

**EL CONTROL FISCAL INCIDENCIA Y TRATAMIENTO
DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN EL
DEPARTAMENTO DE CALDAS**

**RUTH DEL SOCORRO MORALES PATIÑO
HECTOR IVAN SUAREZ BETANCUR**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES 2004**

**EL CONTROL FISCAL INCIDENCIA Y TRATAMIENTO
DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN EL
DEPARTAMENTO DE CALDAS**

**RUTH DEL SOCORRO MORALES PATIÑO
HECTOR IVAN SUAREZ BETANCUR**

**Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para
optar al Título de Abogado**

**Presidente de tesis:
Dra. DENNIS RINCÓN, Abogada.**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO**

MANIZALES 2004

AGRADECIMIENTOS

A todas aquellas personas y a la Contraloría General de Caldas, que participaron con entusiasmo en nuestra investigación y con ello aportaron a la construcción de esta tesis.

A nuestras familias quienes siempre nos han dado su voz de aliento para seguir adelante en la difícil misión de dar a cada cual lo que le corresponde: Justicia

A nuestra directora de Tesis y aquellas otras personas que siempre nos apoyaron y creyeron en nuestro trabajo y compromiso.

Y a Dios por darnos la oportunidad de culminar con éxito una de las metas propuestas

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
1. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA	12
1.1 Antecedentes	12
1.2 Planteamiento del Problema	13
1.3 Formulación del Problema	15
1.4 Objetivos	16
1.4.1 Objetivos generales	16
1.4.2 Objetivos específicos	16
1.5 Justificación	17
1.5.1 Justificación Práctica y social	17
1.5.2 Justificación Teórica	18
1.5.3 Justificación Metodológica	19
1.6 Marco referencial	19
1.6.1 Contexto del problema	19
1.7 Aspectos de la Metodología	20
1.7.1 Tipo de estudio	20
1.7.2 Fuentes de información	21
1.8 Etapas metodológicas	22
2. ASPECTOS GENERALES Y FACTORES QUE INCIDEN EN EL CONTROL FISCAL Y EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	23
2.1 Antecedentes históricos del control fiscal	23

2.2 El control fiscal en Colombia	25
2.3 El Control fiscal	31
2.4 Definición del Control Fiscal	33
2.5 Objetivo del Control Fiscal	34
2.6 El Modelo del control fiscal en el contexto del estado social de derecho	34
3. EL CONTROL FISCAL COMO FUNCIÓN PÚBLICA	37
3.1 El concepto de lo posterior y selectivo	39
3.2 Los sistemas del control fiscal	41
3.2.1 El Control Financiero	41
3.2.2 El Control de Legalidad	42
3.2.3 El Control de Gestión	43
3.2.4 El Control de Resultados	44
3.2.5 El Control Físico	45
4. LOS PRINCIPIOS DEL CONTROL FISCAL	48
4.1.1 La Eficiencia	48
4.2 La Economía	49
4.3 La equidad	49
4.4 La Valoración de Costos ambientales	51
4.5 La Eficacia	51
5. EL CONCEPTO DE LA GESTIÓN FISCAL	53
5.1 La Participación Ciudadana y Comunitaria en el Control Fiscal	54
5.1.1 ¿Qué son las Veedurías Ciudadanas?	56
5.1.2 Objetivo de las Veedurías ciudadanas	56
5.1.3 Funciones de las Veedurías	57
6. SUJETOS DEL CONTROL FISCAL	59

7. LA REVISIÓN Y EL FENECIMIENTO DE LAS CUENTAS	60
7.1 Que se entiende por cuenta.	60
7.2 Los responsables de rendir cuentas	61
7.3 Fenecimientos de las cuentas	63
7.4 La naturaleza Jurídica del fenecimiento	63
7.5 La perdida de fuerza de ejecutoria del fenecimiento	64
7.6 Termino de caducidad para iniciar la respectiva investigación fiscal, en caso del levantamiento del fenecimiento.	65
8. PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	66
8.1 Introducción	66
8.2 Diferentes tipos de Responsabilidades de los servidores públicos	68
8.3 La Responsabilidad Fiscal y su Naturaleza Jurídica	70
8.4 Criterios para establecer la Responsabilidad Fiscal	71
9. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL	73
9.1 La conducta	76
9.2 Daño patrimonial al estado	82
9.3 La relación de causalidad entre daño y culpa	84
10. ASPECTOS SUSTANCIALES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	85
10.1 La Reserva Procesal	85
10.2 Carácter de Policía Judicial	88
10.3 La Parte Civil	90
10.4 La Caducidad de la Acción Fiscal	91
10.4.1 Decreto de caducidad de la acción fiscal	92
10.5 La Prescripción procesal de la acción fiscal	93
10.6 Las medidas cautelares	94

10.7 La suspensión de términos en el proceso	96
10.8 La unidad procesal	97
10.9 Cesación de la Acción Fiscal	98
10.10 Reapertura del proceso	99
10.11 Grado de Consulta	99
11. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	103
11.1 Esquema del Proceso de Responsabilidad Fiscal	103
11.2 Normas aplicables	104
12. INICIACIÓN DEL PROCESO	105
12.1 Indagación Preliminar	105
12.2 Auto de apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal	106
12.2.1 Modelo auto de apertura empleado en la Contraloría General de Caldas	107
12.2.2 Término	114
12.3 Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal	115
12.3.1 Modelo auto de imputación empleado en la Contraloría General de Caldas	116
12.3.2 Decreto y Práctica de pruebas	123
12.3.3 Término para proferir fallo	123
12.4 FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL	123
12.4.1 Modelo fallo con Responsabilidad fiscal empleado en la Contraloría General de Caldas	124
13. EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS	133
14. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL	134

15. CONSOLIDADO DE INVESTIGACIONES PRELIMINARES Y PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL ADELANTADOS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS VIGENCIA FISCAL 2001-2003	135
15.1 Consolidado de Investigaciones preliminares Contraloría General de caldas Vigencia fiscal 2001.	136
15.1.2 Consolidado de Procesos de Responsabilidad Fiscal Contraloría General de caldas Vigencia fiscal 2001.	137
15.2 Consolidado de Investigaciones preliminares Contraloría General de caldas Vigencia fiscal 2002.	138
15.2.1 Consolidado de Procesos de Responsabilidad Fiscal Contraloría General de caldas Vigencia fiscal 2002.	139
15.3 Consolidado de Investigaciones preliminares Contraloría General de caldas Vigencia fiscal 2003.	140
15.3.1 Consolidado de Procesos de Responsabilidad Fiscal Contraloría General de caldas Vigencia fiscal 2003.	141
15.4 Análisis del Consolidado	142
16. ENTREVISTAS SOBRE EL CONTROL FISCAL Y LA INCIDENCIA DEL CONTROL FISCAL EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS	145
16.1 Entrevista al Contralor General del Departamento de Caldas	146
16.2 Entrevista al Jefe del Area de Visitadores Fiscales de la Contraloría General de Caldas	148
16.3 Entrevista a funcionarios del Area de Visitadores Fiscales de la Contraloría General de Caldas	150
16.4 Entrevista a Técnicos del Area de Visitadores Fiscales de	

la Contraloría General de Caldas	152
16.5Entrevista al señor Alcalde del Municipio de Samaná Caldas.	154
16.6Entrevista al señor Tesorero del Municipio de Pensilvania, Caldas	155
16.7Entrevista a un Profesional del Derecho que ha hecho parte en procesos de Responsabilidad Fiscal.	157
16.8Entrevista a un estudiante de último año de derecho.	158
16.9 Comentario a entrevistas	161
17 SUSTENTO JURISPRUDENCIAL	163
CONCLUSIONES	236
BIBLIOGRAFÍA	239

INTRODUCCIÓN

La Carta Política de 1991 produjo una trascendente reforma al esquema funcional del control fiscal, atribuyéndole una nueva dimensión que supera la simple revisión numérico-legal sobre la cual se soportaba (control de legalidad y control financiero), para pasar a un control que acentúa la evaluación de la gerencia (efectividad global) y en el cumplimiento de las metas y objetivos de la administración pública (controles de gestión y resultados).

El propósito del planteamiento no sólo responde a la necesidad de crear un sistema de control fiscal de mayor proyección estratégica, con ingredientes de tipo económico, sino sobre todo de renovar el carácter meramente formal del control que se efectuaba en vigencia de un Estado de Derecho, por un control fiscal que hace énfasis en los resultados de la gestión fiscal, en términos de rendimiento e impacto social (equidad e impacto ambiental), dentro de un contexto de Estado Social de Derecho.

Adicionalmente a este sustancial propósito, la Carta diseñó un novedoso esquema orgánico para las contralorías, entregándoles una tipicidad propia en la estructura del Estado (como Órganos de Control), y dotándolas de autonomía integral para el adecuado ejercicio de su función fiscalizadora.

El objetivo general del presente estudio consiste en analizar las actuales circunstancias bajo las cuales se ejerce el control fiscal y las causas que dan inicio al

respectivo proceso de responsabilidad fiscal en las diferentes entidades sujetas a control por parte de la Contraloría Departamental de Caldas.

Igualmente estudiaremos el marco jurídico actual que en Colombia cubre el control fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal y formularemos mecanismos que deban implementarse para comprender, prevenir y evitar el inicio de un proceso de responsabilidad fiscal, donde en un eventual caso de resultar condenada la entidad, solo se perjudicaría y se ayudaría a que el Estado cada vez se empobrezca más con el pago de dichas condenas.

La investigación desarrollada incluyó diversos datos de información secundarios y asociados con la temática objeto de análisis, mientras que en el caso de las fuentes primarias se recurrió a la ley, jurisprudencia y doctrina y a la consulta de diversas personas y expertos a través de la realización de entrevistas informales y en profundidad.

Finalmente se hará un análisis Jurisprudencial complementario, con el fin de brindarle un mayor soporte jurídico al planteamiento propuesto y promover, a su vez, una fuente de consulta que facilite la intensificación de las materias desarrolladas.

1. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

1.1 ANTECEDENTES

A través de la historia y a medida que el hombre se organiza y crea instituciones públicas, ha sido necesario el control, desarrollándose de esta manera el control fiscal, control que se ha tenido en cuenta desde el mismo origen de las instituciones hasta la nueva perspectiva de la nueva carta política, modificándose y perfeccionándose paulatinamente, hasta llegar hoy a la consecución de leyes como la Ley 610 de 2000, que establece el trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal de competencia de las Contralorías.

Hoy se mira entonces, con distinta óptica las relaciones del Estado con el ciudadano, con los servidores públicos y con las entidades territoriales.

Aunque no es un tema nuevo, el Control Fiscal ha ido tomando fuerza gracias a la Constitución de 1991, que se ha preocupado por la transparencia y materialización de los derechos y deberes tanto del ciudadano como del Estado, es por esto que se ha dado gran importancia al tratamiento de la administración pública y por ende el manejo de los recursos del Estado puestos en manos de funcionarios públicos o particulares que realizan funciones públicas de carácter permanente o transitorio.

Con el Control Fiscal surge el Proceso de Responsabilidad Fiscal, un proceso que pocos conocen, siendo su fin último buscar que las arcas del Estado no se debiliten o empobrezcan a causa de una ineficiente gestión.

Si observamos las entidades que hoy ejercen el Control Fiscal no nacieron por ideas burocráticas, políticas, ni entorpecedoras de la administración pública, como hoy muchos la conciben, sino por la necesidad de crear un organismo que coadyuve al poder ejecutivo en su labor de fiscalizar el desarrollo del gasto público.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

“En el manejo de los recursos del Estado, siempre se han presentado delitos, que han sido tipificados y por ello disposiciones de la legislación sustantiva y procesal del derecho civil, penal y administrativo, se integran de manera coherente teniendo como cimiento al derecho constitucional”¹, para darle orientación y un tratamiento específico al proceso de Responsabilidad Fiscal que resulta como consecuencia del Control Fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, las territoriales y Municipales, la cual vigila la gestión de la Administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezcan la ley.

“Con el control fiscal se crea una nueva responsabilidad para los servidores públicos llamada “RESPONSABILIDAD FISCAL”, ésta es una noción que en el mundo contemporáneo forma parte esencial del Estado de Derecho, como instrumento coercible destinado a mantener el imperio de la ética administrativa y a garantizar la

¹ Betancur, Aguilar, Jorge Hernán. *El Control Fiscal en Colombia*. 1995. Pág. 8

efectividad de los derechos y obligaciones de los asociados y de las entidades públicas”².

Según información que se obtendrá de la Contraloría General de Caldas pretendemos hacer un análisis de la aplicación del Control Fiscal y más específicamente del proceso de Responsabilidad Fiscal y su incidencia en los municipios del Departamento de Caldas y sus entidades descentralizadas como Empocaldas, Inficaldas, Industria Licorera de Caldas entre otras, es decir, detallaremos, cuáles son los mayores causas que motivan la iniciación de la Indagación Preliminar y la apertura del proceso, su archivo o Imputación de Responsabilidad Fiscal, comprendidos entre enero de 2001 enero de 2004, dicho periodo se determinó buscando obtener una información reciente y actualizada, ya que el proceso de Responsabilidad Fiscal se le dio una mayor connotación y organización con la Ley 610 de 2000 que establece el trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal de competencia de las Contralorías.

“El Control Fiscal moderno debe ir más allá, con el fin de ejercer un control con base a parámetros de evaluación que permitan controlar adecuadamente el uso de los recursos invertidos sin necesidad de coadministrar, debido a que hay entidades gubernamentales que están concebidas para lograr objetivos de política socioeconómica y la Contraloría no puede permanecer estática a estos acontecimientos”³.

Es de anotar, que en esta materia, como en tantos otros aspectos de nuestro ordenamiento constitucional, el país no se ha percatado aún de los cambios sustanciales que el constituyente de esa época le introdujo a la función pública del

² Mazo, Giraldo, Hernán Alonso. *Apuntes para una Teoría del Control Fiscal en Colombia*. 1996 Pág. 54

³ Buelvas, Hoyos Jorge Luis. *Normas y Procedimientos del Control Fiscal*. Pág. 29

Control Fiscal; el papel de las autoridades del Control Fiscal, como el de todas las autoridades de la República, esta vinculado como lo expresa el artículo 2 de la Constitución Nacional a “Asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los Particulares y del interés general”.

Algunas consideraciones importantes son las que dan lugar al contexto del problema investigado: la primera de ellas obedece a la deficiente normatividad existente que ayude a solucionar los vacíos que existen a la hora de dar aplicación al proceso de Responsabilidad Fiscal, y el segundo es la falta de difusión del control fiscal y el proceso como tal, pues como se demostrará en el desarrollo de este trabajo es uno de los mayores problemas a la hora de dar aplicación al mismo, ya que ni los responsables fiscales y muchas veces los mismos defensores, bien de oficio o por mandato no tienen la suficiente claridad de las etapas del proceso, perdiendo con esto la oportunidad de defensa en un momento determinado.

1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

De acuerdo al anterior registro, la pregunta de este trabajo de tesis puede formularse de la siguiente manera:

- ↪ ¿Cuáles son las causas que motivan la iniciación de la indagación preliminar o la apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal, su archivo o imputación de Responsabilidad Fiscal contra los servidores públicos cuando en el ejercicio de su gestión fiscal causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño patrimonial al estado, como funcionarios de los distintos municipios del Departamento de Caldas y de las entidades

Descentralizadas del Departamento? Y su incidencia positiva o negativa frente al recaudo de los dineros malversados.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo General

Analizar los factores o causas preponderantes que motivan la iniciación de la indagación preliminar o la apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal, su archivo o imputación de Responsabilidad Fiscal en los municipios del Departamento de Caldas y en las entidades Descentralizadas del Departamento y su incidencia positiva o negativa frente al recaudo de los dineros malversados.

1.4.2 Objetivos Específicos

- ↪ Orientar al lector en los orígenes del Control Fiscal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal especificando los cambios y estructuraciones que ha tenido dicho proceso en la normatividad tanto en la Constitución de 1991, la Ley 42 de 1993 y la ley 610 de 2000.

- ↪ Realizar y efectuar un breve estudio histórico acerca del Control Fiscal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia y posteriormente su aplicación en los Municipios del Departamento de Caldas y sus entidades descentralizadas.

- ↪ Crear en el lector una mentalidad crítica frente a las actuaciones de los responsables fiscales y del órgano de control en este caso la Contraloría

General de Caldas, indicando a manera de muestreo, el desempeño de la Contraloría en la represión a la conducta del Responsable fiscal.

- ↳ Conocer la opinión y conceptos de las personas expertas en el tema del Control Fiscal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal.
- ↳ Estudiar el marco jurídico actual Ley 610 de 2000 que en Colombia trata el proceso de Responsabilidad Fiscal y el proyecto de ley que sobre el tema cursa en el Congreso de la República y hacer la respectiva crítica al mismo

1.5 JUSTIFICACIÓN

1.5.1 Justificación Práctica Y Social

Si bien el Control Fiscal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal han tenido una evolución histórica desde inicios de la colonia hasta llegar al Estado Social de Derecho desarrollado en la Constitución Nacional de 1991 y mencionado en el artículo 1 de nuestra carta fundamental, constituye papel importante toda vez que las autoridades del control fiscal, como el de todas las autoridades de la República esta vinculado a asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y el de los particulares, buscando modernizar la vigilancia de la gestión fiscal para que esa labor agregue realmente valor a la actividad administrativa del Estado.

Con este estudio pretendemos conocer si realmente el proceso de Responsabilidad Fiscal ha mostrado resultados positivos tendientes a la recuperación de los dineros malversados de alguna manera por los funcionarios públicos, o si por el contrario

dichos procesos solo han desgastado la administración generando también un detrimento al erario público.

Es necesario precisar las conductas de los funcionarios públicos y particulares que manejan permanente o transitoriamente bienes o recursos público, así como las causas que motivan a las Contralorías a poner en marcha su engranaje como órgano de control, ya que al momento de dar aplicación a las normas vigentes se encuentran vacíos, pues en la práctica existen diversas circunstancias que alejan del espíritu de la ley a quienes la interpretan porque se ven incursos en procesos de esta clase tal como ocurre con los contratistas del Estado, que alegan no ser gestores o responsables fiscales, dándole interpretación diferente a la ley.

1.5.2 Justificación Teórica

El estudio y los resultados obtenidos por medio de este trabajo de grado servirán para que otras personas continúen la labor emprendida por el equipo de trabajo ahondando o explorando la problemática objeto de estudio a través de ópticas similares o complementarias.

Igualmente se estará brindando una importante fuente de referenciación a las personas encargadas de ejercer este control fiscal como también a los servidores públicos que manejan fondos o bienes del Estado.

En un sentido de difusión se tiene como propósito promover el conocimiento del control fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal con el fin de lograr la cooperación de los servidores públicos para prevenir y combatir más eficazmente la corrupción y el empobrecimiento económico del Departamento.

1.5.3 Justificación Metodológica

Finalmente debe anotarse que existe un importante interés metodológico en el estudio a realizar, ya que estará documentado por los conocimientos y experiencias de autoridades de control fiscal en el Departamento de Caldas, que serán contactados a través de entrevistas referentes al tema.

1.6 MARCO REFERENCIAL

1.6.1 Contexto del Problema

En materia de función pública los servidores de las entidades territoriales incurren con frecuencia en faltas que conllevan al detrimento patrimonial, y en muchas oportunidades por desconocimiento de las normas por ineficiencia e ineficacia de la administración, ya que no tienen en cuenta el cumplimiento de los planes de desarrollo, los programas de gobierno y los planes de inversión para confrontarlos con su gestión, descuidando los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta política y ley 489 de 1998 artículo 3, concordantes con los de la gestión fiscal como son los de eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de lo costos ambientales, éstos en concordancia con los principios.

Todo esto ocurre por desordenes en la administración en algunos casos, conllevando a los administradores a aprovechar la oportunidad y beneficiarse con los dineros públicos, en otros, porque el personal a cargo no esta lo

suficientemente capacitado, es decir, no es idóneo, y desbordan los límites señalados en sus principios rectores y consecuentemente ocasionan un daño patrimonial al Estado.

