pesos en juicios fiscales mal manejados, según lo señala un informe evaluativo de la Auditoría General de la República¹⁴⁵.

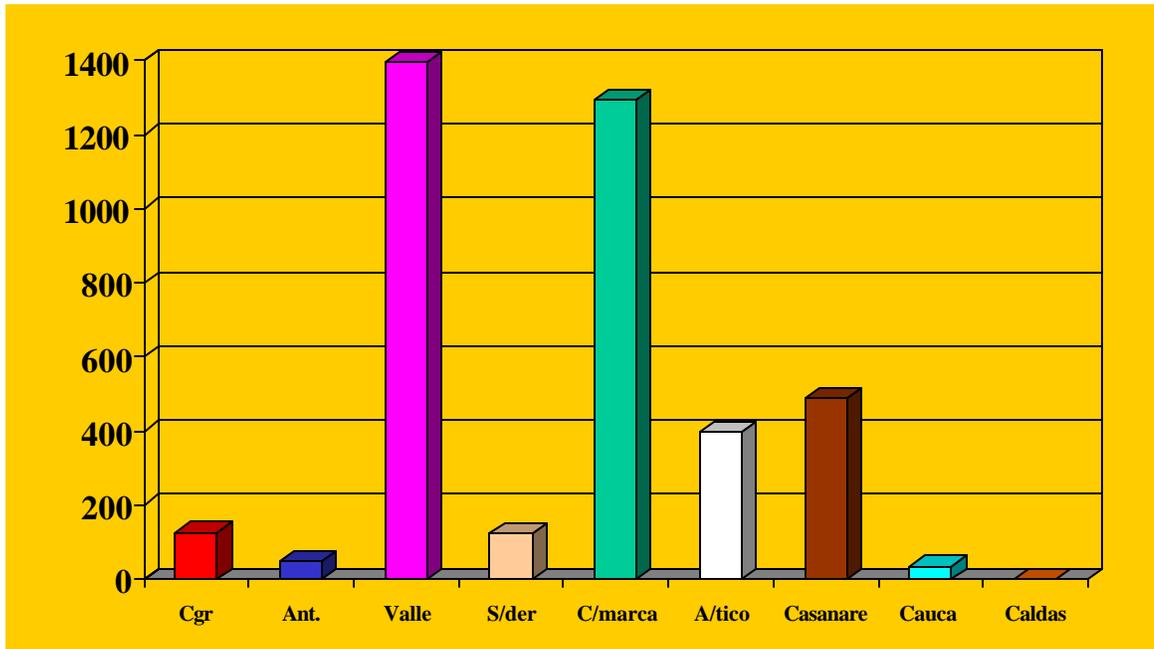
COSTOS DE RECUPERAR UN MILLÓN DE PESOS EN LAS PRINCIPALES CONTRALORÍAS DEL PAÍS

¹⁴³ Cfr. Gestión Fiscal, Informe financiero de la Contraloría General de la República, No. 3, marzo de 2000.

¹⁴⁴ Auditoría General de la República, Informe de gestión, Bogotá, 2000, pág. 69.

¹⁴⁵ Publicado en la Revista Cambio 16, No. 404, 19-26 de marzo de 2001, pág. 19 y ss.

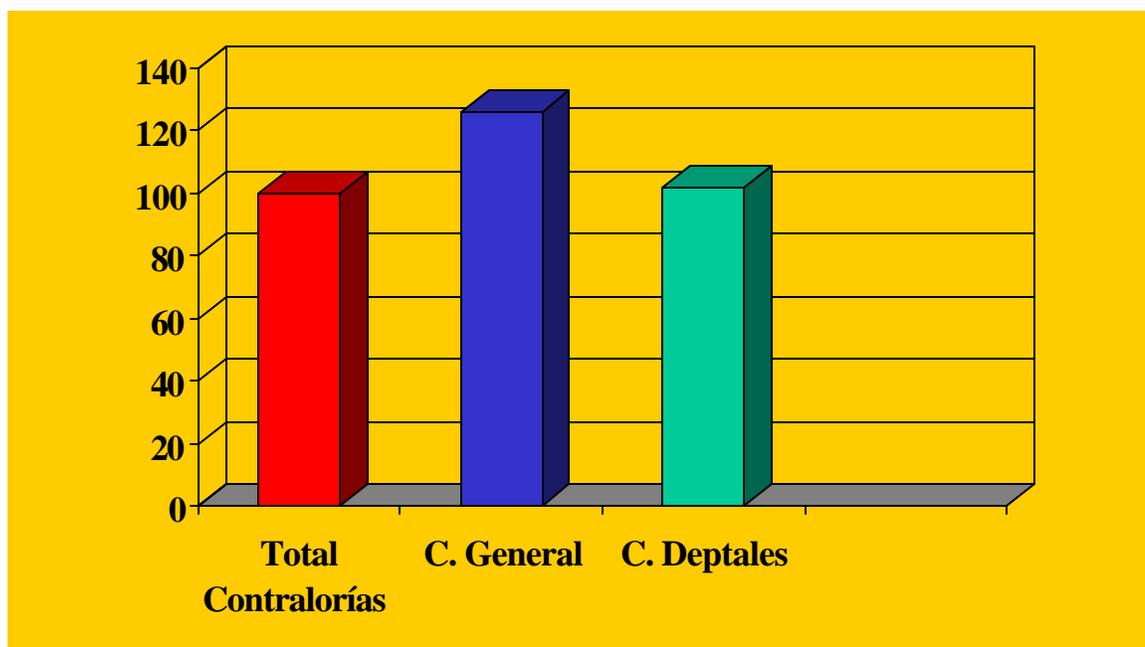
(cifras en millones de pesos)



Costo de cada peso recuperado	126	49	1.398	124	1.294	396	488	35	
-------------------------------	-----	----	-------	-----	-------	-----	-----	----	--

Fuente: INFORME DE GESTIÓN ABRIL 1999-ABRIL 2000 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

RELACIÓN DE LOS COSTOS DE FUNCIONAMIENTO DE CADA CONTRALORÍA AFRENTE A CADA MILLÓN DE PESOS RECUPERADO



Costo de cada millón recuperado	100	126	102

Fuente: INFORME DE GESTIÓN ABRIL 1999-ABRIL 2000 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Entonces, podemos concluir que si bien se cuenta con una adecuada y suficiente herramienta constitucional y legal para determinar la responsabilidad fiscal, según lo pudimos demostrar a lo largo de la presente tesis, el control fiscal y las contralorías del país no han alcanzado los objetivos institucionales y normativos previstos en la Carta Política y la ley.

Razón por la cual, consideramos que las contralorías deben asumir un esfuerzo mayor con el fin de garantizar el cumplimiento adecuado de la función de determinar la responsabilidad fiscal, para lo cual cuentan con una nueva herramienta normativa que posibilita tal aspiración.

Sin embargo, y como un complemento a esta labor correctiva y reparadora, considero que se deben adicionar otras estrategias que permitan asegurar el mejoramiento de la gestión pública, y a su vez producir un impacto social como externalidad positiva, en términos garantísticos y de equidad.

Para el efecto propongo las siguientes directrices complementarias:

2.1. Un Proyecto Estratégico para el Control de la Gestión Pública

El panorama expuesto nos hace plantear los siguientes escenarios de reforma, con el fin de garantizar el efecto finalístico del control, y su valor agregado tanto en relación con las entidades públicas vigiladas, como frente a la ciudadanía.

2.1.1. Un Nuevo Enfoque del Control que haga Énfasis en el Enfoque Preventivo

No basta con ejercer de manera incondicionada la labor evaluativa y correctiva sobre la gestión fiscal, por parte de los órganos de control, sino adicionalmente se requiere plantear estrategias funcionales y metodológicas de carácter preventivo y de capacitación que permitan mejorar el desempeño de las entidades públicas. El problema del desarrollo del Estado, también es un problema de los organismos de control.

2.1.2. Articulación de los Sistemas de Control

Se debe plantear un proceso de articulación funcional y orgánica de los múltiples entes de control del Estado que vigilan y evalúan el comportamiento de las entidades públicas, sobre todo a nivel sectorial, para maximizar y uniformar el sistema horizontal de control, y disminuir el impacto negativo sobre la administración, derivado del exceso de entes que actúan sobre ella.