Es necesario formar, promocionar y estimular el valor ético agregado de la actuación de todo servidor público, sin el cual no puede existir un auténtico control fiscal, además de impartir la capacitación debida, con ello se evita pérdida de grandes sumas de dinero que egresan de las arcas públicas por demandas adelantadas contra la nación por deficiente prestación de servicio. Mientras estas anomalías no se subsanen, seguirá tomando más fuerza el principio generalizado de que el Estado administra deficientemente sus recursos.

También es prudente tener en cuenta que en muchas ocasiones se pone a funcionar todo el engranaje de las contralorías detrás de un daño patrimonial por actos que no son relevantes para la gestión fiscal y cuya cuantía es mínima, dejando de lado el aspecto macro de la vigilancia fiscal.

1.7 ASPECTO DE LA METODOLOGÍA

1.7.1 Tipo de Estudio

El tipo de estudio correspondiente al trabajo de tesis es analítico y crítico, ya que como primer nivel del conocimiento, se realizará un análisis de la normatividad y de la evolución que ha tenido el control fiscal y el proceso de Responsabilidad Fiscal, para de esta manera ampliar la familiaridad de estudiantes, funcionarios públicos tanto aquellos sujetos al control (contratistas, interventores, consultores, Gerentes, Alcaldes) como aquellos servidores que ejercen dicho control, profesionales del

derecho entre otros, facilitando su comprensión y entendimiento y así de esta manera concluir con una crítica objetiva al tema de control fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal en el Departamento de Caldas.

1.7.2 FUENTES DE INFORMACIÓN

- Fuentes Primarias

El equipo de trabajo recurrirá a diversos centros de documentación en donde se encuentran registros, artículos, documentos, texto y trabajos de grado que permitan la recolección de información escrita y analizada sobre la temática, esto además de las consultas que se hagan a través de la autopista de información Internet, material Doctrinal y Jurisprudencial y marco legal.

Como se mencionó anteriormente se llevará a cabo una investigación de campo que permita recolectar el conocimiento y la experiencia de líderes de opinión, lo cual hace alusión a personas que tienen amplio dominio sobre la temática del Control Fiscal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal, entre ellos ex contralores del Departamento, Contralor General de Caldas actual, funcionarios instructores del proceso de responsabilidad fiscal, Jefe del Área de Visitadores Fiscales, Jefe de la División de Responsabilidad fiscal, Profesionales del derecho con conocimiento del tema.

-Técnicas de Recolección. Con el fin de adelantar el trabajo de campo mencionado anteriormente, se llevará a cabo la realización de entrevistas a las personas antes mencionadas, que arrojarán resultados de Interés para el estudio.

1.8 ETAPAS METODOLOGICAS

- Presentación del anteproyecto
- Consulta a las fuentes secundarias
- Consulta a las fuentes primarias
- Elaboración del borrador del estudio
- Reunión con el director de trabajo de grado
- Correcciones y ajustes del borrador
- Presentación final

2. ASPECTOS GENERALES Y FACTORES QUE INCIDEN EN CONTROL FISCAL Y EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTROL FISCAL

Las primeras organizaciones políticas en las comunidades primitivas, tuvieron sus sistemas de control sobre los bienes de las tribus, u otras modalidades socioestructurales, hasta que con la aparición del Estado como un aparato del poder Económico y político organizacional a través del control del erario, se inicio la vigilancia fiscal hasta nuestros días.

El origen democrático del control público se remonta al Ática, cuando sus municipios o unidades, formaban una tribu local, la cual era cuerpo político, administrativo y militar. En Roma el eslabón intermedio de la tribu, era la fraternía que constaba de 10 gens y se llamaba curia.

La primera constitución de estos pueblos fue la siguiente:

“La gestión de los negocios públicos era en primer lugar competencia de un senado que se componía de los jefes de las 300 gens. La nobleza gentilicia o familias llamadas patricias, se arrogaban el derecho exclusivo de entrar en el Senado y ocupar los demás oficios públicos. En este aparte observamos el ejercicio de la función pública y por ende de su propio control fiscal, facultad asignada al Senado, situación

esta que en más de 2000 años aún subsiste en la actualidad en países como Colombia”⁴

En 1319 época de la colonia española. El Rey de España, Fernando V, conforma la cámara de cuentas, con facultades administrativas y jurisdiccionales para el control y vigilancia de los negocios financiero de la corona, otorgándole preeminencia sobre el parlamento.

Esta institución tuvo vigencia hasta la revolución Francesa.

Esta Cámara de cuentas llegó a tener tanto poder en ejercicio de sus atribuciones, que dictó sentencias de muerte contra los que se apoderaban ilícitamente del tesoro del Rey.

Ya para el año 1492, los reyes católicos designan a un funcionario para supervisar el manejo de los recursos destinados al segundo viaje de Cristóbal Colon a América.

En 1511 Se crea el tribunal de la real audiencia de Santo Domingo para organizar las administraciones de las colonias mediante la redición de cuentas.

En el año 1604, surge el Tribunal de cuentas en Santa fe de Bogota por iniciativa del rey Felipe III.

Nacen las oficinas de contabilidad en 1807. Con la revolución francesa se cambio todo el engranaje monárquico con la separación de las ramas del poder, expidiéndose en

⁴ BETANCUR AGUIRLA. Jorge Herán. *El Control Fiscal en Colombia. Páginas 14 y 15*

septiembre de 1087 a instancias de Napoleón la ley 16 con la cual se creó la Corte de Cuentas.

Es de anotar que con la Revolución Francesa, la asamblea constituyente suprimió las funciones de fiscalización a la cámara de cuentas, creando la Corte de cuentas sirviendo esta de modelo para muchos países de Colombia y América.

Con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789 los franceses elevan a canon constitucional el fundamento filosófico -político del control fiscal cuando en su artículo XV hacen referencia “ la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración”.

2.2 EL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

En 1821 la gestión fiscal es elevada a precepto constitucional. Por medio de la Ley 6 de octubre del mismo año se crea la Contaduría General de Hacienda con fines fiscalizadores y con facultad para examinar y fenecer las cuentas y ejercer jurisdicción coactiva.

Para el año 1824, La Contaduría General de Hacienda es sustituida por un grupo de expertos en Hacienda Pública, perdurando hasta el año de 1847 donde fue reemplazada por una Corte de Cuentas con funciones fiscales y miembros dependientes del poder Ejecutivo.

En 1850, con la Ley 20 la Contaduría se transforma en Oficina General de Cuentas y en 1857 sus miembros son designados por el Congreso.

Se restablece la Corte de Cuentas en 1898, integrada por 10 magistrados con un periodo de 4 años. Las leyes 61 de 1905, 19 y 110 (Código Fiscal) de 1912, 36 de 1918 y 61 de 1921 introducen otras modificaciones al ente fiscalizador.

“En Colombia con la firma del Presidente de la República, Pedro Nel Ospina, su ministro del Tesoro, Gabriel Posada, y los presidentes del Senado, Luis de Greiff, y de la Cámara, Ignacio Moreno, el Gobierno Nacional expidió el 19 de julio de 1923, la Ley 42 sobre "Organización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría". Dicha ley nace como fruto de las recomendaciones hechas por la misión de expertos norteamericanos encabezados por Edwin Walter Kemmerer, ya que con la creación de dicho Departamento, éste podía establecer los medios para imponer una estricta observancia de las leyes y reglamentos administrativos en lo relacionado con el manejo de propiedades y fondos públicos. Los expertos norteamericanos consideraron, además, que la Contraloría podía ejercer gran influencia para asegurar la recaudación de rentas y hacer entrar su producto a la Tesorería. Es importante aclarar que al llegar la Misión Kemmerer a Colombia actuaba la Corte de Cuentas.

El nuevo Departamento de Contraloría comenzó a funcionar el 1 de septiembre de 1923, año en que entró en vigencia la Ley 42. El Presidente Ospina nombró como primer Contralor General de la República a Eugenio Andrade”⁵.

“La Corte de Cuentas, la Dirección General de Contabilidad, la Oficina Nacional de Estadística y la Oficina Central de Ordenaciones del Ministerio del Tesoro quedaron incorporadas al Departamento de Contraloría. Todos los empleados, libros,

⁵ MAZO Giraldo Hernán Alonso. *Apuntes para una teoría del Control fiscal en Colombia. Segunda edición 1997. Pág.11*

constancias, documentos, papeles, mobiliarios y otros objetos pertenecientes a dichas oficinas fueron trasladados al Departamento de Contraloría.

Las labores relacionadas con la revisión y liquidación de cuentas de las oficinas recaudadoras o pagadoras, así como todos los empleados dedicados a este trabajo en la Tesorería General de la República, en las administraciones de Aduanas, Salinas, Correos y Telégrafos, en las Oficinas de Timbre, en las Casas de Moneda, así como en otras oficinas del gobierno, pasaron a depender del Departamento de Contraloría, al cual se trasladaron”⁶.

La Ley 42 de 1923 atribuyó al Departamento de Contraloría facultades como la de revisar y contar los elementos de propiedad estatal, lo mismo que las estampillas y papel sellado en poder de empleados públicos. Le permitía, además, examinar y verificar las entradas y licenciamientos de personal en el Ejército y la Policía.

La Ley 42 de 1923 estableció entre otros aspectos que la Contraloría se organice en forma independiente, técnicamente prescindiendo de la influencia política, sin inmiscuirse en asuntos administrativos distintos a su propia organización.

Por medio del Decreto 911 de 1932, la Contraloría es organizada como una oficina de contabilidad y control fiscal y se establece la obligatoriedad de rendir cuentas ante este organismo sobre el manejo de los bienes y recursos del Estado, siendo este reformatorio de la Ley 42 de 1923.

⁶ *BUELVAS, Hoyos Jorge Luis. Normas y procedimientos de control fiscal. Pág. 28*

A través del acto legislativo No. 1 de 1945 se da un carácter constitucional al Control Fiscal y se habló expresamente de la Contraloría General de la República, encargando a la misma de la vigilancia de la gestión fiscal.

El artículo 93 de dicho acto dispuso que el Contralor General de la república fuera elegido por la Cámara de Representantes para periodo de dos años, elevándose posteriormente el periodo a cuatro años de reforma constitucional se definen los mecanismos.

“Posteriormente con la ley 58 de 1956 dispuso en su artículo 1 que el Contralor General tendrá competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y calificación de cuentas de los funcionarios o empleados, contratistas o agentes del gobierno encargados de recibir, recaudar, pagar o custodiar los fondos de la nación, derivadas de la administración activa o pasiva del tesoro y en todos los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad y con la manera de llevar las cuentas, la formación y requisitos de los comprobantes y el examen e inspección de los libros, registros y documentos referentes a dichas cuentas

El artículo 10, de la citada ley, dispuso que debía adelantarse juicio administrativo de cuentas al ordenador que insistiera en la refrendación de gastos no autorizados por la ley”⁷.

La Ley 151 de 1959, estableció que corresponde a la Contraloría General de la República el Control Fiscal sobre las empresas y establecimientos públicos descentralizados y de las instituciones y organismos que reciban, manejen o inviertan

⁷ BETANCUR, Aguilar. *Jorge Hernán Betancur Aguilar. El Control Fiscal en Colombia. Editorial Luz.* Pág. 25

fondos provenientes de impuestos, tasas, contribuciones de carácter especiales creadas por la Ley.

Mediante reforma de 1968, a la carta política se establece la presentación de candidatos a Contralor ante el Congreso por parte del Consejo de Estado, y se fija en cuatro años el periodo del titular del ente fiscalizador.

“Con la Ley 20 de 1975, se da origen a los controles previo, perceptivo y posterior (control numérico legal). Se amplía la facultad de la Contraloría para fiscalizar a los particulares que manejen los bienes y recursos del Estado, y de refrendar los contratos de la deuda pública. Por otra parte, se crea la Comisión Legal de Cuentas de la Cámara de Representantes, con la función de fenecer o no la cuenta General del Presupuesto y del Tesoro”⁸.

Con la Constitución de 1991 El control fiscal constitucionalmente da un giro de 180°. Se elimina el control numérico legal y se da paso al posterior y selectivo (Art. 267 C.P.), es decir, que no se realice sobre todos y cada uno de los recursos, actividades o cuentas, sino sobre una muestra técnicamente elaborada, a partir de la cual se pueda deducir conclusiones precisas sobre el universo respectivo, sugiriendo y adoptando los correctivos a que hubiere lugar, fundamentado en la eficiencia, la economía, la eficacia y la valoración de los costos ambientales. Se concibe a la Contraloría como una entidad técnica con autonomía presupuestal y administrativa.

La Asamblea Nacional constituyente , avocó como uno de sus temas fundamentales el del control fiscal, la necesidad de tecnificarlo y la imperiosa tarea de liberar a las Contralorías del clientelismo y la politización, vocablos estos últimos empleados con

⁸ *BOGOTA MUÑOZ, Mauricio. Control Fiscal Herramienta de Gestión. Página 51 , editorial carrera 7 Bogotá 2000.*

alguna frecuencia en el curso de las deliberaciones correspondientes a la comisión V, que fue la encargada de estudiar en general los asuntos económicos, sociales y ambientales.

A través de la Ley 42 de 1993, se establecen los procedimientos, sistemas y principios para el ejercicio de la vigilancia fiscal y se reglamenta el proceso de responsabilidad fiscal, el cual debe ser adelantado en dos etapas: investigación y juicio.

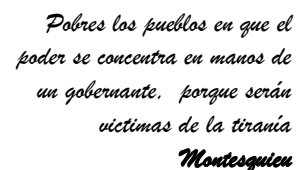
“Durante el año 1999 se demostró un avance significativo en el desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal, dada la unidad de criterios respecto a la aplicabilidad de las normas del código contencioso administrativo con la integración de los códigos de procedimiento penal y civil en los procedimientos no previstos en el primero, evidenciándose algunas deficiencias en la parte procedimental, que en cierta medida han frustrado importantes actuaciones, al tener por orden judicial que proferir medidas adversas, originadas principalmente en las diferentes interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias, derivadas de los mencionados vacíos legales y remisiones de la ley 42 de 1993”.⁹

El proceso de responsabilidad tiene un vuelco total, mediante a Ley 610 de 2000 se reduce a una sola etapa. Se define el concepto de gestión fiscal, los elementos para la responsabilidad fiscal, se fijan los términos para la caducidad y la prescripción y se extiende la responsabilidad fiscal a los herederos como consecuencia de la muerte del presunto responsable.

⁹ OSSA ESCOBAR, Carlos. *El Control del futuro*. WWW.banrep.gov.co. Bogota 2002

Con la promulgación de esta ley se infiere la existencia de una rama de derecho fiscal, sin desconocer que tendría una doble naturaleza administrativa y resarcitiva, de conformidad con los artículos 1 y 4 de la ley 610 de 2000. esta ley, más que establecer el tramite del proceso de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, consagra un verdadero estatuto procesal en materia de responsabilidad fiscal, a partir de la cual esta rama del derecho empieza a adquirir identidad propia y la autonomía necesaria para diferenciarse de otros tipos de responsabilidades.

2.3 EL CONTROL FISCAL



*Pobres los pueblos en que el
poder se concentra en manos de
un gobernante, porque serán
victimas de la tiranía*
Montesquieu

Existen diversas formas y significados del CONTROL , los cuales analizaremos brevemente así.

- Control es una actividad inherente a la planeación de las actividades humanas, a la organización empresarial o institucional de cualquier orden que no improvisa, está sujeta a la arbitrariedad, al abuso del poder y al despilfarro de los recursos que no logran las metas para las cuales se constituyó. “El Estado como una macroempresa económica y política, lleva dentro de su estructura constitucional, el control de la legalidad que corresponde a su naturaleza de Estado de Derecho, dentro de cuyos

parámetros deben actuar los distintos órganos del poder que lo conforman”¹⁰.

- El control también puede ser aquel consistente en la política analítico preventiva, que a través de mecanismos debidamente programados vigila, informa, evalúa y corrige situaciones o procedimientos que ponen en peligro la estabilidad estructural, operativa y funcional del sistema, atentado contra la supervivencia de la empresa u organización, o impidiendo el rendimiento óptimo hacia la conquista de los objetivos propuestos.
- Por control organizacional se entiende el mecanismo administrativo que permite determinar el Estado y el comportamiento de las diversas variables de la organización , con miras a corregir las desviaciones que en ellas se den y sus posibles causas.
- Por control estratégico integral el servidor público no es un costo sino una inversión; una empresa nunca tiene utilidades sino costos de inversión para mejorar.
- “El control integral implica la observación, examen, supervisión, revisión, análisis, evaluación, verificación objetiva y sistemática de operaciones de la entidad fiscalizada que nos lleve a determinar la efectividad, eficacia, economía en la realización de sus planes, programas, políticas y objetivos

¹⁰ BETANCUR AGUILAR Jorge Hernán,. *El Control Fiscal en Colombia*, Luz editorial. Pág. 44 y ss.

preconcebidos a corto, mediano y largo plazo con la mayor calidad y el menor costo posible”¹¹.

2.4 DEFINICIÓN CONTROL FISCAL

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “el Control fiscal es diferente al administrativo”. El primero es esencial, persigue el debido recaudo e inversión de los fondos públicos, conforme a las determinaciones legales del caso, o sea en armonía con presupuestos válidamente adoptados sobre el monto de las rentas por recaudar y los gastos e inversiones de servicios por hacer.

“El segundo, el control administrativo, busca entre otros fines ajustar la ejecución administrativa a los planes y programas de desarrollo, es decir, verificar su conformidad con ellos; es, en síntesis, la evaluación de los resultados y progresos sostenidos. Por eso se dijo que sin la evaluación no es posible responder por la eficacia de ejecución, o sea el conjunto de actos, hechos y operaciones administrativas”¹²

El artículo 4 de la Ley 42 de 1993, define el control fiscal como:

“Una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

¹¹. BOGOTÁ MUÑOZ, Mauricio, “El Control Fiscal, Herramienta de Gestión”, editorial Cra..7, 2000. Pág 140 ss

¹² *Gaceta judicial*, tomo CXXXVII, No.2331, pág 186

Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales y Municipales, los auditores, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la presente Ley”.

2.5 OBJETIVO DEL CONTROL FISCAL

El control fiscal es de gran importancia si se tiene en cuenta que la concepción de un Estado social de Derecho, tal como lo establece la Constitución Política, se materializa en el ejercicio de las entidades de control sobre sus vigilados, independientemente de que sean entidades de derecho público o privado, siempre y cuando éstas administren ingresos públicos, permitiendo que se verifique el manejo adecuado de los citados recursos, enmarcados dentro de los fundamentos de control fiscal.

Es por ello que su objetivo principal es: Vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación, tendientes a la protección de los recursos del Estado.

2.6 EL MODELO DE CONTROL FISCAL EN EL CONTEXTO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Las variables político-económicas que se proyectaron en el proceso de reforma constitucional, así como la necesidad de ajustar la Carta Política a los nuevos paradigmas del derecho constitucional contemporáneo (alemán y español,

principalmente), hicieron variar el modelo de Estado, para pasar de un Estado de Derecho, a otro denominado Estado Social de Derecho, en donde el papel del Estado, y del ordenamiento jurídico, adquiriera una dimensión mucho más material que garantice el logro de sus fines esenciales que básicamente son de carácter social, mediante una gestión pública eficiente y eficaz.

Por estas razones, el constituyente del 91 a su vez reemplazó el esquema del control fiscal vigente en la época (control numérico-legal), por un modelo que además de tener una mayor proyección técnica y evaluativa, respondiera a su vez a la dinámica de una administración pública eficiente, dentro del programa de modernización del Estado, y el plan de desregulación y privatización de algunos sectores productivos de la administración pública.

En otras palabras, el esfuerzo de cambio promueve la "transición de una cultura organizacional de carácter burocrático, a otra centrada en la responsabilidad por los resultados, la eficiencia y el reconocimiento del mérito".

Pues bien, se concluye, a grandes rasgos, que si para el esquema de un Estado de derecho correspondía, un control numérico-legal, para desarrollar el nuevo postulado del Estado Social de Derecho, se necesitaba de un control menos formal, que tuviera un mayor énfasis en la gestión y en los resultados.