Veamos los entes que ejercen funciones de control en Colombia:

ENTIDADES QUE CONCURREN EN EL CONTROL DE LA GESTIÓN FISCAL

ENTIDAD	TIPO DE CONTROL	ASPECTO QUE CONTROLA	COBERTURA	FUENTE CONSTITUCIONAL Y/O LEGAL PRINCIPAL
C.G.R.	Posterior y selectivo	Financiero, cumplimiento	Nacional y territorial	C.P. Art.268, Ley 42 de 1993, Ley 610 de 2000
Contralorías Departamentales	Posterior y selectivo	Gestión, resultados, Gestión ambiental Control interno, Planes de desarrollo	Departamental y municipal	C.P. Art.272, Ley 42 de 1993, Ley 330 de 1996, Ley 610 de 2000
Contralorías Distritales	Posterior y selectivo	Privatizaciones, Informática y proyectos.	Distrital	C.P. Art.272, Ley 42 de 1993 Decreto 1222 de 1986, Ley 610 de 2000
Contralorías Municipales	Posterior y selectivo	Evaluaciones integrales	170 municipios	C.P. Art.272, Ley 136 de 1994, Ley 610 de 2000
Oficinas de Control Interno	Previo concurrente y posterior	Evaluación y control de gestión, contabilidad, financiero, planeación, información y operaciones	Todas las entidades públicas	C.P. Art.272, Ley 136 de 1994
Contaduría General (Ministerio de Hacienda)	Posterior	La actividad económica de la administración pública, la contabilidad pública, el gasto público.	Nacional y territorial	C.P. Art.354, Ley 268 de 1963
Superintendencias de servicios públicos Domiciliarios y de Salud	Previo concurrente y posterior	De gestión financiera, técnica y Administrativa, Control de resultados, velar por la progresiva incorporación de los procedimientos de control interno, de leyes y actos administrativos, cumplimiento de contratos, establecer sistemas de información y contabilidad, vigilancia de los subsidios, control físico.	Nacional y territorial	Ley 142 de 1994

Comisiones de Regulación		Determinar criterios, características, indicadores y modelos que permitan evaluar la gestión y resultados de la entidades. Control de eficiencia de servicios públicos	Entidades de servicios públicos del orden Nacional y territorial	Ley 142 de 1994
Planeación Nacional	Posterior	Evaluación de gestión y resultados del gasto público	Plan nacional de desarrollo	C.P. Art. 343, resolución No. 63 de 1994 del DNP
DIAN	Previo concurrente y posterior	Tributario	Nacional y territorial	Estatuto tributario
Ciudadanía	Posterior	Gestión pública y sus resultados. No está reglamentada debidamente	Nacional y territorial	C.P. Art.270, Ley Estatutaria No. 134 de 1994.
Procuraduría General de la Nación	Posterior	Del cumplimiento legal y actos administrativos	Nacional y territorial	C.P. Art.277, numeral 1 y 6; Ley 200 de 1995
Comisión Legal de Cuentas (Congreso de la República)	Posterior	Sobre la Cuenta General del Presupuesto y el Tesoro, sobre resultados presupuestales.	Nacional	C.P. Art.142, Ley 5 de 1992

Fuente: C.G.R. Y AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Op. Cit.

2.1.3. Un Nuevo Control con Participación Ciudadana

Se debe enfatizar la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública, componente que no sólo mejora el desempeño del control, sino que adicionalmente fortalece el esquema de la ética de lo público y, por supuesto, la probidad, la transparencia, la eficiencia y la eficacia de la gestión del Estado.

2.1.4. Estrategias Interinstitucionales de Lucha Contra la Corrupción

Se deben promover estrategias interinstitucionales de lucha contra la corrupción¹⁴⁶, enfatizando el enfoque preventivo y a su vez, que las respuestas correctivas sean eficaces. En el caso del control fiscal, v.gr., la Contraloría debe adelantar de manera eficiente los procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva, incluyendo la aplicación de medidas cautelares sobre los bienes de las personas investigadas, con el fin de garantizar un retorno real del daño patrimonial producido. Para ello debe aprovecharse la novedosa reglamentación contenida en la Ley 610 de 2000 que regula dicho proceso de mejor manera que en la derogada Ley 42 de 1993.