"Con la promulgación de la Carta Política de 1991, la función pública del control fiscal adquiere una nueva dimensión en la medida de que la actividad debe orientarse dentro de la filosofía del nuevo Estado Social de Derecho en general, y

específicamente dirigida a la aplicación de los principios de
eficacia, económica, equidad y valoración de los costos
ambientales"

Así, pues, se suprimió el control fiscal previo y perceptivo y se reemplazó por el
denominado control posterior y selectivo.

3. EL CONTROL FISCAL COMO FUNCIÓN PÚBLICA

El tema del control fiscal constituye uno de los aspectos importantes en la parte orgánica de nuestra carta política. El artículo 113 recoge la fórmula tradicional de la separación de poderes, ratificando el postulado filosófico político según el cual la concentración del poder tiende por naturaleza a su corrupción y, por ello, es necesario dividirlo por especialidades, según las funciones básicas del Estado de dictar las leyes, ejecutarlas y administrar justicia; pero adicionalmente la constitución consagra las funciones de control y electoral otorgadas a unos organismos autónomos e independientes de las tres ramas del poder. “En Colombia se consagra una total desmembración del control fiscal respecto de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial”¹³.

Igualmente la Carta Superior en su artículo 267, expresa el carácter de función pública que tiene el control fiscal, categoría esta que aproxima dicha función al marco general del ejercicio de los poderes públicos, desarrollado por la misma Constitución, en el capítulo 2o. del Título V, y en el capítulo 5o. del Título VII, en aras de alcanzar los fines del Estado.

La Corte Constitucional ha sostenido:

“(…) el control fiscal, es una función pública, autónoma que ejercen los órganos establecidos en la Constitución con ese preciso objeto, dicho control se extiende a las actividades, operaciones y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos y particulares, y su objeto es el

¹³ MAZO GIRALDO, *Hernán Alonso. Apuntes para una teoría del Control Fiscal en Colombia, página 41, año 1996.*

de verificar mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno – que las mismas se ajusten a los dictámenes previstos en la Constitución y a Ley (...)”¹⁴.

Tanto las Contralorías y sus funcionarios, considerados éstos como servidores públicos, se encuentran enmarcados dentro de la Carta Superior, esto últimos en el artículo 123, que dispone: “... los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y que el ejercicio de sus funciones se debe ceñir a la Constitución, la ley y los reglamentos”, es decir, cumple una función pública en el ejercicio de sus funciones.

PRINCIPALES CONTROLES INTERNO Y EXTERNOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Igualmente, encontramos que nuestra Constitución Política desarrolla tanto controles internos como externos para la administración, entre los internos encontramos:

- ❖ Control judicial artículos 86 – 87 – 229 – 237 – 241.
- ❖ Control administrativo o disciplinario artículos 6 – 277.
- ❖ Control político artículo 144
- ❖ Control fiscal artículo 267
- ❖ Control interno artículos 6 – 209 – 268 – 269.

Como un control social externo, encontramos:

- ❖ el control ciudadano artículos 103, 270

¹⁴. *Sentencia C-385 de 1995, Corte Constitucional.*

3.1 EL CONCEPTO DE LO POSTERIOR Y SELECTIVO

Ahora bien, en relación con la determinación del horizonte temporal que delimita lo previo de lo posterior, 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, podemos decir que 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.

En relación con estos conceptos, relativos al control posterior y la selectividad, la Ley 42 de 1993, en su artículo 5 los define así:

Control posterior: es “ la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos de los mismos .

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 “.Para el ejercicio del control posterior y selectivo las contralorías podrán realizar las diligencias que consideren pertinentes.

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, 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 3 de la Ley 20/75, 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 9 (modificatorio del 309 del Código de Régimen Municipal Decreto 1333 de 1986) que el control de la gestión fiscal de los municipios se cumpliría exclusivamente en las etapas perceptiva y posterior”¹⁵.


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.

¹⁵ SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *Responsabilidad Fiscal y el Control del Gasto Público*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2004. Página

3.2 LOS SISTEMAS DEL CONTROL FISCAL:

La Ley 42 de 1993, define los nuevos controles denominados también como los sistemas del control fiscal, así:

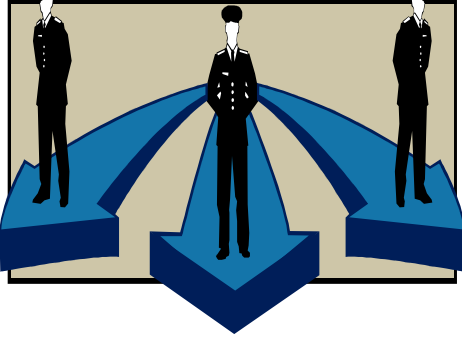
3.21 El control financiero tiende a determinar la razonabilidad de las operaciones y estados financieros de las entidades mediante normas de auditoría de aceptación general, verificando el cumplimiento de las normas prescritas para ello.

Base legal		Esquema general	Objetivo
Art.267 CP. 1991 Arts. 9 y 10 Ley 42-93 Art. 7 Ley 43-90 Art. 33 Decreto 2649-93			Emitir un dictamen u opinión sobre la razonabilidad del contenido y presentación de los estados financieros. Formular recomendaciones para mejorar los controles internos, los procedimientos, los sistemas de orden financiero o cualquier otro aspecto de las entidades.
Alcance	Definición		Verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicadas a cada entidad en particular
Esta orientado hacia la emisión de una opinión o dictamen, respecto a la razonabilidad de los estados financieros	Es el examen que se realiza, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera.		<h1>Control</h1>
CARACTERÍSTICA			
<ul style="list-style-type: none"> * Examen, con el fin de obtener evidencia comprobatoria para evaluar sistemas y Procedimientos financieros y administrativos. * Permite que el auditor exprese y sustente una opinión, acerca de la gestión desarrollada por la entidad. * Evalúa las operaciones y transacciones, para determinar la razonabilidad en la presentación y contenido de los estados financieros. * Concluye con un informe presentando los resultados y sus recomendaciones 			

Financiero

financiero

3.2.2 El control de legalidad “es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se haya realizado conforme a las normas que le son aplicables”.

Base legal		Esquema general	Objetivos
<p>Art.267 CP. 1991</p> <p>Arts. 9 y 11 Ley 42-93</p>			<p>Verificar el cumplimiento de la normatividad y procedimientos aplicables a los entes sujetos de control.</p> <p>Emitir un pronunciamiento sobre el acatamiento al ordenamiento jurídico de las actuaciones financieras, administrativas, económicas.</p> <p>Instaurar acciones en caso de manifiesta o flagrante violación a la ley o permisión de la misma.</p>

Alcance	Definición
<p>Verificación el cumplimiento de las disposiciones que deben desarrollar sus actividades y operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole</p>	<p>Es la comprobación de que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad, para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le sean aplicables</p>

CARACTERISTICA


<p>Autónoma e independiente y puede realizarse simultáneamente con otros mecanismos o sistemas de control.</p> <p>Es un sistema necesario en el ejercicio del control fiscal, ya que permite la secuencia de la fiscalización.</p> <p>Se efectúa en forma posterior y selectiva a la expedición del acto administrativo analizando su legalidad.</p> <p>Concluye con un informe, como resultado de la verificación y análisis legal de las actuaciones y operaciones financieras, administrativas y económicas.</p>

Control

de

legalidad

3.2.3 El control de gestión “es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño”.

Base legal		Esquema general	Objetivo
<p>Art.267 CP. 1991</p> <p>Arts. 9 y 10 Ley 42-93</p>			<p>Producir un informe integral sobre la gestión efectuada por la eficiencia, eficacia, economía y equidad.</p> <p>Identificar plenamente el objetivo social de la entidad con el fin de establecer la orientación y cumplimiento de la actividad.</p> <p>Verificar si la asignación de los recursos fue la correcta para maximizar los resultados.</p>

Alcance	Definición
<p>Analiza la eficiencia en la utilización de los recursos. Parte de los indicadores de rentabilidad y excedente publico, generados por las entidades.</p>	<p>Es el examen. De la eficiencia, economía y equidad en la administración de los recursos públicos por medio de información tanto interna como externa de tipo contable, comercial, estadística y operativa</p>

CARACTERÍSTICAS


<p>Determina resultados específicos al integra los diferentes factores que intervienen en el proceso productivo..</p> <p>Corroborar el cumplimiento de los planes y programas en un periodo de tiempo determinado. .</p> <p>Identifica las potencialidades de la empresa publica para generar riqueza.</p> <p>Calcula índices específicos de precios y cantidades</p>

Control

de

Gestión

3.2.4 El control de resultados “es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado”.

Base legal		Esquema general	Objetivos
<p>Art.267 CP. 1991</p> <p>Arts. 9 y 10 Ley 42-93</p>			<p>Evaluación de conjunto. Permite suministrar la información suficiente para emitir conclusiones y formular recomendaciones con relación a las entidades evaluadas.</p> <p>Inicia las correspondientes investigaciones y juicios fiscales.</p> <p>Imponer sanciones a los funcionarios cuando sea el caso</p>

Alcance	Definición
<p>Mediante el mismo se identifican los logros cuantitativos y cualitativos de una administración en un periodo determinado.</p>	<p>Es el análisis que se realiza para determinar en que medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un periodo establecido.</p>

CARACTERISTICAS

<p>Exigir informes de su gestion fiscal a l os empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad privada que administre fondos o bienes de la Nación, departamento o distrito.</p> <p>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</p>
--

Control

de

Resultados

“El cambio, sin embargo, no se limitó al momento en que se produce el control y la forma del mismo, sino además se enriqueció la valoración de dicha vigilancia con unos nuevos elementos de corte económico-administrativo, configurados en el artículo 267 constitucional, como controles de gestión y de resultados”¹⁶. En otras palabras, esta vigilancia de la gestión fiscal que realiza las Contralorías incluye el ejercicio de un control financiero que alude a la administración o manejo de sus bienes, en sus diferentes o sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición, y de una vigilancia de gestión de resultados, entendidos estos últimos como el cumplimiento del objeto misional y las metas y objetivos establecidos en el proceso de planeación de la gestión.

El organismo superior de control fiscal debe asegurar a la sociedad la debida utilización de sus bienes y fondos, pero no únicamente en lo relativo al cumplimiento de unas normas y procedimientos, sino examinando que los resultados obtenidos por quienes gestionan el patrimonio público, coincidan con los objetivos de la sociedad como un todo y que dichos resultados se hayan obtenido de manera eficiente, considerando en cada caso las condiciones especiales que sin lugar a dudas existen para la actividad de los entes estatales.

El párrafo del artículo 9 de la ley 42 de 1993, prevé que el Contralor General de la República podrá adoptar, mediante reglamento especial, otros sistemas de control que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad. Igualmente, el artículo 19 de la multicitada ley 42/93, indica que los sistemas de control podrán aplicarse en forma individual, combinada o total, y que igualmente se podrá recurrir a cualesquiera otro generalmente aceptado.

¹⁶ · BETANCUR AGUILAR. *Jorge Hernán*,. *El Control Fiscal en Colombia*,. Editorial Luz. pág. 63.

Como el control fiscal, debe estar sujeto a los principios de administración pública va mucho más lejos del simple control numérico legal, es decir, también se efectúa un control físico, con el objeto de medir la eficiencia, economía y eficacia de las operaciones, procesos y actividades, en función de la calidad, cantidad y oportunidad en la adquisición, producción y prestación de bienes y servicios.

A través de este control, entre otros objetivos, se evalúa si los bienes y servicios adquiridos cumplen con la calidad, característica y especificaciones técnicas requeridas, si su cantidad fue necesaria y la oportunidad en su adquisición; se determina y evalúa si los bienes producidos han satisfecho los requerimientos en cuanto a calidad, cantidad y oportunidad; y se verifica y evalúa si los servicios ofrecidos y / o prestados satisfacen la demanda y los requerimientos de los usuarios, en términos de calidad, cobertura y oportunidad en el ofrecimiento y / o prestación de los mismos.

Pues bien, las Contralorías han implementado metodologías de evaluación adecuadas a las entidades públicas, diferentes a las utilizadas por las empresas privadas, las cuales se fundamentan básicamente en la evaluación financiera.

4. LOS PRINCIPIOS DEL CONTROL FISCAL

El artículo 267 de nuestra Constitución, indicó los criterios de valoración para ejercer estos controles, relativos a la eficiencia, la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales; y son reafirmados en la ley 42 de 1993 en los siguientes términos:

4.1 La eficiencia: “Consiste en lograr que la asignación de los recursos sea la más conveniente para maximizar los resultados de la administración; es decir, involucra elementos subjetivos que, stricto sensu, constituyen decisiones políticas, como la conveniencia en la asignación de recursos orientada al logro de determinadas metas institucionales.

En otras palabras, lo que realmente se mide es la forma como se manejan los recursos disponibles para la obtención de las metas o resultados misionales. Esta relacionada con aspectos interno de la organización y no con los aspectos externos de la entidad.

La eficiencia esta dada como una medida del buen manejo de los recursos o de las variables existentes en el proceso de la administración pública. Los recursos o variables que están presentes en el proceso son: materiales, humanos, tecnológicos, logísticos, metodológicos y monetarios”¹⁷

En la Constitución se incorpora en varias de sus disposiciones el concepto de eficiencia, que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la

¹⁷ ROZAS VEGA. Gabriel. *El saneamiento fiscal un compromiso de la sociedad*. Pág. 114 .Bogotá 1997.

adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros casi siempre limitados de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias.

4.2 La economía: “Comporta un elemento más objetivo y está orientado a que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo”.

Consiste pues, en que el valor contratado sea menor o igual que el valor del mercado. Este principio comporta un elemento objetivo que se traduce en una operación matemática, analizando que la asignación de recursos haya sido la más conveniente a nivel del costo, lo que permite a la vez maximar los resultados y cumplir los fines propuestos.

Se busca determinar si con los recursos disponibles, se obtiene el máximo de desempeño de la entidad y, adicionalmente, se verifica el parámetro de los costos mínimos

4.3 La equidad: “Adquiere una nueva dimensión si se consulta la orientación filosófico-política del Estado Social de Derecho y si se tiene en cuenta que constituye un fin esencial del Estado Colombiano la promoción de la prosperidad general y que las autoridades están instituidas “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado” artículo 2 de la Constitución Nacional. En este orden de ideas, las autoridades de control fiscal deben, de acuerdo con el principio de equidad, identificar

los receptores de la actividad económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales”.

La equidad se refiere a la proporcionalidad de la gestión, al concepto de justicia, de igualdad, a la caracterización socio-económica de los ingresos y las inversiones aplicadas a satisfacer las necesidades de la comunidad.

En cuanto a la determinación de la equidad en las entidades concebida a través de los valores trazados por el preámbulo de la Carta, entre otros preceptos constitucionales, y su medición frente al gasto público, se propone la aplicación del principio del gasto inversamente proporcional, pues la proporcionalidad mantiene las desigualdades existentes.

“Ya no se trata de eliminar las causas estructurales de la pobreza, sino de concentrar la capacidad de acción del gobierno en unas áreas muy selectas, donde el efecto del gasto público sobre el crecimiento y la equidad es mayor; es decir, orientar la inversión pública hacia aquellas actividades con más altas necesidades, como sería el caso de la educación y la salud. Con estos lineamientos, el gasto social se considera como un medio para incrementar la productividad, y con ello mejorar la distribución del ingreso entre los distintos estratos de la población del país”¹⁸.

El indicador de equidad se calcula teniendo en cuenta la participación de la comunidad en el total de la población y se confrontan frente al total de los beneficios recibidos, frente al total de los mismos.

¹⁸ BUELVAS HOYOS. Jorge Luis. *Normas y procedimientos de Control Fiscal*. Pág. 87.

4.4 Valoración de los costos ambientales: Nuestra carta Política en varios artículos plasma la voluntad del constituyente, de establecer una política integral para la protección del medio ambiente, la cual incluye desde educación, investigación y organización, hasta la creación de nuevas tecnologías.

Este principio nos permite cuantificar el impacto por el uso, el deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente, y a su vez, evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

En conclusión, se puede afirmar que la finalidad de la gestión fiscal es el adecuado manejo y ejecución de los recursos públicos, atendiendo los principios impuestos por la ley y buscando alcanzar los fines del estado.

De esta forma, la responsabilidad fiscal solo comprende las conductas derivadas de la gestión fiscal que es una especie de la gestión pública, es decir, las actuaciones funcionales y contractuales mediante las cuales el servidor público o un particular que administra los bienes o fondos públicos, le produce un daño patrimonial al estado. Así, si la lesión se ocasiona por fuera de tales actos de la gestión fiscal, no habrá responsabilidad de carácter fiscal, sino otras, ya sea penal, disciplinario o civil.

4.5 Eficacia: “Se refiere al cumplimiento de metas; para el efecto de determinarla, se compara la cantidad, la calidad, el tiempo y la oportunidad frente a los resultados.

Se entiende por eficacia el logro de los fines a cargo del Estado que satisfacen las necesidades, deseos y demandas de los ciudadanos y que alcanzan el cumplimiento de la misión encomendada”¹⁹.

Existe una gran diferencia entre medir la eficacia y medir la efectividad. La eficacia es una medida de lo que cuesta cada unidad de resultado. La efectividad es una medida de la calidad de ese resultado. Cuando medimos la eficacia, sabemos lo que cuesta conseguir un resultado específico. Cuando medimos la efectividad, sabemos si nuestra inversión tiene valor.

Tanto la eficacia como la efectividad son importantes. Pero cuando las organizaciones públicas empiezan a medir sus rendimientos, a veces miden sólo su eficacia, los asociados evidentemente queremos un gobierno eficaz, pero aún más un gobierno efectivo. El centrarse en la eficacia más que en la efectividad también tiende a alienar a los funcionarios.

¹⁹ MAZO GIRALDO Hernán Alonso, *Apuntes para una teoría del control fiscal en Colombia, segunda edición 1997, pagina53*

5. EL CONCEPTO DE LA GESTIÓN FISCAL

Dentro del conjunto de facultades otorgadas al contralor General de la República, el artículo 268 de la Constitución Política consagra como una de las funciones la de determinar la responsabilidad que se derive de la acción fiscal, la cual tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario público o del particular que realice una gestión fiscal, ineficiente, ineficaz, antieconómica, inequitativa o sin valoración de los costos ambientales, o su conducta contribuya a la causación del daño.

“En vigencia de la Ley 42 de 1993, si bien es cierto la misma no consagraba una definición expresa del control fiscal, la jurisprudencia se encargó de hacerlo, y concluyó que 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 las adecuadas y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, el manejo y la 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. Hoy, la ley 610 de 2000, recoge esta definición jurisprudencial”²⁰.

²⁰ LOMBO LIEVANO, María Claudia.. *Documento Aspectos Generales del Control Fiscal*.

La Corte Constitucional desarrolló el concepto de gestión fiscal en diferentes sentencias:

“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”²¹.

La Carta Política de 1991, a partir de los nuevos paradigmas institucionales derivados del concepto integral del Estado Social de Derecho, trazó los elementos para concebir una gestión pública orientada a los resultados, basada en el fortalecimiento de dos aspectos esenciales: la gestión integral con participación ciudadana y la capacidad institucional de los organismos y entidades gubernamentales.

5.1 LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y COMUNITARIA EN EL CONTROL FISCAL

La gestión pública orientada a resultados involucra igualmente la participación ciudadana en los procesos de definición, ejecución y evaluación de planes.

La participación debe garantizar que el sistema de gestión este constantemente orientado a la satisfacción de demandas y expectativas de la sociedad, convirtiéndose

²¹ Sentencias No.C-529/93MP.Eduardo Cifuentes; C-167/95; C-586/95MP. Eduardo Cifuentes y José Gregorio Hernández; C-272/96.

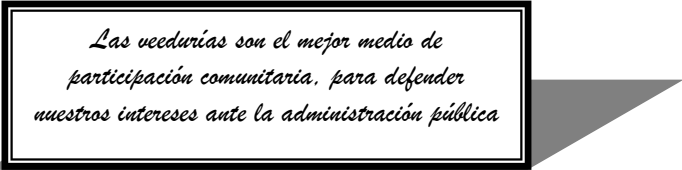
esta en la mayor responsabilidad de la sociedad civil en las unidades de gestión de cada programa.

“No se trata solo de cumplir con objetivos sino también de generar resultados que materialicen el desarrollo de la región. Esto implica desatar un proceso que involucre al conjunto de la sociedad civil en la formación de un nuevo ciudadano que juegue un papel más activo en la concreción del desarrollo”²².

La Constitución Política de 1991 consagró en varios de sus artículos, la participación comunitaria como herramienta de vigilancia de las funciones del Estado, del control de Gestión y de Gasto público, para solucionar, especialmente las necesidades básicas de la comunidad.

No obstante, las innumerables funciones que deben cumplir las distintas veedurías, las entidades encargadas de promocionarlas y conformarlas carecían de una reglamentación oficial para su constitución y convocatoria, así como la inaplicabilidad de las normas que consagran los requisitos para el ejercicio del cargo de veedor, procedimiento subsanado con la expedición de la ley 563 de febrero 2 del 2000, la cual fue declarada inexecutable posteriormente por la sentencia C1338-00.

El legislador se preocupó nuevamente de las veedurías ciudadanas y mediante la ley 863 de 2003 las reglamentó.



Las veedurías son el mejor medio de participación comunitaria, para defender nuestros intereses ante la administración pública

²² ESCOBAR GOMEZ, Germán. Revista Brújula Fiscal, Edición interna de la Contraloría General de Caldas. Edición 5 Manizales 2000. Pág.2000

5.1.1 ¿QUE SON LAS VEEDURÍAS CIUDADANAS?

Se entiende por Veeduría Ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y *órganos de control*, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público. Artículo 1 de la ley 850 de 2003

5.1.2. OBJETIVOS DE LAS VEEDURÍAS CIUDADANAS

- ↳ Fortalecer los mecanismos de control contra la corrupción en la gestión pública y la contratación estatal;
- ↳ Fortalecer los procesos de participación ciudadana y comunitaria en la toma de decisiones, en la gestión de los asuntos que les atañen y en el seguimiento y control de los proyectos de inversión;
- ↳ Apoyar las labores de las personerías municipales en la promoción y fortalecimiento de los procesos de participación ciudadana y comunitaria;
- ↳ Velar por los intereses de las comunidades como beneficiarios de la acción pública;
- ↳ Propender por el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la función pública;
- ↳ Etablir una relación constante entre los particulares y la administración por ser este un elemento esencial para evitar los abusos de poder y la

- parcialización excluyente de los gobernantes;
- ↳ Democratizar la administración pública;
- ↳ Promocionar el liderazgo y la participación ciudadana.

5.1.3. FUNCIONES DE LAS VEEDURÍAS

- ↳ “Vigilar los procesos de planeación, para que conforme a la Constitución y la ley se dé participación a la comunidad;
- ↳ Vigilar que en la asignación de los presupuestos se prevean prioritariamente la solución de necesidades básicas insatisfechas según criterios de celeridad, equidad, y eficacia;
- ↳ Vigilar porque el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales;
- ↳ Vigilar y fiscalizar la ejecución y calidad técnica de las obras, programas e inversiones en el correspondiente nivel territorial;
- ↳ Recibir los informes, observaciones y sugerencias que presenten los ciudadanos y organizaciones en relación con las obras o programas que son objeto de veeduría;
- ↳ Solicitar a interventores, supervisores, contratistas, ejecutores, autoridades contratantes y demás autoridades concernientes, los informes, presupuestos, fichas técnicas y demás documentos que

permitan conocer el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos;

- ↳ Comunicar a la ciudadanía, mediante asambleas generales o en reuniones, los avances de los procesos de control o vigilancia que estén desarrollando;
- ↳ Remitir a las autoridades correspondientes los informes que se desprendan de la función de control y vigilancia en relación con los asuntos que son objeto de veeduría;
- ↳ Denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los funcionarios públicos”²³.

²³ *BERMUDEZ ZULUAGA, José Fernando. Folleto sobre Veeduría ciudadana de Control Fiscal. Contraloría General de Caldas. Manizales 2000*

6. SUJETOS DEL CONTROL FISCAL

Los artículos 2 y 3 de la Ley 42 de 1993, nos detallan quienes son sujetos del control fiscal a nivel nacional, departamento y municipal, al igual que los demás entidades de economía mixta, en proporción al aporte o participación económico que el Estado tenga en ellas.

Artículo 2: Son sujetos de control fiscal los órganos que Integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e Independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo.

Artículo 3. Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior.

Para efectos de la presente Ley se entiende por administración territorial las entidades a que hace referencia este artículo.

7. LA REVISIÓN Y FENECIMIENTO DE LAS CUENTAS

“Sobre la revisión y fenecimiento de las cuentas, como otra facultad de las contralorías con respecto de los responsables del erario, determinando el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado, nos habla el artículo 268, numerales 2 y 5 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 72 y siguientes de la ley 42 de 1993”.²⁴

La ley 42 de 1993, por su parte, señala que la Contraloría General de la República indicará los métodos, formas y plazos, para esa rendición.

La facultad prevista en el artículo 268 de la Carta Política, es de tipo reglamentario, la cual permite que el Contralor General de la República expida reglamentos generales mediante los cuales se prescriban dichos métodos y la forma de rendición de cuentas, así como la indicación de los criterios técnicos de evaluación financiera, operativa y de resultados, cuyo campo de aplicación se extiende a nivel nacional y territorial.

Por lo tanto, esta facultad sugiere un papel de coordinación de la Contraloría General de la República frente a las contralorías departamentales, distritales y municipales.

7.1 QUÉ SE ENTIENDE POR CUENTA

²⁴ MAZO GIRALDO, Hernán Alonso. *El Control Fiscal en Colombia*. Pág. 77

La ley 42 de 1993, entiende por cuenta, en su artículo 15, "el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario, en un periodo determinado".

Fijémonos que el informe acompañado de sus soportes, hace relación a las operaciones realizadas por los responsables del erario, en un período determinado. Por esa razón, la Contraloría al reglamentar estas materias, señala el período en el cual deben rendirse las cuentas, por parte de los responsables fiscales, como se verá luego.

7.2 LOS RESPONSABLES DE RENDIR CUENTAS

La ley 42 de 1993, en su artículo 16, advierte que el Contralor General de la República, determinará las personas obligadas a rendir cuentas.

Dicha facultad se hace extensiva a los contralores territoriales, según lo precisa el artículo 65 consagrado en la misma ley.

La rendición de cuenta, "es el deber legal y ético que tiene todo funcionario o persona de responder e informar por la administración, manejo y rendimiento de fondos, bienes y / o recursos públicos asignados y los resultados en el cumplimiento del mandato que le ha sido conferido". Entendiéndose por "responder", aquella obligación que tiene todo funcionario público y persona que administre y / o maneje fondos, bienes y / o recursos públicos, de asumir la responsabilidad que se derive de su gestión fiscal.

Son responsables de rendir cuenta todos los funcionarios públicos y particulares que administren y / o manejen fondos, bienes y / o recursos públicos..

De esta forma, los responsables de rendir cuentas son los denominados responsables del erario, es decir, los representantes legales de las entidades vigiladas por las Contralorías, pues en cabeza de ellos recaen las facultades generales de recibir, invertir, administrar y / o recaudar fondos o bienes públicos, y a su vez, la de custodiar los bienes o fondos de ese carácter.

En este sentido, dichos responsables del erario, son entonces los jefes o directores de las entidades de orden nacional, departamental, y municipal, según sea el caso y los particulares que manejen, administren, recauden o inviertan recursos público.

Ahora bien, se denominan cuentadantes, a aquellas personas que en virtud de un vínculo contractual o nombramiento, son responsables de manejo, y a las personas que administrativamente se les haya asignado esa responsabilidad, como es el caso de los tesoreros o los pagadores, están obligados a rendir cuentas.

Estos aspectos son muy importantes, pues el nuevo control fiscal desarrollado por la Carta Política y reglamentado por la ley 42 de 1993, “extendió la responsabilidad en la administración y el manejo de los recursos públicos no sólo a los cuentadantes o empleados de manejo, sino también a los directores de las correspondientes entidades²⁵.

²⁵ BETANCUR AGUILAR. *Jorge Hernán. El Control Fiscal en Colombia. Editorial Luz. Pág. 75*

La ley 42, al delimitar el campo de la responsabilidad fiscal de los servidores públicos, la hizo extensiva a los directivos de la entidades y todo aquel que produzca decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y también a los contratistas y particulares, en el evento que ellos causen detrimentos al patrimonio público que se les ha confiado por razones contractuales o de administración delegada.

El mismo Contralor, entonces, tiene la facultad de señalar el término y la forma de la rendición de cuentas, por parte de los responsables fiscales, efecto para el cual puede expedir las respectivas resoluciones reglamentarias.

7.3 EL FENECIMIENTO DE LAS CUENTAS

“Si de la revisión se deduce que la cuenta está correcta, en cuanto al manejo reglamentario de sus operaciones, desde el punto de vista legal, financiero, contable y técnico, y además se han alcanzado los fines valorativos propios de esa gestión, relativos a la eficacia, la economía, la eficiencia y la equidad, la Contraloría procede a fenecer la cuenta”²⁶.

Entonces, fenecer la cuenta, es aprobar las operaciones que ella contiene.

7.4 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FENECIMIENTO

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

²⁶ MAZO GIRALDO, *Hernán Alonso. Apuntes para una Teoría del Control Fiscal en Colombia. Contraloría General de Antioquia. Pág 51. Medellín 1996*

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.

7.5 LA PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL FENECIMIENTO

El principal efecto jurídico del fenecimiento es que este no hace tránsito a cosa juzgada o cosa decidida en materia fiscal.

En efecto, el artículo 17 de la ley 42 de 1993, advierte:

"Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal".

Es decir, que la hipótesis normativa acaece si el fenecimiento se produjo sobre documentos que ocultaban operaciones fraudulentas o irregulares, las cuales son detectadas en forma posterior. En este caso, la Contraloría puede levantar el fenecimiento e iniciar el juicio fiscal, situación esta que implica que el fenecimiento no hace tránsito a cosa juzgada o decidida en materia fiscal, como se dijo.

“En el evento del supuesto contenido en el artículo 17 de la ley 42 de 1993, la Contraloría debe proceder a levantar el fenecimiento, mediante otro acto administrativo

motivado que lo revoque, y dar inmediato inicio de la respectiva investigación de carácter fiscal, mediante el trámite del proceso de responsabilidad fiscal²⁷.

Se concluye, pues, que la revisión de cuentas es un proceso administrativo tendiente a verificar la legalidad de las operaciones, sus aspectos técnicos, financieros y contables, para comprobar, de una parte, la exactitud de los ingresos y el gasto de los bienes y fondos públicos, y de otra, el grado de rendimiento social que con ellos se produjo, de conformidad con los criterios de evaluación previstos en las normas

Mediante el proceso de auditoria gubernamental con enfoque integral, revisará la información que los responsables fiscales presenten sobre su gestión fiscal, con el propósito de emitir pronunciamientos articulados e integrales sobre la misma.

7.6. TÉRMINO DE LA CADUCIDAD PARA INICIAR LA RESPECTIVA INVESTIGACIÓN FISCAL, EN CASO DEL LEVANTAMIENTO DEL FENECIMIENTO

A partir del 18 de agosto de 2000, con la expedición de la ley 610, el término de caducidad de la acción fiscal se fijó de manera expresa en cinco (5) años, contados a partir del momento de la ocurrencia del hecho constitutivo del daño patrimonial, término que delimita el efecto del levantamiento del fenecimiento para efectos del inicio de la respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

²⁷ MAZO GIRALDO, Hernán Alonso. *Apuntes para una Teoría del Control Fiscal en Colombia*. Contraloría General de Antioquia. Pág 53. Medellín 1996

§. PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

§.1 INTRODUCCIÓN

Este trabajo se centra en una de las funciones a cargo de la contralorías, la de “establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal” y “recaudar las sumas correspondientes” con el propósito de examinar si constituye un instrumento eficaz para luchar contra la corrupción y mejorar la calidad del gasto.

El proceso de Responsabilidad Fiscal es la facultad Constitucional otorgada a la Contraloría General de la República para ejercer control fiscal en cualquiera de sus modalidades y acciones sobre cualquier organismo del nivel territorial, cuya competencia natural recae en el ente de control fiscal territorial, relevando a éste de su competencia sobre los asuntos materia del mismo, con el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley, esto es, que sea requerido por las autoridades o personas legalmente autorizadas, precisando el asunto o materia sobre el cual debe recaer el control.

La responsabilidad fiscal en Colombia ¿es un instrumento para combatir la corrupción o estímulo a la misma?

“Identificada como uno de los problemas fundamentales que afronta nuestro país, la corrupción tiene fuerte impacto sobre la utilización de los recursos fiscales y debe recordarse que en materia de finanzas estatales muchas veces el problema no es tanto

la falta de recursos como la poca eficacia del gasto público; con lo que ello implica para el funcionamiento de Estado y para la sociedad en general".²⁸

De otro lado el principio de la responsabilidad, aparece registrado como uno de los principios jurídicos reguladores del Estado de Derecho, el cual se fundamenta en el artículo 6 de la Carta Política, según el cual los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la Ley, o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

"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".

Este principio tiene una relación inescindible con el principio de legalidad, 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 Constitución 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.

²⁸ NARANJO GALVEZ, Rodrigo Investigador Facultad de Jurisprudencia Línea de Investigación control del Gasto Público Universidad del Rosario Bogotá D.C.

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.

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

§.2 DIFERENTES TIPOS DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

En este aspecto, el servidor público puede ser sujeto de los siguientes tipos de responsabilidad, independientes entre sí e incluso simultáneas, y correlativos con los sistemas de control

- ↳ La responsabilidad política; 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.

En ese sentido, el constituyente del 91 introdujo en la reforma de la Carta, la figura de la moción de censura, cuya proposición es competencia de la Cámara de Representantes (art.135-8,9).

- ↪ La 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.

- ↪ La 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.

- ↪ La responsabilidad civil o patrimonial; que consiste en la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o económicas de un hecho o acto dañino.

- ↪ La responsabilidad fiscal, que se analizará más adelante, y

- ↪ “La 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 ley”²⁹.

§.3 LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Pues bien, en el anterior régimen constitucional se consideraba que la responsabilidad civil era el género, y la responsabilidad fiscal, aparecía como una especie de ella.

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.

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

²⁹FLOREZ RAMÍREZ, Alfredo Enrique. *El Proceso de Responsabilidad Fiscal en la Ley 610 de 2000*. Pág. 308 y 309

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.

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”³⁰.

Su fundamento constitucional se apoya en el artículo 6 de la Carta, como ya se dijo, y en el numeral 5 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 5, la competencia para establecerla.

Complementariamente, el desarrollo legal de la materia aparece desarrollado en la ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

§.4 CRITERIOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD FISCAL

La responsabilidad fiscal se declara a través del trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones materiales y

³⁰ ESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *La Responsabilidad Fiscal*. Pág. 81

jurídicas que adelantan las Contralorías, con el fin de determinar la responsabilidad que les corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregular 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 de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y esta obligado a reparar el daño causado al erario.

Para la estimación del daño se debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores se debe tener en cuenta que aquel 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, se ha de establecer no solo la dimensión de este, sino que se debe examinar también si eventualmente, a pesar de la gestión irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.

El proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo 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 corresponda a los servidores públicos o a 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.

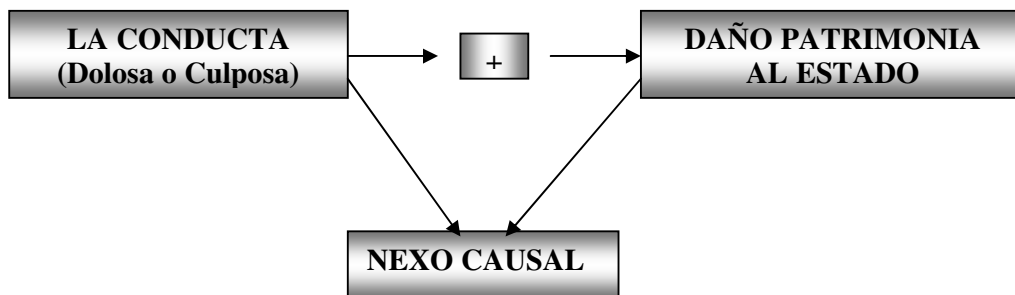
- La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumbe, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan por consiguiente el patrimonio estatal.
- Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque 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.
- Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas.
- Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal, ni administrativo (artículo 81 ley 42 de 1993). En efecto, 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 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, puede existir una acumulación de responsabilidad, con la disciplinaria y penal aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es

procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046-1994.

- “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 compatizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias del orden constitucional y legal, que dependen de necesidades fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata requerimientos de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad 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 permitan exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que ejerzan funciones públicas”³¹.

³¹ BOGOTA MUÑOZ, Mauricio. *Control Fiscal, Herramienta de Gestión*. Pág. 118, 126 y SS

9. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL



En cuanto a sus elementos esenciales, la responsabilidad fiscal ha sido estructurada bajo el esquema clásico de responsabilidad por el hecho propio: daño, culpa y relación de causalidad entre daño y culpa, en el cual la carga de la prueba recae en las contralorías. Así lo establecen los artículos 5 y siguientes de la Ley 610/00.

El artículo 5 de la ley 610 de 2000, precisa que la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

1. Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
2. Un daño patrimonial al Estado.
3. Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

9.1 LA CONDUCTA

La conducta designa la manera de actuar del ser humano; su comportamiento refleja la manera como él gobierna sus actos vitales.

Por eso se ha dicho que la conducta en sus distintas manifestaciones no es una creación artificial de ningún filósofo o legislador, sino un concepto extraído de la vida real, que se expresa en el continuo tráfico social, pues los hombres son seres que viven y actúan en un determinado contexto histórico.

El concepto conducta es más restringido que el término hecho, por el cual se entiende cualquier acontecimiento de la naturaleza o de carácter humano (voluntario o no), que produce efectos jurídicos.

En nuestro contexto, entonces, la conducta es la acción u omisión imputable al sujeto (servidor público o particular) que funcionalmente ejerce actos de gestión fiscal frente al patrimonio público.

Es decir, se requiere de la existencia de una conducta, activa u omisiva, dolosa o culposa, por parte de un servidor público o un particular, según el caso, que produzca un daño sobre los fondos o bienes públicos, y que entre una y otra exista un relación de causalidad.

Hay que agregar que 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.

- GRADO DE IMPUTACIÓN

Para efectos de deslindar los aspectos sustanciales de la conducta, y así mismo determinar el grado de imputación a partir del cual se determina la responsabilidad, la ley 610 de 2000, en el inciso primero del artículo 5, precisa que la conducta deberá ser dolosa o culposa. Y para los efectos de la determinación del grado de la culpa, el parágrafo 2 Del artículo 4 de dicho estatuto legal indica que el grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad será de la culpa leve.

Sin embargo la Corte Constitucional en Sentencia C-619 de 2002, M.M.P.P.: Jaime Cordoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil declaró inexecutable la referencia a culpa leve, contenida en el parágrafo segundo del artículo 4 y en el artículo 53 de la Ley 610, dejando en claro que el gestor fiscal responde solo por culpa grave y dolo. El argumento central de la Corte fue que el Congreso al determinar el grado de culpa por el cual se responde fiscalmente esta limitado en dos formas: por los valores, principios, reglas, incorporados en las normas atinentes a derechos fundamentales y como consecuencia del principio de igualdad, y por la forma en que la propia

Constitución ha determinado la naturaleza de responsabilidad patrimonial de los agentes del estado en otros supuestos similares.

La carga de la prueba en materia de todos los elementos sustantivos de la responsabilidad fiscal recae en las contralorías, a quienes corresponde por tanto demostrar todos ellos, incluida la culpa grave (artículo 5, 22 y 23 de la Ley 610 de 2000) y de no existir la plena prueba de este elemento, deberá dictarse fallo sin responsabilidad fiscal. Para el efecto de las contralorías pueden acudir a cualquiera de los medios de prueba previstos en los código contencioso administrativo, de procedimiento civil y de procedimiento penal (artículo 66 de la Ley 610), dentro de las oportunidades probatoria que contempla el proceso de Responsabilidad Fiscal, (artículo 24 a 32 entre otros).