2.1.5. Nuevos Enfoques en la Gestión de los Asuntos Públicos

El nuevo enfoque de la gestión destaca los elementos dinámicos que surgen del nuevo modelo constitucional de la función pública y la función administrativa, con el objeto de garantizar el cometido finalístico del Estado social.

La gestión pública se concibe como un proceso que articula estratégicamente las acciones de una entidad a su misión y objetivos, de acuerdo a las prioridades fijadas en el Plan Nacional de Desarrollo con el propósito de garantizar la mayor coincidencia entre las decisiones derivadas de la planeación y las acciones reflejadas en el presupuesto¹⁴⁷.

Este conjunto de acciones derivadas de la gestión fiscal, deben estar direccionadas básicamente a la satisfacción de las necesidades sociales, bajo unos presupuestos técnico esenciales: el de la planeación y la evaluación.

En este sentido, mediante la planeación se plantea un proceso continuo de previsión de recursos y servicios requeridos, para alcanzar los objetivos y metas, determinados y priorizados por el Plan Nacional de Desarrollo, procurando orientar la acción a partir de variables alternativas que garanticen tal fin.

La evaluación, a su vez, es un instrumento que fortalece el proceso mismo de planeación, y permite obtener mayor eficacia en la ejecución de las acciones planificadas: *"Si planificar es introducir organización y racionalidad en la acción para el logro de determinadas metas y objetivos, la evaluación es una manera de verificar esa racionalidad, midiendo el cumplimiento, o la perspectiva de*

¹⁴⁶ Según Transparencia Internacional, Colombia sigue teniendo altos índices en la percepción de la corrupción. En el último informe obtuvo 3.2 en la puntuación IPC 2000. Esta puntuación se refiere a percepciones del grado de la corrupción visto por empresarios, analistas del riesgo y el público en general, y se extiende entre diez (altamente limpio) y cero (altamente corrupto).C.G.R.

¹⁴⁷ Cfr. Plan Indicativo, una herramienta de gestión. DNP.

cumplimiento, de los objetivos y metas establecidos y la capacidad para alcanzarlos”¹⁴⁸.

Es decir que el sistema de evaluación no sólo lleva consigo el análisis de la función pública, en términos del cumplimiento del ordenamiento jurídico (principio de legalidad), sino sobre todo de la obtención de los resultados que le son propios al Estado¹⁴⁹.

CARACTERIZACION GRÁFICA DE LA NUEVA GESTION FISCAL¹⁵⁰

CARACTERÍSTICAS	DESCRIPCIÓN
ORIENTADA A RESULTADOS	Los ciudadanos y las comunidades demandan el compromiso de las entidades y servidores públicos. No sólo el cumplimiento de la misión institucional, sino el diseño de objetivos, metas, políticas y estrategias, para el logro de la calidad, oportunidad y efectividad de la generación y prestación de los servicios públicos.
CONTROL DE LA GESTION	Los responsables de la dirección de entidades, programas, proyectos y recursos públicos, para el logro de los resultados estratégicos deberán diseñar sistemas, métodos, procedimientos e indicadores para el control de gestión.
PARTICIPATIVA	La participación de los ciudadanos y de las comunidades en la gestión de los asuntos públicos pasa de la declaración de derechos a la incorporación de mecanismos de vinculación efectiva en la gestión operativa, estratégica e institucional de las organizaciones públicas.
TRANSPARENTE	Se desarrollan instrumentos para que los ciudadanos y las comunidades puedan recibir información, ejercer vigilancia y control, y solicitar el cumplimiento de objetivos, normas y procedimientos.
FLEXIBLE	El diseño de los programas, proyectos y organizaciones exige que los sistemas, métodos, procesos y procedimientos tengan la suficiente agilidad para responder a las necesidades permanentes de desarrollo social e institucional.
COMPETITIVA	Las entidades públicas compiten por la obtención de recursos estatales y privados con base en la evidencia de sus resultados y en la satisfacción

¹⁴⁸ Departamento Nacional de Planeación, Manual Metodológico para la identificación, preparación y evaluación de estudios de preinversión, documento elaborado en cooperación con la OEA, programa de fortalecimiento del proceso de inversión pública nacional, departamental y municipal. Diciembre de 1994.

¹⁴⁹ Cfr. Uriel Alberto Amaya Olaya, Ob.cit. p. 114 y ss.