“A partir de la sentencia C-619 de 2002, solo podrá adjudicarse responsabilidad fiscal cuando el gestor fiscal haya obrado con culpa grave. Por esta razón algunos ven esta decisión “la muerte de la responsabilidad fiscal”. Este fallo podría ser el comienzo de una reorganización que unifique los elementos básicos, las distintas formas de responsabilidad resarcitoria del servidor público, y permita así, lograr una certeza jurídica que hoy no existe debido a la inflación legislativa sobre la materia. La ley y la jurisprudencia entregan suficientes elementos de juicio para identificar culpa grave, de tal manera que la sentencia C-619 es más bien una oportunidad para perfeccionar y hacer más efectiva la responsabilidad fiscal”³².

En efecto, debe recordarse que en ese punto la Ley 610, si se mira con cuidado, repetía un viejo error que ha sido objeto de crítica por más de 200 años, nos referimos

³² “Cuatro tesis sobre responsabilidad fiscal”, contenido en la revista *Sindéresis*, No. 7, Auditoría General de la República, Bogotá, marzo de 2003, pág. 23

a la clasificación tripartita de culpas contenida en el artículo 63 del código civil, repetida por la ley 610/00. Este esquema ha sido criticado con toda razón como una construcción artificiosa que hace muy difícil la determinación de la responsabilidad, dejando el tema, en la práctica a discreción de los jueces. No se ve por tanto, cual era la ventaja de mantener la referencia a la culpa leve , cuando su concreción es tan sutil y gaseosa. Por ello, hoy la sentencia C-619 nos obliga a llevar a cabo lo que en su momento la ley 610 no hizo, es decir, definir la culpa grave a partir de criterios de derecho público.

En este sentido el derecho público nos entrega al menos dos instrumentos útiles, a saber:

- ↳ Los criterios específicos de culpa grave y dolo contenidos en normas constitucionales y en otras normas de derecho público, especialmente la Ley 678 de 2001 (por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición).
- ↳ La definición jurisprudencial de casos en los cuales surge la responsabilidad personal del funcionario.

La Constitución Política contiene normas específicas que orientan la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos. En primer término, son esenciales los artículo segundo, inciso segundo y 123 inciso segundo en cuanto definen el propósito de la acción estatal.

Así, los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 (por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición), contiene definiciones y presunciones específicas de dolo y culpa grave en la conducta de agentes estatales, y lo mismo hace, en lo relativo a la responsabilidad de funcionarios judiciales.

Estas presunciones son amplias, pues cobijan la mayoría de actuaciones irregulares de funcionarios que den lugar a condenas o reconocimientos indemnizatorios contra el Estado o agentes estatales en general:

Artículo 5. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

- ✘ Obrar con desviación de poder.

- ✘ Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.

- ✘ Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

- ✗ Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
- ✗ Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Artículo 6. CULPA GRAVE. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- ✗ Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
- ✗ Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
- ✗ Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error -inexcusable.
- ✗ Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

“Estas presunciones fueron demandadas en acción pública de inconstitucionalidad ante la corte Constitucional, como violatorias de los principios de buena fe y

presunción de inocencia. La Corte las declaró ajustadas a la Constitución (Sentencias C-374 y C-455 de 2002), aclarando que se trata de presunciones simplemente legales, que admiten prueba en contrario y que, en últimas, consagran suposiciones derivadas a partir de la realidad con el propósito de corregir desequilibrios de acceso a la prueba”³³.

9.2 DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO

Respecto de este elemento, cabe destacar los siguientes aspectos: la variedad de modalidad de daño entre ellas la relativa al “uso indebido”, la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional que extendió al lucro cesante la declaratoria de responsabilidad fiscal; el deber de las contralorías de proceder a la “indexación” del monto del perjuicio y la omisión del daño ambiental dentro de las posibilidades de daño patrimonial objeto de declaratoria de responsabilidad fiscal.

Este elemento fue definido expresamente en el artículo 6 de la ley 610, así:

Artículo 6. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

³³ SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público*, editorial Universidad del Rosario, primera edición, pág. 128 2004

Al definir daño patrimonial, la norma busca incorporar todas las múltiples posibilidades en las cuales se concreta un daño: menoscabo, detrimento, pérdida. De todas ellas, merece atención especial la relativa al “Uso indebido”, por su relación con el tema de gestión fiscal y con las nuevas posibilidades que abre el control. En efecto tanto el menoscabo como la pérdida y el deterioro, implican una disminución patrimonial, que siempre se concretará en una diferencia entre el valor del patrimonio objeto de gestión fiscal antes del hecho ilícito y el valor del mismo después de consumado este.

No sucede lo mismo con el uso indebido, esta modalidad de daño, en nuestro criterio, se manifiesta en una “pérdida o costo de oportunidad”, concepto que llevaba la responsabilidad fiscal, implica la posibilidad de extender la reparación a eventos que, en principio, bajo la limitada concepción de disminución patrimonial no serían indemnizables.

También se ha ampliado el alcance de la responsabilidad fiscal como resultado de la Sentencia C-840 de 2001, antes mencionada, en la cual la Corte Constitucional se aparta de la tesis tradicional según la cual las contralorías no podían declarar la responsabilidad por los “perjuicios” derivados de una indebida gestión fiscal, entendidos básicamente como lucro cesante, debiendo limitar su accionar al daño emergente.

“Pero si en lo relativo a la indexación la ley 610/00 trajo consigo un avance, no sucedió lo mismo en lo que respecta al daño ambiental. La Ley 610/00, menciona expresamente el principio de valoración de costos ambientales (artículo 3) pero no es instrumento del todo apto para definir responsabilidades por el daño ambiental, derivada de una gestión fiscal que contradiga el principio de valoración de costos

ambientales o viole las responsabilidades ambientales asignadas por la constitución y la ley a los propios órganos de control o a los sujetos de dicho control”³⁴.

9.3 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE DAÑO Y CULPA

El último de los tres elementos esenciales de la responsabilidad fiscal es la relación de causa a efecto entre el daño y la culpa, entendida esta última como culpa grave.

“Este nexo cuya existencia es indispensable para que se pueda derivar responsabilidad fiscal, implica en su formulación más simple que el daño fiscal debe ser consecuencia directa de la conducta culposa o dolosa del gestor fiscal. Y se entiende que no existe tal nexo, cuando en la producción del daño opera una causa extraña, es decir, fuerza mayor, caso fortuito o el hecho de un tercero”³⁵.

³⁴ SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público*, editorial Universidad del Rosario, primera edición, pág. 117 2004

³⁵ FLORES RAMÍREZ Alfredo Enrique. *El proceso de Responsabilidad fiscal en la Ley 610 de 2000*. Pág. 308 .

10. ASPECTOS SUSTANCIALES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

- ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PÉRDIDA, DAÑO O DETERIORO DE BIENES EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

La pérdida, daño o deterioro de bienes tiene que darse por causas distintas al 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.

La ley 610 en su artículo 7, agrega que 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 en 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 a los delitos tipificados en la legislación penal.

10.1 LA RESERVA PROCESAL

El artículo 20 de la ley 610 de 2000, prescribía que las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservadas hasta su culminación. En consecuencia, hasta no terminarse 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.

Según la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-477/2001, parte del artículo 20 de la ley 610 de 2000, fue declarado inexecutable.

“(...)bajo el entendido que la reserva a que se refiere deberá levantarse tan pronto se practiquen efectivamente las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica(..)”.³⁶

Agrega la Ley 610 de 2000, que el incumplimiento de esta obligación constituye falta disciplinaria, la cual será sancionada por la autoridad competente con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales.

Y señala, a su vez, que 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.

Por su parte, el artículo 33 de la ley 190 de 1995, denominada Estatuto Anticorrupción, indica:

"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

³⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Sentencia C-477 del 9 de mayo de 2001, Corte Constitucional*

control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos; los fallos serán públicos".

Y agrega la norma en sus párrafos, que la violación de la reserva será causal de mala conducta.

La Corte Constitucional se pronunció sobre el alcance de esta última disposición, 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(...)"

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.

Sin embargo, consideró aquella Corporación, 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(…)”.³⁷

Bajo este criterio, la Corte declaró exequible la norma, pero condicionando su aplicación al anterior criterio hermenéutico.

Es decir, que en el proceso de responsabilidad fiscal la reserva del proceso, debe mantenerse hasta agotada la etapa probatoria del proceso. 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, momento desde el cual la actuación procesal se torna pública.

10.2 CARÁCTER DE POLICÍA JUDICIAL

El artículo 10 de la ley 610 de 2000, señala que los funcionarios de los organismos de control fiscal que realicen funciones de investigación fiscal tienen el carácter de autoridad de policía judicial.

³⁷ *Monroy cabra Marco Gerardo. Sentencia C-477 del 9 de mayo de 2001, Corte Constitucional*

Este ejercicio de facultades especiales de policía judicial, permite que los investigadores fiscales puedan ejercer las funciones previstas en el Código de Procedimiento Penal.

“Ahora bien, como la Fiscalía General de la Nación y 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”.³⁸

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.

Adicionalmente, y de conformidad con 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 antaño-, 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 610/2000, prevé la posibilidad de creación de grupos conjuntos de investigación entre las contralorías, la Procuraduría,

³⁸ *QUINTERO JIMÉNEZ, Maritza del Socorro. Policía Judicial para el Control Fiscal en Colombia. Contraloría General de la República, segunda edición. Página 38 y SS. Bogotá 2000*

la Fiscalía, las personerías, y otras entidades de control, con el fin de realizar una vigilancia integral del manejo de los bienes y fondos públicos, así como de las actuaciones de los servidores públicos.

10.3 LA PARTE CIVIL

El artículo 18 de la Ley 20 de 1975, 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.

Se afirmó también que dicha facultad era inconstitucional, pues las Contralorías no pueden ejercer funciones administrativas diferentes a las inherentes a su propia organización; además, que las funciones ejercidas por el órgano de control son imperativas (debe ejercerlas) y no facultativas (podrá ejercerlas).

Ahora, la Ley 610 de 2000, en su artículo 65, precisa 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.

Las entidades que se constituyan en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados.

Y el parágrafo de la multicitada ley 610/00, dispone que la parte civil al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva no prestará caución.

Entonces, la Contraloría se debe constituir en parte civil solamente en el caso en que la entidad obligada a constituirse en parte civil no lo haga, ya sea por simple omisión o por imposibilidad procesal, en el evento en que el representante legal de la misma, quien tiene la capacidad de constituirse en parte civil por sí mismo o a través de apoderado, sea precisamente la persona investigada penalmente.

10.4 LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

La ley 610 de 2000, zanja de manera definitiva la polémica surgida en vigencia de la ley 42 de 1993, respecto de la caducidad de la acción fiscal, sobre “la tesis doctrinal y jurisprudencial sentada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional”³⁹, a través de la cual, y ante la ausencia de norma expresa que la fijara, se dedujo que dicho término de caducidad era de dos años, inferidos de la similitud entre esa acción y la de reparación directa regulada en el Código Contencioso Administrativo. A la dudosa comparación *mutatis mutandis*, se agregó a la polémica el punto de determinar a partir

³⁹ *Sentencia de Tutela T-973 de 1999 M.P.: Avaro Tafur Galvis*

de qué momento debía contarse el referido término, situación en la cual también hubo tesis mezcladas.

La nueva ley, es decir, la Ley 610/00, prescribe en su artículo 9º. que La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

10.4.1 DECRETO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

Para declarar la caducidad de la acción fiscal, el funcionario de conocimiento, una vez tenga las pruebas suficientes que demuestran que ha operado la caducidad de la acción fiscal, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto motivado debe decretar la caducidad de la acción fiscal; ya sea para hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 610 de 2000 o en vigencia de ésta.

Cuando se trate de hechos ocurridos antes de esta Ley, la motivación jurídica tiene que ser la señalada en los pronunciamientos jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional; y para hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 610 de 2000 o en vigencia de ésta.

“El auto que decreta la caducidad de la acción fiscal en un proceso de responsabilidad fiscal; por tener como consecuencia el archivo, debe ser sometido a grado de consulta, de acuerdo con el artículo 18 de la ley 610 de 2000 y demás normas

concordantes; caso distinto sucede cuando se decreta la caducidad antes de iniciar proceso o indagación, para lo cual las normas aplicables no han establecido ningún grado de consulta o revisión, igual circunstancia opera cuando se decreta la caducidad en el curso de una indagación preliminar⁴⁰.

10.5 LA PRESCRIPCIÓN PROCESAL DE LA ACCIÓN FISCAL

Del mismo modo, en vigencia de la ley 42 de 1993, se había interpretado la determinación de la prescripción de la acción fiscal, en el evento de que no se cumplieran los términos legales para la tramitación y culminación del respectivo proceso.

Precisó, que para el efecto de la etapa de la investigación, los términos señalados en la ley 42/93 (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.N.).

Igualmente 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.

⁴⁰ *DIAZ MONTIEL, Antonio Rafael. Documento sobre Caducidad de la Acción Fiscal. WWW.contraloriagen.gov.co.*

La ley 610 de 2000, reguló de manera expresa la temática, advirtiendo en su artículo 9º. Que la responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

10.6 LAS MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 12 de la multicitada ley 610 de 2000, precisa que en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe.

Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.

“Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia. También se podrá solicitar el desembargo al órgano 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”⁴¹.

El párrafo de la disposición citada anuncia que cuando se hubieren decretado medidas cautelares dentro del proceso de jurisdicción coactiva y el deudor demuestre que se ha admitido demanda y que esta se encuentra pendiente de fallo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aquellas no podrán ser levantadas hasta tanto no se preste garantía bancaria o de compañía de seguros por el valor adeudado más los intereses moratorios.

No queda claro en la ley 610 cuales son las medidas cautelares admisibles. En efecto, la ley contempla el decreto de las mismas, pero no establece cuales son admisibles. En tal sentido ha de acudirse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 a las normas contenidas en el código de procedimiento civil, que contempla las siguientes medidas cautelares reales, es decir, aquellas que recaen sobre bienes (artículo 575, 690 y 681 y SS del C.P.C): Embargo, secuestro, guarda y aposición de sellos, inscripción de la demanda.

Se distingue entre medidas reales y personales: “las primeras se practican respecto de bienes del deudor con el fin específico de buscar que no sea ilusoria la sentencia, que se dicte en el proceso al cual acceden. Las medidas cautelares personales están desarrolladas a medida que se van consagrando diversos tipos de procesos”⁴².

⁴¹ SANCHEZ TORREZ, Carlos Ariel. *Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público*. Editorial Universidad del Rosario. Pág. 165. Bogotá 2004

⁴² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Pág. 802 y 803

El examen de éstas medidas permite concluir que dentro del proceso de responsabilidad fiscal no proceden la inscripción de la demanda ni la guarda y aposición de sellos y que, por tanto, las medidas cautelares admisibles son únicamente el embargo y el secuestro, y que en efecto la inscripción de la demanda supone la existencia de un proceso declarativo cuyo objeto hace relación a la propiedad o algún otro derecho real principal sobre un bien sujeto a registro, condiciones que no se cumplen en el proceso de responsabilidad fiscal.

En cambio, “el embargo en cuanto coloca los bienes fuera del comercio y el secuestro, como mecanismo para perfeccionar el embargo de bienes muebles, si son apropiados a la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, pues evitan que el implicado se insolvente y aseguran de esa forma la posibilidad de hacer efectivo un eventual fallo con responsabilidad fiscal”.⁴³

10.7 LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS EN EL PROCESO

En vigencia de la ley 42 de 1993, no existía la figura de la suspensión términos, ni la del proceso. De manera irregular, pues se trata de una materia que contiene reserva legal (artículo 124 superior), mediante algunos actos administrativos reglamentarios, algunas contralorías habían regulado esa situación procesal, en abierto menoscabo al ordenamiento jurídico.

La nueva ley ha suplido el vacío existente, y de manera expresa ha previsto las situaciones fácticas externas y jurídicas internas que permiten la suspensión del proceso, cuyo efecto fundamental no sólo es el de permitir justamente superar dichas

⁴³ FLOREZ RAMÍREZ, *Alfredo Enrique. La Responsabilidad Fiscal Pág. 315*

causas que limitan el normal avance del curso procesal, sino adicionalmente interrumpir el término de prescripción del mismo proceso.

El artículo 13 de la ley 610, indica que el cómputo de los términos previstos en dicha ley se suspenderá en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. En tales casos, tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente y contra el cual no procede recurso alguno.

10.8 LA UNIDAD PROCESAL

El principio general del proceso es la unidad procesal, es decir que por un hecho investigado se surta un solo proceso; la excepción a dicho principio es la ruptura de la unidad procesal, según la cual es posible acumular procesos por efectos de la denominada conexidad sustancial o procesal según el caso.

El artículo 14 de la ley 610/00 así lo precisa, al indicar que por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de implicados; si se estuviere 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.

El artículo 15 (ley610/00), ibídem, agrega que habrá lugar a la acumulación de procesos a partir de la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal y siempre que no se haya proferido fallo de primera o única instancia, de oficio o a

solicitud del sujeto procesal, cuando contra una misma persona se estuvieren adelantando dos o más procesos, aunque en ellos figuren otros implicados y siempre que se trate de la misma entidad afectada, o cuando se trate de dos o más procesos por hechos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente.

Contra la decisión de negar la acumulación procede el recurso de reposición.

10.9 CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL.

“En vigencia de la ley 42/93 no estaba reglamentada esta figura. En la práctica, a pesar de que existieran los supuestos fácticos y procesales para cesar el proceso de responsabilidad fiscal a favor del sujeto en quien recayeran dicha situación jurídica, las áreas competentes de las contraloría no lo hacían, so pretexto de no existir la norma que lo permitiera, y entonces esperaban hasta que se produjera el calificadorio de la investigación para archivarla, o el fallo definitivo para proferir un fallo sin responsabilidad fiscal. Esta situación era una clara violación de los aspectos sustanciales que debe prevalecer sobre los meramente formales, y por supuesto de las normas constitucionales que amparan el principio del debido proceso y la igualdad.”⁴⁴

Por estos motivos la nueva ley de manera expresa reguló la materia, al prever en el artículo 16 que en cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de

⁴⁴ SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *Responsabilidad Fiscal y control del Gasto público*. Pág. 173 y 174

daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

Hay que señalar que la ley no contempla la existencia de causales eximentes de responsabilidad de manera expresa, motivo por el cual se debe recurrir a la teoría general de la responsabilidad fiscal, en lo pertinente, ámbito en el cual aplicarían los eventos de caso fortuito y fuerza mayor

10.10 REAPERTURA DEL PROCESO

Es de anotar que el artículo 17 de la multicitada ley 610/00 da la posibilidad de reapertura el proceso cuando después de proferido el auto de archivo del expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso.

Situación que no se ha presentado en la Contraloría General de Caldas durante el periodo 2001-2004.

10.11 GRADO DE CONSULTA.

La nueva ley también establece el grado de consulta, en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

El artículo 18 de la Ley 610/00 precisa que procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.

“Se debe precisar que sólo en el caso de la Contraloría General de la República, por efectos del desarrollo que hace la misma ley, mediante el decreto 267 de 2000, particularmente en los artículos 27 y 28, es posible que el superior jerárquico del funcionario que haya tomado la decisión de primera instancia no sea el Contralor General, sino otro de inferior categoría, precisamente de desconcentración territorial que la mencionada ley prevé”⁴⁵.

En el caso de las contralorías territoriales, el superior jerárquico siempre será el Contralor respectivo, pues es él quien atribuye la competencia por vía de delegación al funcionario de menor jerarquía.

⁴⁵ FLOREZ RAMÍREZ, Alfredo Enrique. *El proceso de Responsabilidad Fiscal*. Pág. 316.

Igualmente, agregamos que los tres días señalados en la norma para remitir el expediente, se deben contar a partir del día que adquiera firmeza el acto administrativo contentivo de la decisión susceptible de consulta, con lo cual no se advierte ninguna contradicción entre esta norma y la del artículo 55 el cual precisa que transcurridos cinco días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, las providencias quedarán ejecutoriadas.

Sobre este punto es de anotar que aún existen muchos vacíos jurídicos en lo atinente al grado Consulta, pues observando el procedimiento llevado a cabo al respecto, en la Contraloría General de Caldas, no existe un procedimiento uniforme y coordinado entre el Area de Visitadores Fiscales, que es la primera instancia encargada de la instrucción de los procesos y el superior que resuelve las consultas. Según la organización y funcionamiento de dicha Contraloría, quien define o profiere las providencias objeto de Consulta esta en cabeza del señor Contralor, función que para el periodo 2001 – 2003, fue delega en el Jefe de la División de Responsabilidad Fiscal, y para el año 2004, esta función vuelve a retomarla el señor Contralor.

Tal vez por falta de manuales de procedimientos ajustados a la realidad de los vacíos dejados por la ley al respecto, se han presentado innumerables criterios en cuanto a la forma como se debe proceder una vez se halla proferido el auto motivo de consulta, toda vez que no se tiene claramente definido si la decisión de primera instancia debe notificarse de acuerdo al Código Contencioso administrativo, inmediatamente se profiera el fallo o se deba esperar para realizar dicha notificación una vez el expediente haya sido objeto del grado consulta, teniendo en cuenta que el funcionario encargado de ello tiene un mes para resolverlo.

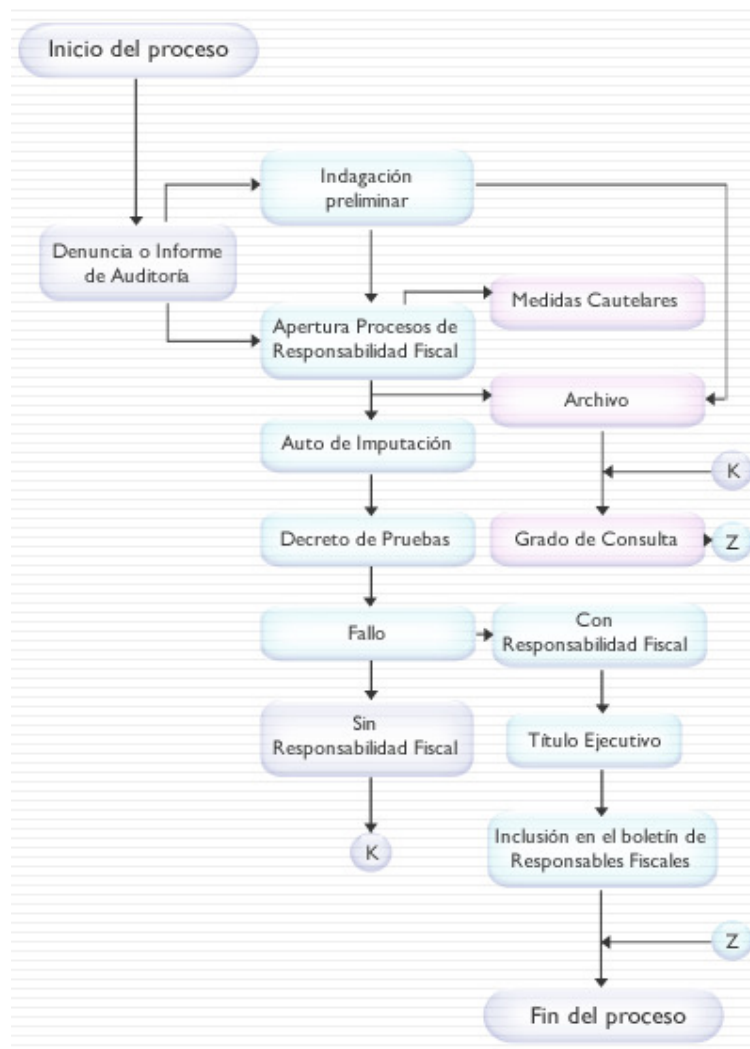
Otra de las falencias observadas en el procedimiento del grado de Consulta es que la ley 610/00 no exige que en la indagación preliminar las decisiones tomadas sean consultadas, situación que se presenta en dicha entidad, trayendo consigo retrasos en la resolución de los procesos en grado consulta, los cuales por ley deben ser resueltos dentro del término legal, ya que la gran mayoría de indagaciones iniciadas son archivadas.

Ahora bien, cabe preguntarse a partir de que momento han de comenzar a contarse los tres días que tiene el funcionario que haya proferido la decisión para remitírsela a su superior funcional o jerárquico quien será el encargado de resolver el grado de consulta.

Para resolver esta hipótesis, podríamos partir de una posición garantista, que cuando se trate de consulta de fallos con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio, dicho término se empezará a contar una vez vencido el término de ejecutoria previsto en el artículo 56 de la ley 610 de 2000, ya que el fallo solo queda ejecutoriado cuando se resuelven los recursos de vía gubernativa; en el caso de consulta la firmeza se produce al proferirse la decisión que resuelva la consulta o al transcurrir un mes desde el recibo del expediente sin que se hubiera proferido la providencia respectiva.

11. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

11.1 ESQUEMA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL



Durante la vigencia de la Ley 42 de 1993, el proceso de responsabilidad fiscal estaba dividido, en una etapa de instrucción denominado “investigación fiscal” y otra de “juicio fiscal”, pero con la entrada en vigencia de la ley 610 /00 consagra un proceso con una sola etapa, es decir, un mismo funcionario apertura el proceso, decreta pruebas, imputa y falla.

La diferencia frente a lo que acontecía en la Ley 42/93 radica en que el auto de imputación no implica una fase procesal diferente que deba ser adelantada en otra dependencia o por funcionario distinto a quien instruyó la investigación.

Al respecto es necesario tener en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional, en su sentencia C-619 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy cabra.

11.2 NORMAS APLICABLES

Una importante consecuencia de la naturaleza administrativa del Proceso de Responsabilidad Fiscal es que las normas procesales que deben aplicarse en lo no previsto en la Ley 610 de 2000, son en primer lugar, las contenidas en el código contencioso administrativo, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del mismo. Así lo establece el artículo 66 de la mencionada ley.

1 2 INICIACIÓN DEL PROCESO

El proceso puede tener su génesis por las siguientes causas:

**Base
legal
art. 8
Ley
610
de
2000**

- ☒ Oficiosamente por parte de la Contraloría respectiva
- ☒ Con fundamento en hallazgos de irregularidades hechos por los auditores en ejercicio del control fiscal.
- ☒ Por solicitud de las misma entidades vigiladas
- ☒ Por denuncia o queja de cualquier persona o veeduría ciudadana.

12.1 INDAGACIÓN PRELIMINAR

Si no existe certeza del acaecimiento del daño patrimonial o no existen indicios serios sobre sus posibles autores la Contraloría no puede iniciar proceso de responsabilidad fiscal, pero tiene la opción de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 39 de la ley 610/00, de ordenar diligencias preliminares con el objeto de verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y particulares que hayan causado el detrimento, intervenido o contribuido a el.

Las diligencias pueden prolongarse por un término máximo de seis meses y al cabo de ellas, la Contraloría habrá necesariamente de ordenar el archivo (que no hace transito a cosa juzgada), o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

12.2 AUTO DE APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Una vez establecida la existencia de un daño patrimonial al estado y que existan indicios serios de la existencia de un daño patrimonial al estado y sobre los posibles autores del mismo, procederá el funcionario competente a ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal mediante **AUTO DE APERTURA** que deberá contener los requisitos formales establecidos en el artículo 41 de la ley 610/00.

REQUISITOS DEL AUTO:

- ✕ 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 al Estado y estimación de su cuantía.
- ✕ Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes.

- ✕ Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables.
- ✕ Solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad personal y su última dirección conocida o registrada; e igualmente para enterarla del inicio de las diligencias fiscales.
- ✕ Orden de notificar a los presuntos responsables esta decisión.

Dicho auto tiene el carácter de auto preparatorio o de trámite, según inciso segundo del artículo 40 de la Ley 610/00.

12.2.1 MODELO AUTO DE APERTURA EMPLEADO EN LA CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

AUTO APERTURA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

*En la ciudad de Manizales, Caldas, a los veintitrés (23) días del mes de diciembre del año dos mil tres (2003), los suscritos Coordinadora y Técnico del Area de Visitadores Fiscales, de la Contraloría General de Caldas, proceden a dictar **AUTO DE APERTURA DE PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL** en el Municipio de Neira, Caldas, expediente radicado bajo el número 2002-033 bajo la representación legal para el momento de los hechos del señor Ruperto Cardona en su calidad de Alcalde.*

COMPETENCIA DE LOS FUNCIONARIOS DE CONOCIMIENTO

Auto comisorio expedido por el Area de Visitadores Fiscales, en fecha 15 de agosto de 2003, el cual da la competencia al suscrito Técnico del Area de Visitadores Fiscales, para Aperturar Proceso de Responsabilidad Fiscal en el Municipio de Neira, Caldas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Se inicia el presente Proceso de Responsabilidad Fiscal, de la queja interpuesta ante este órgano de Control por un ciudadano que preocupado por las posibles irregularidades en la contratación de la administración, hace las siguientes observaciones: las cantidades de ordenes de prestación de servicios, evitando con ello el proceso contractual y sus consecuencias, la no inclusión de la disponibilidad presupuestal en las ordenes como lo señala el decreto 111 de 1996, la remuneración diferente para un mismo contrato sin saberse el por qué dicha valoración, la aparente creación de nómina paralela, el otorgamiento de 120 órdenes de prestación de servicio por un valor de \$45.029.851 en el año 2001 y para el año 2002, la elaboración de 162 órdenes de prestación de servicios por un valor \$83.000.000.

Hechos éstos que a la luz de la ley 80 de 1993 y normas reglamentarias, transgreden flagrantemente los principios y postulados que tanto constitucional como legalmente deben acompañar la gestión pública

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- ✓ *Constitución Política de Colombia artículos 267, 268 y 272 que determinan la competencia para el ejercicio del control fiscal por parte de las Contralorías Departamentales.*
- ✓ *Ley 42 de enero 26 de 1993, artículo 3 el cual consigna que son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental, municipal y las entidades de este orden; y el artículo 65 el cual determina que las Contralorías Departamentales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente Ley.*
- ✓ *Ley 610 de agosto 15 de 2000, artículo 40 que establece la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, cuando después de la etapa de indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado.*
- ✓ *Ley 80 de 1993, artículo artículo 4 numeral 1, artículo 26 numeral1, artículo 41.*

**IDENTIFICACIÓN DE LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA
Y LOS PRESUNTOS RESPONSABLES**

ENTIDAD AFECTADA: MUNICIPIO DE NEIRA

PRESUNTOS RESPONSABLES:

- ✓ El señor *Ruperto Cardona*, en calidad de *Alcalde Municipal de Neira*, identificado con cédula de ciudadanía 4.455.260 de *Samaná, Caldas*.

**DETERMINACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO Y ESTIMACIÓN DE SU
CUANTIA**

El daño patrimonial se establece provisionalmente en la suma de ciento veintiocho millones veintinueve mil ochocientos cincuenta y uno (128.029.851), de pesos moneda corriente.

DECRETO DE PRUEBAS

- ✓ *Llamar a rendir Versión libre y espontánea a los señores:*
 - ⇒ *Ruperto Cardona, Alcalde Municipal*
- ✓ *Declaraciones juramentadas a personas de las veredas de*
- ✓ *Las pruebas documentales y testimoniales pertinentes, y necesarias para el total esclarecimiento de los hechos.*

En mérito de lo anteriormente expuesto y por ministerio de las Leyes 42 de enero 26 de 1993 y 610 de agosto 15 de 2000, la suscrita Coordinadora y Técnico del Area de Visitadores Fiscales de la Contraloría General de Caldas.

RESUELVEN

ARTICULO PRIMERO:

Declarar abierta la etapa de Proceso de Responsabilidad Fiscal en el Municipio de Neira, Caldas, compromiso que recae en el señor

Ruperto Cardona, identificado con la cédula de ciudadanía número 4.455.260 de Samaná, Caldas, en calidad de Alcalde Municipal.

ARTICULO SEGUNDO:

Notificar el contenido del presente proveído a los señores Ruperto Cardona, identificado con la cédula de ciudadanía número 4.455.260 de Samaná, en calidad de Alcalde, haciéndole saber que contra el presente Auto no cabe recurso alguno por ser de tramite.

ARTICULO TERCERO:

Comunicar el contenido del presente Auto a la Compañía de Seguros Colseguros y Condor S.A por existir las siguientes pólizas: Aseguradora Colseguros, Póliza no. 23408, Tomador Municipio de Neira, Beneficiarios y Asegurado Municipio de Neira, vigencia 01-01-2001 al 31-12-2001.

ARTICULO CUARTO:

Se establece provisionalmente el presunto daño patrimonial en la suma de \$cientos veintiocho millones veintinueve mil ochocientos cincuenta y uno (\$128.029.851)

ARTICULO QUINTO:

Dar traslado del presente Auto al Abogado Ariff Abdala, Contralor General de Caldas, para lo de su conocimiento y competencia, a la Fiscalía y Procuraduría General de la Nación para lo de su conocimiento y competencia.

Por Secretaría háganse los traslados y comunicaciones correspondientes.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Coordinadora Area de Visitadores Fiscales

Técnico Area de Visitadores Fiscales

Dentro de dicho auto generalmente se Vincula al garante, cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se

encuentran amparados por una póliza, se vinculará el proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por este, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

Una vez proferido el auto de apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal, por Secretaría se procede a elaborar las respectivas citaciones y comunicaciones, con fin de informar a los presuntos responsables fiscales la existencia de una decisión y recibir notificación personal de la providencia que fue proferida por dicha Area, dentro de las diligencias adelantadas en el respectivo municipio, dentro de los cinco días siguientes.

La notificación personal debe agotar los medios que se tengan al alcance para obtener la dirección del presunto responsable, tales como: Comunicación verbal, telefónica, escrita, fax, Internet. De no ser posible la notificación personal, una vez agotados los medios anteriores se enviará por correo certificado la citación a la última dirección conocida en la que se indicará al (los) presunto (s) responsable (s) que cuenta con un término de cinco días hábiles, contados a partir del envío de la misma para comparecer a la diligencia de notificación personal.

En la diligencia de la notificación personal, se hará entrega al notificado de copia, íntegra, auténtica y gratuita del auto.

Notificación por edicto: De no poderse surtir la notificación personal, dentro de los cinco días siguientes al envío de la citación, se procederá a fijar en lugar público el edicto, que incluya la parte resolutive del auto por un término de 10 días hábiles, dejando expresa constancia de la fijación y desfijación del mismo.

Si dentro de dicho término el citado no comparece a notificarse y tampoco comparece a rendir la versión, el funcionario instructor procederá a nombrar apoderado de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso.

La ley 610/00 el inciso segundo del artículo 43, establece que para este efecto podrán designarse miembros de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho legalmente reconocidas o de abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia con forme a la ley, quienes no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes.

Frente a este artículo, cabe anotar que se presentan grandes dificultades que conllevan a la dilación de los procesos, toda vez que cuando los funcionarios solicitan un estudiante activo de los consultorios jurídicos de las Universidades, esta solicitud en primer lugar es resuelta meses después de haberse enviado, es decir no existe celeridad por parte de los consultorio para la asignación del estudiante, una vez éste es designado y posesionado como apoderado de oficio se presentan dos grandes problemas:

1. Los estudiantes desconocen por completo el proceso de responsabilidad fiscal, generándose con esto errores grandes que pueden afectar al implicado.

2. La falta de interés en el ejercicio profesional de los mismos, puesto que si bien es cierto son estudiantes de los últimos años, simplemente se limitan a cumplir una imposición académica y dejan pasar los términos para las notificaciones, no se interesan por conocer el expediente, ni tampoco por elaborar documentos con argumentos de defensa sólidos y contundentes.

En cuanto a los auxiliares de la justicia se presentan problemas similares con la diferencia, que éstos se niegan con el argumento de estar ya tramitando la cantidad de procesos que la ley les impone, quedando así los expedientes paralizados puesto que continuar con ellos, esta falencia podría traer como consecuencia, nulidades procesales por la violación del derecho de defensa del implicado o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Cabe anotar, también, en las observaciones que se hacen en el transcurso de este trabajo que los mismos abogados titulados, nombrados por los responsables para su defensa, desconocen el tramite del proceso de responsabilidad fiscal, llevándolos a realizar actuaciones imprecisas como la interposición de recursos donde la Ley no lo permite, perdiendo así la posibilidad de ejercer una buena defensa.

Es de resaltar que las Contralorías son responsables en parte de este desconocimiento, puesto que no realizan labores de divulgación como instructivos, conferencias, capacitaciones, talleres, a las diferentes personas que hacen parte del proceso de responsabilidad fiscal, como también su silencio ante dichas fallas.

Continuando con el proceso, y dentro de la etapa de apertura la ley determina la garantía de defensa del implicado, es decir, quien tenga conocimiento de la existencia

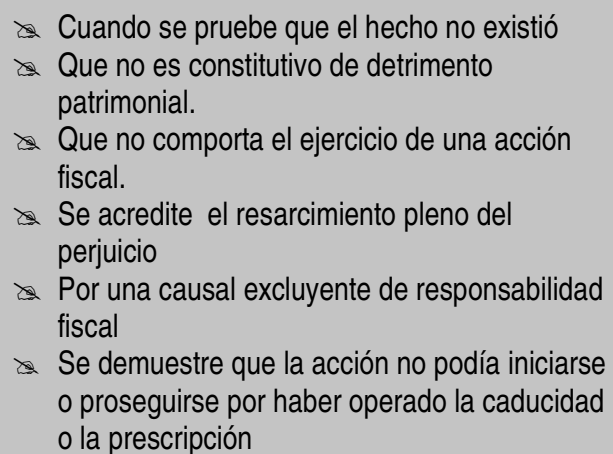
de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

12.2.2 TÉRMINO:

El término inicial para adelantar estas diligencias es de tres meses que serán prorrogables hasta por dos meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado.

Vencido el término anterior, se pueden suscitar dos situaciones:

- Que se proceda al archivo del proceso mediante sentencia motivada

- 
- ✍ Cuando se pruebe que el hecho no existió
 - ✍ Que no es constitutivo de detrimento patrimonial.
 - ✍ Que no comporta el ejercicio de una acción fiscal.
 - ✍ Se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio
 - ✍ Por una causal excluyente de responsabilidad fiscal
 - ✍ Se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción

- Que se dicte auto de imputación de responsabilidad fiscal, es decir se continua con el proceso mediante sentencia motivada.

Estas situaciones se encuentran taxativamente reguladas en la ley 610 de 2000, en los artículos 45, 46 y 47.

12.3 AUTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL

El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.

El auto de imputación deberá supeditarse a lo establecido en el artículo 48 de la ley 610/00:

1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Contra esta providencia no proceden los recursos. Situación que en el Departamento de Caldas, parece no ser del conocimiento tanto de los presunto responsables como

de los mismos apoderados, que no en pocas oportunidades interponen en vano los recursos de reposición y en subsidio el de apelación frente a dicho auto, siendo rechazados de plano por los funcionarios instructores y perdiendo las partes del proceso la oportunidad procesal que les da la misma ley 610/00 de presentar argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que pretendan hacer valer, encontrándose así en desventaja frente al Estado y demostrándose una vez el desconocimiento de la ley, la falta de interés de las partes de conocer el proceso y realizar una defensa propia.

12.3.1 MODELO AUTO DE IMPUTACIÓN EMPLEADO EN LA CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

AUTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL

En Manizales a los veintiséis (26) días del mes de marzo del año dos mil cuatro (2004), la Coordinadora y la Técnica del Area de Visitadores Fiscales de la Contraloría General de Caldas, proceden a dictar AUTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL, número 2003-058 en el Municipio de Marmato, en la Alcaldía Municipal, responsabilidad que recae en el señor Justiniano Cardona ex- alcalde municipal, Martina Pamplona, Tesorera del Municipio de Marmato y Arturo Muñoz, Contratista, diligencias radicadas bajo el número 2003-058.