¹⁵⁰ Contaduría General de la Nación. “La Contabilidad Pública Y Los Controles Político Y Social”. Bogotá, 2000.

	de usuarios, en el cumplimiento de metas y en el desarrollo de una cultura del servicio.
ASIGNACIÓN PÚBLICA DE LOS RECURSOS	Las organizaciones públicas avanzan hacia la incorporación y priorización de iniciativas y demandas de la sociedad en la asignación de los recursos públicos.
EVALUACIÓN PÚBLICA DE LOS RESULTADOS	Los resultados no sólo son evaluados por los organismos estatales de control, sino que los ciudadanos y las comunidades participan cada vez más en la evaluación social mediante reconocimiento o rechazo de resultados.

2.1.6. Una Nueva Caracterización del Servidor Público

El nuevo esquema constitucional del servicio público, concibe un sujeto titular del ejercicio funcional de la gestión del Estado, denominado precisamente el servidor público.

“A su vez, no podemos perder de vista el catálogo de principios codificados en el capítulo segundo, del título V de la Constitución, bajo el epígrafe de la función pública, mediante el cual no sólo se regulan los aspectos propios del régimen laboral administrativo de los servidores públicos, sino además se señalan las directrices esenciales que encausan la conducta de dichos servidores, en el contexto de las finalidades y objetivos de la acción estatal”¹⁵¹.

Este enfoque normativo-constitucional, asume a el servidor público en dos dimensiones jurídicas: como realizador de los cometidos estatales y como sujeto laboral de derechos.¹⁵²

Bajo esta perspectiva, el servidor público se encuentra sometido a unos sistemas internos y externos de control, a través de los cuales se garantiza la incolumidad del bien jurídico de la función pública, y a su vez, el cumplimiento de los fines esenciales propios del Estado, en cabeza de la misión funcional de dichos servidores, bajo los parámetros propios de la eficacia, eficiencia y economía en la administración del patrimonio público.

De la misma manera, el sistema jurídico ha previsto la existencia de una serie de estatutos de responsabilidad, mediante los cuales se busca la determinación de sanciones sociales, políticas, punitivas o administrativas, así como acciones

¹⁵¹ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Op. cit. pág. 119.

¹⁵² CHINCHILLA, Tulio Elí. Op.cit., pág.24.

resarcitorias, en los eventos en los cuales el servidor público desvíe el curso de la acción pública por actos dolosos o culposos, así como por omisiones o extralimitaciones que afecten dicho orden jurídico público (Art. 4 C.P.).

Sin embargo, el servicio público no sólo se encuentra regulado por normas jurídicas, sino de la misma manera contiene una fundamentación ética, es decir que su actividad se desarrolla mediante un vínculo moral con la sociedad, a través del Estado.

Se ha dicho, entonces, que las fuentes de la responsabilidad ética específica del funcionario público son tanto el fin social del Estado, como el contrato mediante el cual establece el compromiso de su servicio, y que implícita o explícitamente define su desempeño. La responsabilidad ética específica del funcionario se encuadra en las siguientes coordenadas :

- “a. El cumplimiento de funciones sujeto a la ley y a normas de ejercicio, preservando el principio de legalidad.*
- b. La definición de un ámbito limitado de competencias que implica un conjunto de deberes y servicios profesionales resultantes de la distribución de funciones; la atribución de poderes proporcionados al cumplimiento de los deberes y servicios exigidos; la previsión de sanciones legítimas y los supuestos requeridos para su aplicación.*
- c. El principio de jerarquía administrativa, por el que se establecen autoridades fijas con facultades de regulación y supervisión y, además, la posibilidad de apelación ante autoridades superiores por parte de las inferiores.*
- d. Las reglas de procedimiento en el cargo que pueden ser de carácter técnico o normas de funcionamiento organizacional, que siempre exigen una cierta formación y competencia profesional. Esto significa que la calificación formal y la razonable competencia profesional del funcionario son requisitos de su condición. El acceso al cargo está sometido a la presentación de credenciales o al cumplimiento de pruebas de competencia profesional.*
- e. El principio de la neta separación entre el funcionario y los recursos materiales, institucionales y simbólicos del Estado; entre el patrimonio privado y el patrimonio público. Los funcionarios al servicio del Estado no son propietarios de los medios que administran y están sujetos a rendición de cuentas.*
- f. Los cargos no son apropiados personalmente por el funcionario. Allí donde se da el «derecho al cargo» no sirve a un fin de apropiación por parte del funcionario, sino para asegurar el carácter puramente objetivo, sólo sujeto a normas, de su trabajo en el cargo.*