FUNDAMENTOS DE HECHO

- ✓ *Tiene su origen esta actuación de carácter fiscal por solicitud recibida en la Coordinación del Area de Visitadores Fiscales el día 22 de agosto de 2002, la cual fue enviada por Alirio Sanchez, Personero Municipal Marmato, en la que manifiesta presuntas irregularidades y la necesidad de intervención de un organismo de control en relación con un contrato de suministro de Kits o paquetes escolares y libros de word 2000 para el municipio de Marmato.*
- ✓ *El 25 de febrero de 2003 se profiere auto de cierre de diligencias Preliminares y se ordena la Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal.*

- ✓ *El 10 de marzo de 2003, se profiere Auto de Apertura de Responsabilidad Fiscal, teniendo como presuntos Responsables a los señores Justiniano Cardona ex- alcalde municipal, Martina Pamplona, Tesorera del Municipio de Marmato y Arturo Muñoz, Contratista, por encontrarse mérito para ello en el material probatorio de este expediente.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- ✓ *Constitución Política de Colombia artículos 267, 268 y 272 que determinan la competencia para el ejercicio del control fiscal por parte de las Contralorías Departamentales.*
- ✓ *Ley 42 de enero 26 de 1993, artículo 3 el cual consigna que son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental, municipal y las entidades de este orden; y el artículo 65 el cual determina que las Contralorías Departamentales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente Ley.*
- ✓ *Ley 610 de agosto 15 de 2000, artículo 40 que establece la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, cuando después de la etapa de indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado.*
- ✓ *Ley 80 de 1993, artículo 4 numeral 1, artículo 26 numeral 1, artículo 41.*
- ✓ *Auto comisorio de fecha 22 de octubre de 2002*

ANALISIS PROBATORIO

Del acervo probatorio allegado al expediente se desprende:

A folio 1 queja interpuesta por Alirio Sánchez, Personero Municipal, dirigida al Contralor General de Caldas, en el cual denuncian presuntas irregularidades en Contrato de Suministro de Kits escolares y libros de Word, que realizó el Alcalde Municipal para la población estudiantil del Municipio de Marmato.

A folio 6 contrato de suministro de fecha 1 de marzo de 2002, celebrado entre Justiniano Cardona, Alcalde Municipal (encargado) para el momento en que sucedieron los hechos y Distribuidora Panamericana y/o Arturo Muñoz, cuyo objeto era: "el vendedor da en venta

2000 paquetes escolares los cuales estarán conformados por 3 cuadernos de 50 hojas, 2 cuadernos de 100 hojas, una regla, un borrador de nata, un lapicero, un lápiz y un sacapuntas para los estudiantes de primaria y secundaria con destino a todos los estudiantes del municipio y 600 libros de word 2000.

A folio 10 y 279 Póliza No. 1472173 de la Compañía de Seguros Confianza, (se encuentra duplicado) por cuanto la primera allegada no daba claridad suficiente para determinar fechas, por lo que se solicitó nuevamente a la aseguradora para verificar tanto las vigencias de la misma como su fecha de expedición.

A folio 14 acta parcial de entrega de los Kits, firmada por el señor Sancho Panza, Coordinador Administrativo.

A folios 17, 18, 19, 20, 25 y 32 constancias de diferentes directivos de Centros Educativos del Municipio que afirman no haber recibido el paquete escolar personalmente, sólo dos de ellos por comentarios de los estudiantes dicen que se entregó el paquete por parte de los funcionarios de la Alcaldía, en lugar distinto a la Institución.

A folio 29 constancia Centro Educativo La garrucha de haber recibido como paquete escolar 50 cuadernos.

A folio 34 declaración juramentada del señor Alvaro Maya Restrepo, quien se desempeña como director de Núcleo de Marmato, donde afirma que en el municipio existen aproximadamente 2100 estudiantes y que tradicionalmente el Municipio de Marmato adquiere estos implementos educativos denominados "Paquetes Escolares" y es a través de la Secretaría de Educación Municipal donde se coordina la entrega, pero que para el caso del año 2001 no tenía conocimiento de quien era la persona encargada de esto.

A folio 35 declaración juramentada del Señor Mauricio González, quien al momento de la declaración manifiesta laborar como minero independiente y declara haber sido él personalmente quien entregó los paquetes a algunos centros educativos y en las instalaciones de la Alcaldía la entrega de otros, también haber recibido los 2000 Kits, pero no los 600 libros de word, como también manifiesta no tener certificados de recibo a entera satisfacción, ya que la entrega en muchos casos se hizo en la camioneta de la Alcaldía en la plaza principal del municipio y en presencia de algunos directores, Secretario de Educación de esa época, ni tampoco cuando se hizo la entrega en los centros educativos.

A folio 37 declaración de la señora Greta Cardona, donde manifiesta haber hecho el pago total del contrato, sin recibir a entera satisfacción, hecho del cual tenía conocimiento el señor Alvaro Giraldo.

....

MOTIVACIÓN JURIDICO FISCAL

Todos los procesos de contratación deberán sujetarse en su formación, desarrollo y ejecución, a las normas de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Así mismo, los contratos celebrados por las entidades estatales, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles permanentes, salvo en las materias particularmente reguladas por el Estatuto Contractual Vigente

En cumplimiento a lo señalado en el Artículo 209 de la Constitución Nacional, la contratación se desarrollará con fundamento en los Principios de Igualdad, Moralidad, Eficacia, Economía, Celeridad, Imparcialidad y Publicidad.

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal, se ceñirán al cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad

El principio de Responsabilidad recaerá en el funcionario u órgano que toma la decisión, ya sea por ser titular de la facultad de contratación o por haberla recibido en delegación. De otra parte, el funcionario que tiene a su cargo la obligación de ordenar y dirigir la contratación, de seleccionar el contratista, de adjudicar el contrato y vigilar su ejecución, responde por sus actuaciones gravemente culposas y por sus hechos y actos antijurídicos. ..

...La Responsabilidad Fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos.

El funcionario que ha sido negligente ante el cuidado de los bienes del Estado, tiene que responder íntegramente por el daño causado, máxime sabiendo que quien administra recursos públicos tiene una carga de diligencia mayor, entratandose de contrataciones que el estado faculta al funcionario público con el único objeto de cumplir con los fines estatales, sin embargo la conducta de servidores públicos y contratistas no siempre se ajusta a este marco de acción y con mucha frecuencia es utilizado en provecho particular y en detrimento del erario.

En el caso bajo estudio el contrato de suministro celebrado entre Justiniano Cardona ex -alcalde de Marmato por valor de 35.000.000, tiene falencias que contribuyen al detrimento del erario público como la cantidad de usuarios (padres de familia, alumnos) que afirman no haber recibido nunca el paquete escolar y otros que lo recibieron incompleto, como tampoco

recibieron los libros de word que se entienden son 2000, ya que la cotización así lo indica, "un libro de Word" por cada paquete o en su defecto el contrato tendría un menor valor.

Es evidente el incumplimiento del contrato por parte del contratista quien no entregó en el tiempo acordado los libros de Word, observándose también que la administración no contaba con procedimientos técnicos para realizar la entrega de los materiales, ni tampoco tenía claro la población directamente beneficiada o los requisitos de las personas a beneficiar, como tampoco existe un estudio técnico y planificado del municipio que indique los parámetros utilizados para llegar a la meta deseada.

Otro aspecto que aumenta el detrimento al erario es la inoperancia de la cláusula penal pecuniaria, puesto que en el contrato se observa la estipulación de ésta en caso de incumplimiento de las obligaciones por el contratista, la cual no se hizo exigible por parte del Contratante, configurándose con su conducta omisiva un desmedro al erario público, como tampoco se exigió la garantía única, ni aparece en los anexos del contrato la aprobación de la garantía siendo este un requisito indispensable para el perfeccionamiento y ejecución del contrato.

Hay ausencia de interventoría del contrato, pues este carece de una persona expresamente indicada para su control y se hace la entrega por un funcionario que fue delegado verbalmente como lo manifestó el señor Cardona en su versión libre, contrariando con esto el artículo 10 de la ley 489 que exige que la delegación debe hacerse de manera escrita, y en la administración no aparece el acto administrativo donde el señor Alcalde delegue al Señor Panza para comprar, vincular obreros, para entenderse con la contratación que se realizó en este caso.

No existe acta de entrega a entera satisfacción del cumplimiento del contrato realizándose aún así el pago total del mismo por la Tesorera Municipal

Resulta entonces imperioso en cualquier tipo de contratación determinar con antelación a ésta la verdadera necesidad de contratar, es decir, mirar la finalidad del contrato, y encaminar todas las acciones a la consecución eficiente del cumplimiento del objeto del contrato.

En virtud al principio de responsabilidad, consagrado en la ley 80 de 1993, los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato....

Para el caso que nos ocupa, tanto los señores Justiniano Cardona ex- alcalde municipal, Martina Pamplona, Tesorera del Municipio de Marmato y Arturo Muñoz, Contratista, han menoscabado el erario como producto de su gestión fiscal, es decir en este caso se pueden observar los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona

que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores, elementos cuya concurrencia resulta indispensable para que la declaración de responsabilidad fiscal sea procedente.

Es a través del proceso de responsabilidad fiscal que se busca el resarcimiento del daño causado al erario, para el asunto bajo examen este asciende provisionalmente a la suma de VEINTIOCHO MILLONES (\$28.000.000), valor correspondiente a la diferencia que queda después de restar el valor de los 600 libros de Word entregados al municipio, según acta de recibo de 600 libros de Word de fecha julio 10 de 2003 (folio 265) y el valor de la cláusula penal correspondiente al 10% del valor total del contrato, que nunca se hizo exigible a pesar de que el contratista incumplió con las obligaciones del contrato....

...En mérito de lo anteriormente expuesto, y por ministerio de la Ley 610 de 2000, la Coordinadora y la técnica del Area de Visitadores Fiscales de la Contraloría General de Caldas

RESUELVEN

ARTICULO PRIMERO: *Declarar cerrada la presente investigación fiscal llevada a cabo en el Municipio de Marmato; Caldas, Alcaldía Municipal, responsabilidad que recae en los señores Justiniano Cardona ex- alcalde municipal, Martina Pamplona, Tesorera del Municipio de Marmato y Arturo Muñoz, Contratista.*

ARTICULO SEGUNDO: *Dejar a cargo de los señores Justiniano Cardona ex- alcalde municipal, Martina Pamplona, Tesorera del Municipio de Marmato y Arturo Muñoz, Contratista, la suma de VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS (\$28.000.000) quienes para el momento de sucedidos los hechos se desempeñaban como Alcalde Municipal, Tesorera Municipal y Contratista respectivamente.*

ARTICULO TERCERO: *Desvincular del presente proceso al Señor Raúl Castro Pescador, por quedar demostrado dentro de las diligencias la ausencia de responsabilidad para este caso.*

ARTICULO CUARTO. *Notificar el contenido del presente Auto a los señores Justiniano Cardona ex- alcalde municipal, Martina Pamplona, Tesorera del Municipio de Marmato y Arturo Muñoz, Contratista y a la Doctora Sandra Vargas , estudiante activa del Consultorio Jurídico de la Universidad de Manizales, quien representa de*

oficio al señor Arturo Muñoz, Contratista (ausente) y a la compañía de seguros Confianza por existir póliza 142173 tomada por Empresa Distribuidora Panamericana y asegurado el Municipio de Marmato, a la compañía Condor por existir póliza 016334 que afianza al señor Arturo Muñoz con una cuantía de 40.578.052 que garantiza el cumplimiento del contrato para la época de los hechos con una vigencia del 01-03-2001 al 30-06-2001. Haciéndoles saber que se les da traslado del expediente para hacer valer sus derechos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 50 de la ley 610 de 2000, dejándose el expediente disponible en la Secretaría del Area.

ARTICULO CUARTO. *Ordénese por Secretaria dar cumplimiento al presente proveído.*

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE:

Coordinadora Area de Visitadores Fiscales

Técnico Área de Visitadores Fiscales

Este auto se notificará personalmente a los presuntos responsables o a sus apoderados, si los tuvieren. Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, se procederá a la notificación por edicto. Surtida esta se les designará abogado de oficio con quien se continuará el trámite. Así mismo se notificará a la compañía de seguros si la hubiere, en los términos de los artículos 44 y 45 del C.C.A.

En los expedientes observados en el presente estudio, se pudo concluir que algunos de ellos, carecen de análisis probatorio profundo, puesto que en muchas oportunidades los funcionarios se limitan a hacer una relación de las pruebas, perdiéndose así la relación que debe existir entre éstas, la parte motiva y la decisión

tomada. Esta falencia se presenta como consecuencia de la falta de conocimiento y de capacitación frente al tema a los funcionarios encargados de instruir los procesos, puesto que es de anotar que en dicha área existen diversos perfiles profesionales, con poca relación al cargo desempeñado.

12.3.2 DECRETO Y PRACTICA DE PRUEBAS.

Vencido el término de traslado, el funcionario competente ordenará, mediante auto, la práctica de las pruebas solicitadas o decretará de oficio las que considere pertinentes y conducentes por un término máximo de 30 días.

12.3.3 TERMINO PARA PROFERIR EL FALLO

Vencido el término de traslado y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, que podrá ser:

- Fallo con responsabilidad fiscal
- Fallo sin responsabilidad fiscal

12.4 FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL

Lo proferirá el funcionario competente cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza sobre:

- La existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación (Actualizado según el IPC)
- La individualización y actuación, cuando menos con culpa
- grave del gestor fiscal
- La relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario y, como consecuencia, se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable fiscal.

12.4.1 MODELO FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL EMPLEADO EN LA CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL NO.

En Manizales a los 16 días del mes de marzo del año dos mil cuatro (2004), la Coordinadora y la Técnica del Área de Visitadores Fiscales de la Contraloría General de Caldas, proceden a dictar FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. , en el Municipio de Chinchiná, en la Alcaldía Municipal, responsabilidad que recae en los señores Eduardo Salazar, alcalde municipal y Carmentino Vargas Contratista. Diligencias radicadas bajo el número 2002-030

FUNDAMENTOS DE HECHO

Se inicia el presente Proceso de Responsabilidad Fiscal, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de Control fiscal realizados por el P.G.A de la Contraloría General de Caldas al Municipio de Chinchiná, donde se detectaron irregularidades en el contrato de Prestación de Servicios número 050 suscrito entre el Señor Eduardo Salzar, en calidad de Alcalde Municipal de Chinchiná y Carmentino Vargas, en calidad de contratista, por un valor de 3.900.000 y con plazo de (3) meses contados a partir del 1 de marzo de 2001, hasta el 31 de mayo de 2001.

Se observó por parte de la Auditoría del P.G.A, incumplimiento del objeto total del contrato, pues éste estipula: "El presente contrato tiene por objeto por parte del contratista la prestación de sus servicios: "A) Absolver consultas referentes a casos propios del área financiera. B) Presentar los informes financieros que se soliciten por parte de la administración municipal para atender requerimientos de distintos estamentos del Estado,

especialmente lo referente a la aplicación de la Ley 617 de 2000. C) Actualizar el Código Fiscal de Rentas y el Estatuto Tributario Municipal, D) Actualizar el estatuto Orgánico del Presupuesto Municipal. E) Coordinar lo referente al Diagnóstico Financiero del Municipio territorial"; Objeto que al ser confrontado por la Auditoria no se logró verificar, ya que se solicitaron las respectivas actualizaciones de el Código Fiscal de Rentas, el Estatuto Tributario Municipal y el Estatuto orgánico del Presupuesto Municipal y no fueron aportados, pues dentro del informe controvertido se anexaron obras similares pero de los años 1995, 1996 y un proyecto del Estatuto Tributario del año 2000 que no fue debidamente aprobado, aduciendo que éstos no fueron actualizados, pero si revisados y que el objeto principal del contrato era la asesoría financiera, la cual se cumplió a cabalidad. El contrato no cuenta con interventoría, ni actas parciales, ni informes sobre ejecución del mismo. Lo anteriormente expuesto dio lugar a la intervención de este organismo de control para establecer si hubo o no menoscabo al erario público con la ejecución del contrato en mención.

Una vez aperturado el proceso se profiere Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No. 001, de fecha 16 de enero de 2004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- ✓ Constitución Política de Colombia artículos 267, 268 y 272 que determinan la competencia para el ejercicio del control fiscal por parte de las Contralorías Departamentales.
- ✓ Ley 42 de enero 26 de 1993, artículo 3 el cual consigna que son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental, municipal y las entidades de este orden; y el artículo 65 el cual determina que las Contralorías Departamentales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente Ley.
- ✓ Ley 610 de agosto 15 de 2000, artículo 40 que establece la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, cuando después de la etapa de indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado.
- ✓ Ley 80 de 1993, artículo 4 numeral 1, artículo 26 numeral 1, artículo 41.
- ✓ Auto comisorio de fecha 19 de agosto de 2003

ANALISIS PROBATORIO

De la documentación que hace parte del acervo probatorio allegado al expediente se encuentran las siguientes:

A folio 4 Hallazgo Fiscal del Grupo de Auditoria de la Contraloría General de Caldas, por irregularidades en dos contratos suscritos por el Alcalde del Municipio, los cuales no se cumplieron a cabalidad.

A folio 10 Copia del Contrato de Prestación de Servicios 050 del 30 de marzo de 2001, donde estipula en la cláusula primera el objeto del mismo, diciendo: "El presente contrato tiene por objeto por parte del contratista la prestación de sus servicios: "A) Absolver consultas referentes a casos propios del área financiera. B) Presentar los informes financieros que se soliciten por parte de la administración municipal para atender requerimientos de distintos estamentos del Estado, especialmente lo referente a la aplicación de la Ley 617 de 2000. C) Actualizar el Código Fiscal de Rentas y el Estatuto Tributario Municipal, D) Actualizar el estatuto Orgánico del Presupuesto Municipal. E) Coordinar lo referente al Diagnóstico Financiero del Municipio territorial.

A folio 13 informe final de actividades realizadas durante los meses de marzo, abril, abril y mayo en desarrollo del contrato de Prestación de Servicios No. 050 de 2001 celebrado con el Municipio de Chinchiná.

A folio 13 certificado de cumplimiento a cabalidad del contrato de prestación de servicios No. 050, del señor Alcalde del Municipio de Chinchiná.

A folio 17 Revisión y comentarios al proyecto de Acuerdo del Estatuto Tributario fechada 29 de marzo de 2002, dirigida Asesor de Control Interno.

A folio 34 Copia Decreto No. 006 del 31 de enero de 2000, "Estatuto Tributario del Municipio de Chinchiná.

A folio 106 a 156 documentos soportes de la Administración Municipal de Chinchiná de la relación laboral actual del Señor Vargas , así como la copia del contrato en estudio y su hoja de vida

A folio 239 Auto de Apertura de Proceso de Responsabilidad.

A folio 248 Versión Libre del señor Carmelino Vargas, donde manifiesta haber cumplido con el objeto del contrato toda vez que en lo pertinente a la revisión de los mencionados códigos se cumplió, puesto que al revisar el Estatuto tributario y el estatuto orgánico de presupuesto, ambos documentos cumplían con lo preceptuado en el Decreto 111 de 1996, y basado en el artículo 66 de la Ley 383 de 1997, el cual remite al estatuto tributario a las entidades territoriales, al igual que el código de rentas municipales que se regula por la ley 14 de 1983.

A folio 250 Versión Libre del señor Alfredo Roncancio, donde manifiesta la razón por la cual no se realizaron en forma material las actualizaciones, pero si se realizaron las revisiones pertinentes, concluyéndose que se hacía necesario la aplicación de éstos inmediatamente, ya que se encontraban acordes con la ley.

A folio 274 Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No. 001 de fecha 16 de enero de 2004.

A folios 290 a 294 recursos de apelación interpuestos contra el auto de imputación de responsabilidad fiscal no. 001.

A folio 295 argumentos de defensa del Doctor Luis Fernando Mejía Serna Apoderado de la Aseguradora Colseguros S.A, contra el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No. 01.