g. *El principio administrativo de la comunicación escrita, o de sujeción al expediente, aun allí donde las declaraciones orales sean de hecho la regla o estén hasta prescritas. Por lo menos se fijan por escrito los considerandos, propuestas y decisiones, así, como las disposiciones y ordenanzas de toda clase.*

h. *A cambio del cumplimiento de su misión, el funcionario adquiere el derecho a una determinada remuneración económica y, eventualmente, a algunas prerrogativas que forman parte de la remuneración y que, en caso de existir, deben ser pautadas explícitamente en términos contractuales”.*¹⁵³

¹⁵³ DE VIANA, Mikel. *Ética del Funcionario Público, En Contraloría y Gobierno: Una Relación Difícil*. Primera Edición, Publicación de la Contraloría General de Venezuela, Caracas, 1997, pág. 25.

BIBLIOGRAFÍA

1. COMPILACIONES

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. INFORME DE GESTIÓN, ABRIL 1999-ABRIL 2000, Editado por la AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Bogotá, 2000

CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *“La contabilidad pública y los controles político y social”*. Imprenta Nacional, Bogotá, 2000

CONTRALORIA GENERAL DE ANTIOQUIA. MAZO GIRALDO, Hernán Alonso, Contralor. *“Apuntes para una Teoría del Control Fiscal en Colombia”*.1º edición, Editado por la Contraloría General de Antioquia, Medellín, 1996

CONTRALORIA GENERAL DE CUNDINAMARCA. AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. *“Caducidad de la Acción Fiscal”*. Ediciones Nueva Era, Bogotá, 2000

CONTRALORIA GENERAL DE CUNDINAMARCA. *“Manual De Procedimientos, Proceso de Responsabilidad Fiscal”*. Ediciones Nueva Era, Bogotá, marzo 2000

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. BOLETÍN DE RESPONSABLES FISCALES No. 023. www.contraloriagen.gov.co. 2001

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. *“Economía Pública y Control Fiscal”*. Tomo II, Ediones C.G.R., Bogotá, 1987

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. *“Economía Colombiana”*. Revista de la C.G.R., CID, Universidad Nacional, No.235, Bogotá. 1991

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Control y Evaluación de la Gestión Pública. Los Desafíos de la Nueva Constitución. Imprenta Nacional, Bogotá, 1992

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Manual Metodológico para la identificación, preparación y evaluación de estudios de preinversión. Documento elaborado en cooperación con la OEA, programa de fortalecimiento del proceso de inversión pública nacional, departamental y municipal.* Imprenta Nacional, Bogotá, Diciembre de 1994.

Documento CONPES 2790-Vicepresidencia de la República-DNP-Consejería Presidencial para el Desarrollo Institucional. CONPES, Bogotá

Revista Cambio 16, No. 404, 19-26 de marzo de 2001, Bogotá

2. DOCTRINA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual.* Primera edición, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1981

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. *Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal.* Primera edición, Editorial Umbral, Bogota, 1996

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo.* Cuarta edición, Señal Editora, Bogotá, 1994

CABALLERO SIERRA, Gaspar y ANZOLA GIL, Marcela. *Teoría Constitucional.* Primera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1995

CANCINO, Antonio. *El Peculado.* Primera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1983

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Responsabilidad del Servidor Público en el Nuevo Estatuto de Contratación, en Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Administrativa.* Primera edición, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1994

CHINCHILLA, Tulio Elí. *De la Organización del Estado. Constitución Política de Colombia.* Comentada por la Comisión Nacional de Juristas de Bogotá, Primera edición, editada por la Comisión Nacional de Juristas, Bogotá, 1996

DE VIANA, Mikel. *Ética del Funcionario Público, En Contraloría y Gobierno: Una Relación Difícil*. Primera Edición, Publicación de la Contraloría General de Venezuela, Caracas, 1997

DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín. *La Constitución Política de Colombia 1991; Proceso, Estructuras y Contexto*. Primera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1993

ESCOBAR DUQUE, Iván. *El control Fiscal en Colombia*. Primera edición, Impresa Ltda., Bogotá, 1980

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Segunda edición, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 1989

FLÓREZ RAMÍREZ, Alfredo Enrique. *El Proceso de Responsabilidad Fiscal en la Ley 610 de 2000: Trámite en el Proceso*. En: UNIVERSITAS. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, N° 100, Bogotá, diciembre 2000

GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo. *La Responsabilidad Contractual en el Nuevo Estatuto de Contratación Oficial, en Constitución Política y Reorganización del Estado*. Primera edición, Universidad Nacional, Bogotá, 1994

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Tomo II, Octava edición, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1991

HELLER, Hernán. *Teoría del Estado*. Tercera edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1955

HENAO, Juan Carlos. *El Daño*. Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998

HERAS XIFRA. *Curso de Derecho Constitucional*. Primera edición, Tomo I, Editorial Bosh, Barcelona, 1989

JARAMILLO, Esteban. *Tratado de Ciencias de la Hacienda Pública*. Tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1930.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las administraciones públicas*. En Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Primera edición, Tomo III, Editorial Civitas, Madrid, 1995

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*. Primera edición, Editorial Diké, Medellín. 1995

MORENO CATENA, Víctor. *La Defensa En El Proceso Penal*. Primera edición, Civitas, Madrid, 1982

ORGAZ, Alfredo. *El Daño Resarcible*. Segunda edición, Buenos Aires: Bibliografic Omeba, Pereira, 1960

PEREIRANO FACCIO, Jorge. *La Responsabilidad Extracontractual*. Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1981

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, 1996

SÁCHICA, Luis Carlos. *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*. Décima Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1992

SÁCHICA, Luis Carlos. *Principios constitucionales y legales de la administración del Estado*. Primera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *La Responsabilidad Contractual del Servidor Público, en Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Estatal*. Primera edición, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1994

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil, de sus Perjuicios y su Indemnización*. Primera edición, Tomo II, Reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, 1990

VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*. Primera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1994

VIVAS REYNA, Jorge. *El control fiscal posterior. El nuevo marco de la Gestión Pública, en Control y Evaluación de la Gestión Pública*. Primera edición, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 1992

YOUNES MORENO, Diego. *Nuevo Régimen de Control Fiscal*. Segunda Edición, Editorial Diké, Bogotá, 1995

3. JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 28 de abril de 1967, radicación No.413-414, C.Po.: C. Portocarrero, ACE, T. LXXII. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, C.Po.: De Greiff Restrepo, Exp.: 4333, sentencia de 19 de octubre de 1990. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, sentencia de 7 de marzo de 1991, Exp.: No. 820, C.Po.: Miguel González Rodríguez. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO. C.Po.: Juan de Dios Montes Hernández. Exp.: 9357, Auto de junio 2 de 1994. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, C.Po: Uribe Acosta, Exp.: 8998, sentencia de 2 de junio de 1994. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 16 de diciembre de 1994, Exp.:8894, C.Po.: Betancur Jaramillo, actor: John Jairo Iral Velez. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, concepto de 3 de octubre de 1995, radicación No. 732, C.Po.: Javier Henao Hidrón. Concepto solicitado por la Contraloría de Cundinamarca. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.Po.: Roberto Suárez Franco, radicación No. 846, concepto de 29 de julio 1996, Consulta solicitada por Contraloría de Cundinamarca. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.Po.: Roberto Suárez Franco, radicación No. 846, concepto de 29 de julio 1996, Consulta solicitada por Contraloría de Cundinamarca, CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. C.Po.: Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp.: 11350, Auto de abril 30 de 1997. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Y SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, M.P.: Libardo Rodríguez R., Sentencia 4438, 2 de abril de 1998. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, M.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp.: 14749, sentencia de agosto 6 de 1998. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCION B, Cpo.: Carlos A. Orjuela Góngora, Exp.: AC-7878, sentencia de agosto 5 de 1999. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406-92. M.P.: Ciro Angarita Barón, Exp.: T-778, 5 de junio de 1992, Procedencia: Tribunal Administrativo de Bolívar. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-479-92, M.P.: José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez, Exp.: D-020, D-025, D-031, D-040, 13 de agosto de 1992. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA TERCERA, Sentencia T-11/92, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Exp.: No. T-716, 22 de mayo de 1992. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA TERCERA DE REVISIÓN, Sentencia T-520/92, M.P.: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO (Magistrado Sustanciador), ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, FABIO MORON DIAZ. Exp.: T-2988, 16 de septiembre de 1992. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T- 515/92, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Exp.: T-2587, 11 de septiembre de 1992, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-412-93, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Exp.: D-256, 28 de septiembre de 1993, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-046-94, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Ref.: D-343, 10 de febrero de 1994. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-377/94, M.P.: Jorge Arango Mejía, Exp.: D-486, 25 de agosto de 1994. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-167-95, M.P.: Fabio Morón Díaz, Exp.: No. D-754, 20 de abril de 1995, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA QUINTA DE REVISIÓN, Sentencia T-414/95, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Exp.: T-69603, 13 de septiembre de 1995, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T-467/95, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Exp.: T-72.394, 18 de octubre de 1995, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-038/96, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp.: D-980, D-981, D-982, D-986, D-988, D-992, D-994, D-995, 5 de febrero de 1996, Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, SENTENCIA UNIFICADA, SU-620-96, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, Exp.: T-84714, 13 de noviembre de 1996. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-054-97, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, Exp.:D-1384, 6 de febrero de 1997. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SEXTA DE REVISIÓN, Sentencia T-525/97, M.P.: Hernando Herrera Vergara, Exp.: No. T-136.045, 16 de octubre de 1997. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-189-98, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Exp.: D-1859, 6 de mayo de 1998. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-189-98, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Exp.: D-1859, 6 de mayo de 1998. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-400/98, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Exp.: L.A.T.-108, 10 de agosto de 1998. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-603/00, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Exp.: D-2682, 24 de mayo de 2000. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN, Sentencia T-1362/00, M.P.: Alvaro Tafur Galvis, Exp.: T-297.037, 9 de octubre de 2000. Relatoría Archivo Jurisprudencia Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, M.P.: Eustorgio Sarriá, 24 de febrero de 1977. Gaceta Judicial 2396. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, M.P.: Lisandro Martínez Zúñiga, Casación de 9 de marzo de 1990. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles, sentencia del 16 de noviembre de 1999. CD ROM Contraloría General de Cundinamarca.

4. LEGISLACIÓN NACIONAL

Código Civil. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá

Código Contencioso Administrativo. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá

Código Penal y de Procedimiento Penal. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá

Constitución Política de Colombia. 1991. DATALEGIS. Editorial Legis, noviembre 2000, Bogotá

Régimen del Control Fiscal en Colombia. Editorial: Legis S.A. Bogotá D.C. Colombia 2000.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 42 de 1993. “*Sobre la organización del sistema de control fiscal y los organismos que lo ejercen*”. Diario Oficial. Año CXXVIII. N. 407.32.27, enero, 1993

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993 o “Estatuto de Contratación Estatal”. 28 de octubre de 1993. “por la cual se expide el Estatuto de General de Contratación Estatal Publica”. Régimen del Control Fiscal en Colombia. Editorial Legis 2000. www.ramajudicial.gov.co/normas/egcap/ley80

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 190 de 1995 o “*Estatuto Anticorrupción*”. Diario Oficial. Año CXXXI. N. 41878.6, junio, 1995

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 200 de 1995. 28 de julio de 1995. “*Por la cual se adopta el Código Único Disciplinario*”. Diario Oficial. Año CXXXI. N. 41946.31, julio, 1995

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489 de 1998. 25 de diciembre de 1998. “*por medio del cual se dictan normas sobre organización y funciones de las entidades de orden nacional. Se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Carta Política, y se dictan otras disposiciones*”. Diario Oficial. Año 1998. N. 43464.30, diciembre, 1998

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 de 2000. 24 de agosto de 2000. “*Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías*”. Diario Oficial. Año 2000. N. 44133.18. agosto, 2000

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2699 de 1991. “*Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*”. Diario Oficial. Año CXXVII. N. 40190.30, noviembre, 1991

5. PERIÓDICOS

La República. Columna “*El Nuevo Proceso Fiscal*”, Bogotá, 3 de julio de 2000.