A folio 310 Argumentos de defensa contra el Auto No. 001 de enero de 2004 por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal.

A folio 318 Oficio DRF - 128, devolución del expediente 2003-041 de la División de Responsabilidad Fiscal al Area de Visitadores Fiscales de la Contraloría General de Caldas por improcedente.

A folio 319 Auto por medio del cual se rechaza un recurso por Improcedente, considerando que los responsables fiscales contaban con un término de 10 días para presentar argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el Auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretenda hacer valer. Y que de conformidad con la ley 610 de 2000, solamente proceden los recursos de reposición y apelación contra el Auto que rechace la solicitud de pruebas.

A folio 325 Revisión y comentarios al proyecto de Acuerdo del Estatuto Tributario fechada 29 de marzo de 2002, dirigida al Asesor de Control Interno, y copia de los documentos y conceptos enviados con éste, donde se aclaran varias inquietudes con relación al manejo de diferentes impuestos, documentos que dejan ver las falencias que trae el Municipio en este aspecto y las inquietudes que presenta el presunto responsable al respecto, es decir, existían grandes lagunas en materia tributaria que fueron las que debieron plantearse en la revisión de los códigos existentes y no se hizo sino un año después.

A folio 408 a 410 certificados del DANE del índice de precios al Consumidor del año 2001 y 2004.

Para efectos del presente Fallo con Responsabilidad Fiscal, se determinará el daño emergente actualizando a valor presente estos valores al momento de la decisión.

MOTIVACION JURIDICO FISCAL

El Estado Colombiano ha querido la protección de los derechos tanto de los particulares como de los recursos que hacen parte de sus arcas y que son puestas en manos de los servidores públicos y de los particulares para que ejerzan sobre ellos una adecuada administración, manejo y custodia de los mismos, de aquí que aparezca en el mundo jurídico el término Responsabilidad Fiscal.

La responsabilidad fiscal se deduce del ejercicio del control fiscal, entendido éste como gestión pública mediante la cual se vigila la labor fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado.

La responsabilidad fiscal, surge cuando el daño patrimonial del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por particulares que manejen 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 fiscal e imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumplen el tipo de gestión a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su específico fundamento.

*La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, **de gestión y de resultados**, fundado en la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.*

Como ya se dijo en el auto de imputación de responsabilidad fiscal y que vuelve a transcribirse en el presente el contrato es el instrumento jurídico para la ejecución de la planificación y el presupuesto ya para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado. La preparación del contrato estatal comienza con mucha antelación al momento en que los entes públicos toman la decisión de celebrar un negocio jurídico en particular, puesto que esta etapa se encuentra estrechamente ligada con la elaboración de los planes y programas generales de gasto e inversión y con la formación del presupuesto.

Al estar enmarcada la actividad administrativa por los principios de economía, eficiencia es preciso que las autoridades públicas propendan a la consecución de los fines del Estado en una forma ordenada y racional. Siendo ingentes las necesidades públicas y escasos los recursos destinados a su satisfacción, surge la exigencia de seleccionar las prioridades objetivas hacia las cuales se deben encaminar los esfuerzos del Estado.

La racionalidad del gasto público comporta que todo proyecto que pretenda emprender la administración pública sea precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su

viabilidad técnica y económica, el impacto social que tenga en la satisfacción de las necesidades públicas. Se trata de obtener una sólida justificación del gasto público con el objeto de optimizar el manejo de los recursos del Estado. Por tanto la planificación constituye una fase previa y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado.

Es entonces imperioso en cualquier tipo de contratación determinar con antelación a ésta la verdadera necesidad de contratar, es decir, mirar la finalidad del contrato, si realmente sirve para la búsqueda de los fines institucionales, es por ello que determinar los antecedentes de hecho y de derecho que inducen a la administración a tomar una decisión al momento de pactar unos servicios no puede realizarse posteriormente a ello, toda vez que se vería en entre dicho el cabal cumplimiento del objeto contratado, como ocurrió en el caso bajo estudio, ya que cuando se contrató la prestación del servicio con el fin de ACTUALIZAR los códigos de Rentas, Estatuto Tributario Municipal y el estatuto Orgánico del Presupuesto Municipal, debió haberse hecho una planificación que llevará a concluir que dichos códigos estaban en desuso en todo o en parte, es decir la revisión de éstos debió hacerse anterior a la contratación que determinará la indispensable actualización de los mismos, pues si cuando se pacto el objeto contratado el contratista tenía conocimiento de la normatividad que remite y autoriza a los municipios y distritos a aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional, no era entonces procedente contratar una actividad que a la postre sabía no llevaría a cabo, pues con la simple información de la remisión normativa bastaría.

Para el caso que nos ocupa, tanto el señor Vargas, en calidad de contratista para la época en que sucedieron los hechos como el Cardona, en calidad de Alcalde menoscabaron de cierta forma el erario, pues si no se requería la actualización de los mencionados códigos el contrato tendría un menor valor, o si la intención de la administración era mejorar las falencias existentes en la parte tributaria, tampoco se logro el objetivo al no cumplirse plenamente con el objeto, lo cual los llevó posteriormente a retomar esa actividad como se observa en las pruebas al solicitar conceptos de utilidad para la adopción del Código de Rentas del Municipio de Chinchina, y en ningún momento por se hizo una modificación al contrato, contrario a esto el contrato se canceló en su totalidad.

Como se observa en el acervo probatorio no existe prueba documental, ni testimonial de planificación previa al contrato que determinará la verdadera necesidad de dichas actualizaciones, pero si existen documentos posteriores al contrato que sirven como prueba para demostrar que las actualizaciones si eran necesarias, no puede entonces conformarse la administración con acomodar los motivos del incumplimiento del contrato al momento de demostrar el cumplimiento total del mismo, pues como se anotó anteriormente al suscribirse un contrato para ejecutar una actualización se tiene entendido que se habían hecho estudios previos que concluyeran su desactualización, lo que se puede pensar después de analizar detenidamente la Revisión y Comentarios al Proyecto de Acuerdo del Estatuto Tributario un

año más tarde suscrita por Henry Rodríguez Sosa, subdirector de apoyo de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Ahora bien, a folio 17, se encuentre un documento calendado 29 de mayo de 2002 con referencia: **"Revisión y Comentarios al Proyecto de Acuerdo del Estatuto Tributario"**, en el cual se dan una serie de indicaciones para adoptar el Código de Rentas para el Municipio de Chinchiná, y concluyen diciendo: "...Como se puede advertir, de los comentarios aquí expuestos, el Proyecto de Acuerdo por el cual se establece el CODIGO DE RENTAS DEL MUNICIPIO DE CHINCHINÁ, es bastante deficiente, su redacción técnica jurídica no es adecuada, tampoco su organización y estructura. Además como se vio se tienen disposiciones totalmente ilegales en relación con la mayoría de los tributos que establecen. No desarrollan el libro de la parte procedimental, adoptando los procedimientos de que trata el Estatuto Tributario Nacional, ni establecen el régimen sancionatorio por lo cual tienen autonomía con las excepciones indicadas.

De otra parte, se observa que no se establecen otras rentas creadas y autorizadas por el legislador, como lo son el Impuesto sobre el Servicio de Alumbrado Público, la Contribución Especial sobre contratos de obra pública y la estampilla Procultura.

Por todo lo anteriormente expuesto, se aconseja realizar un estudio más detenido y estricto sobre las normas marcos que rigen para los impuestos municipales, y dado que serían muchas las modificaciones que habría que efectuarle al proyecto objeto de estos comentarios se recomienda redactar un nuevo proyecto".

Es decir, el Municipio sí requería la actualización de éstos, pues los existentes no estaban aplicando sus disposiciones y por ello era necesario indicar al Concejo Municipal de Chinchiná algunos parámetros, para su adopción. Si la revisión que realizó el Doctor estaba conforme a la normatividad legal vigente, para qué un nuevo proyecto donde se percibieron tantas inconsistencias y las recomendaciones que se efectuaron son de fondo en todo lo atinente con la tributación del Municipio. O para qué adoptar un Código Fiscal de Rentas sabiendo que podían regirse por las normas de carácter nacional.

Han menoscabado de cierta manera el erario como producto de su gestión fiscal, ya que al contratarse cualquier servicio debe tenerse una motivación clara y precisa previa a la celebración del negocio jurídico y no en el curso de la ejecución del mismo, pues para el logro de los fines estatales se deben realizar planes, programas y proyectos que se llevan a cabo a través de la realización de contratos. Estos contratos deben entonces obedecer a lo propuesto en dichos programas planes y proyectos, lo cual no ocurrió en este caso, puesto que aunque los aquí implicados trataron de justificar su gestión con respecto a los hechos que se predicaban con incidencia fiscal, no son de absoluto recibo sus explicaciones, porque van en contravía de lo mandado por la ley, toda vez que no se observa una planeación específica

sino un trabajo que se va ejecutando en la marcha, y por ello al finalizar el contrato pueden darse diversas explicaciones del motivo por el cual no se cumplió cabalmente con el objeto contratado, esto es, si no eran necesarias dichas actualizaciones, no debieron incluirse en el contrato, puesto que en el texto del contrato no se habla en ningún momento de revisión sino de actualización lo que induce a concluir que dicha revisión ya se había realizado y había llevado a la necesidad de su actualización.

Aunque no se pormenorizaron porcentajes para las actividades aquí realizadas, la no actualización disminuye el valor del contrato, no puede hablarse que el contrato básicamente iba dirigido al acompañamiento del área financiera, pues el objeto del contrato debe cumplirse en su totalidad.

Como ya se ha anotado el único objeto que persigue el proceso de responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños y perjuicios causado al erario público, para el asunto bajo examen este asciende a la suma de UN MILLON NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1.950.000), valor que se estima en la mitad del total contratado, por haberse cumplido una parte del objeto.

Para efectos del presente fallo con responsabilidad fiscal se determinará el daño emergente actualizando a valor presente estos valores al momento de la decisión.

El artículo 53 de la Ley 610 de 2000, preceptúa que: "El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Los fallos con responsabilidad fiscal deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los periodos correspondientes".

Se tomaran entonces los valores que se dieron en el auto de imputación de responsabilidad fiscal No. 001 (folio 274), ya que el objeto del contrato no se cumplió totalmente, se imputó la mitad del valor, por haberse ejecutado una parte de este, se tomara la fecha de las ordenes de pago del mes de julio de 2001, para la respectiva actualización a valor presente de la siguiente forma:

VP: Valor a actualizar

VH: Valor Histórico

IPCI: Índice de precios al consumidor, certificados por el DANE, al momento de proferir fallo con responsabilidad

IPCF: Índice de precios al consumidor, Certificados por el DANE, cuando ocurrieron los hechos

$$VP = \frac{VH * IPCI}{IPCF}$$

$$VP = (1.950.000) * \frac{148.75}{126.26} = 2.297.342$$

**Total Indexación
Y valor presente } 2.297.342**

En mérito de lo anteriormente expuesto, y por ministerio de la Ley 610 de 2000, la Coordinadora y la técnica del Area de Visitadores Fiscales de la Contraloría General de Caldas.

RESUELVEN

ARTICULO PRIMERO: *Proferir fallo con Responsabilidad Fiscal en contra de los señores Eduardo, expediente cuyo radicado corresponde al No. 2002-030.*

ARTICULO SEGUNDO: *Dejar a cargo de los señores Eduardo Salazar, alcalde municipal y Carmentino Vargas, la suma de DOS MILLONES DOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL TRECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$2.297.342) quienes para el momento de sucedidos los hechos se desempeñaban como Alcalde Municipal y Contratista respectivamente.*

ARTICULO TERCERO: *Notificar el contenido del presente Auto a los señores, haciéndoles saber que contra el presente auto proceden los recursos de Reposición ante los suscritos funcionarios y Apelación ante el Jefe de la División de Responsabilidad Fiscal y el de Queja ante el señor Contralor General de la Nación, que se podrán interponer en la forma y tiempo que establece el Código Contencioso Administrativo.*

ARTICULO CUARTO. *Dar Traslado del presente Auto a la Procuraduría y Fiscalía General de la Nación así como al Abogado Arif Abdala Contralor General de Caldas para lo de su conocimiento y competencia.*

ARTICULO QUINTO. *Ordénese por Secretaria realizar las respectivas notificaciones y traslados*

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE:

Coordinadora Area de Visitadores Fiscales

Técnica Área de Visitadores Fiscales

Este fallo deberá notificarse de manera personal en los mismos términos que establece el artículo 44 y 45 del código contencioso administrativo, dándole la oportunidad a las partes de interponer los recursos.

Es de anotar que en el análisis de dichos expedientes se observó que en cuanto al fallo con responsabilidad fiscal, los funcionarios instructores se preocupan un poco más por fundamentar con las pruebas allegadas al proceso, la responsabilidad del investigado; mejorando notablemente el análisis probatorio el cual es fundamental en cualquier tipo de decisión, toda vez que las pruebas constituyen la base de todo el sistema jurídico.

13. EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS

Las providencias quedaran ejecutoriadas cuando:

- Contra ellas no proceda ningún recurso

- Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, no se interponga recursos o se renuncie expresamente a ellos.
- Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

14. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

- Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.
- Será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (solamente el acto administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme).
- Inclusión en el boletín de responsables fiscales de 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 el.
- Remisión del expediente a la Procuraduría General de la Nación

15. CONSOLIDADO DE INVESTIGACIONES

PRELIMINARES Y PROCESOS DE RESPONSABILIDAD

FISCAL ADELANTADOS POR LA CONTRALORÍA

GENERAL DE CALDAS VIGENCIA FISCAL 2001- 2003

**15.1 CONSOLIDADO DE INVESTIGACIONES
PRELIMINARES VIGENCIA FISCAL 2001**



**15.1.2 CONSOLIDADO DE PROCESOS DE
RESPONSABILIDAD FISCAL**

CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

VIGENCIA FISCAL 2001



15.2 CONSOLIDADO DE INVESTIGACIONES

PRELIMINARES

CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

VIGENCIA FISCAL 2002



**15.2.1 CONSOLIDADO DE PROCESOS DE
RESPONSABILIDAD FISCAL**

CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

VIGENCIA FISCAL 2002



**15.3 CONSOLIDADO DE INVESTIGACIONES
PRELIMINARES**

CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

VIGENCIA FISCAL 2003



**15.3.1 CONSOLIDADO DE PROCESOS
DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

VIGENCIA FISCAL 2003



15.4 ANÁLISIS AL CONSOLIDADO

VIGENCIA FISCAL 2001-2003

La anterior muestra nos permitió determinar algunas de las principales falencias de más ocurrencia en las Investigaciones Preliminares como en los Procesos de Responsabilidad Fiscal, adelantados en la Contraloría General de Caldas.

Con la promulgación de la Ley 610 de 2000, se inició una etapa nueva para las Contralorías y los funcionarios que estaban acostumbrados a llevar los procesos sin el lleno total de requisitos procedimentales y sustanciales que deben presidir una actuación judicial y administrativa, y que por tal razón encuentran en la ley 610 una serie de tropiezos que aunque paulatinamente han ido mejorando, aún encuentran limitaciones en cuanto a la efectividad del proceso de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, observamos que en la vigencia fiscal 2001 - 2003, las principales causas tanto de las indagaciones preliminares como de los procesos de responsabilidad fiscal fueron:

- ✗ Irregularidades en manejos de dineros (propios – transferencias),
Tesorería y presupuesto
- ✗ Irregularidades en contratación
- ✗ Malos manejos de bienes (muebles – inmuebles)
- ✗ Viáticos
- ✗ Hurtos
- ✗ Evasión de impuestos

Seguidamente resumiremos las observaciones en materia de eficacia y de eficiencia encontradas en la Contraloría General de Caldas, tomadas en base, al análisis realizado a los procesos antes mencionados.

- De los expedientes tramitados son pocos los que llegan hasta el fallo con responsabilidad fiscal y posterior cobro coactivo, puesto en la mayoría de veces estos se archivan antes de la imputación, bien porque una vez decretadas y practicadas las pruebas no se hallaron los elementos exigidos por la ley para poder declarar la responsabilidad fiscal o bien porque se llegan a acuerdos de pago con los que se culmina el proceso por el resarcimiento del daño.
- El hecho de que la indagación preliminar en un bajo porcentaje se traduzca en procesos de responsabilidad fiscal, refleja que los hechos denunciados y los hallazgos no son los suficientemente contundentes y respaldados que terminan archivándose.
- Se evidencia una baja gestión en el cobro debido por la falta de medidas cautelares, debido a que por la poca celeridad en el trámite del proceso se le permite a los implicado un buen tiempo para insolventarse.
- Es importante tener claridad frente a la fecha de ocurrencia de los hechos, para evitar el inicio de procesos en los cuales se pueda configurar la caducidad y prescripción.

- Se observó en los procesos que un alto porcentaje de éstos, presenta suspensión de términos injustificados ocasionando con esto dilación e inactividad procesal
- El reporte de la información de los procesos de responsabilidad fiscal es imprecisa y confusa, debido a la ausencia de una base de datos que permita suministrar la identificación plena de los procesos y las etapas en las que se encuentra.
- Otros de los grandes problemas en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, se presenta en el recurso humano, ya que no existe un perfil profesional definido en dicha área, y aunque es importante contar con personal capacitado en diferentes áreas, éste, si va a instruir procesos de responsabilidad fiscal, debe tener un mínimos de conocimiento jurídico, para evitar vicios en el procedimiento que pueda conllevar a nulidades que desgasten la administración .
- El alto porcentaje que da inicio a los procesos de responsabilidad fiscal se debe a denuncias anónimas, llevando esto a un desgaste notable en el tramite del proceso, sin obtener el resultado que persigue el proceso debido a que las mismas no cuentan con unas bases sólidas en las cuales se fundamente dicha queja.

16. ENTREVISTAS SOBRE EL CONTROL FISCAL Y LA INCIDENCIA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

16.1 ENTREVISTA CONTRALOR GENERAL DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS

- 1. ¿Cuáles son los aciertos y desaciertos jurídicos que se presenta en relación al control fiscal y al proceso de responsabilidad fiscal?.**

R/ Bien podría decirse que tanto el control fiscal como el proceso de responsabilidad fiscal, tiene más aciertos que desaciertos. Como es bien conocido el control fiscal va siempre procurando el mejoramiento continuo de la administración pública para hacerla más eficiente, económica y eficaz, con el fin de lograr más y mejores servicios a la ciudadanía.

Uno de los aciertos de la ley 610 de 2000, es que esta se ha tornado más garantista y respetuosa del debido proceso.

La autonomía e independencia que tiene el proceso de responsabilidad fiscal, frente a otras actuaciones jurídicas, que de no ser así impedirían o dilatarían más el proceso.

Aun hay que ponerse en la tarea de compilar, actualizar, y concordar las diversas decisiones proferidas en materia de responsabilidad fiscal emanada de la Contraloría General de la República, altas Cortes y Tribunales del país que

buscan subsanar aquellos vacíos dejados por el legislador, ya que al respecto poco se ha dicho y es un área del derecho ciertamente desconocida.

2. ¿Considera usted que la ley 610, es una norma suficiente para el manejo del tema del control fiscal y el proceso de Responsabilidad Fiscal?

R/ No, como lo dije anteriormente es importante que el legislador se ocupe más del tema, dándole la relevancia que merece, así como existe en materia penal, civil, comercial, etc., no obstante se podría decir que si mejoró aspectos bien importantes que la ley 42/93, no consideró y dejó en el aire, por eso la ley 610/00 avanzó significativamente a la anterior.

3. ¿Qué tipo de cambios, modificaciones, ajustes o innovaciones deben hacerse en materia jurídica en el tema del control fiscal y específicamente al Proceso de Responsabilidad fiscal?.

R/ Reglamentar más y con mejor precisión la parte procedimental. Mejorar o ser más imperativa en cuanto a las medidas cautelares, pues Entratándose de bienes del Estado, debe tenerse más consideración, puesto que la corrupción se presenta de varias formas y se observa dentro de los procesos la ineficiencia al respecto, permitiendo a los presuntos responsables insolventarse y defraudar al Estado.

La ley tampoco contempla la existencia de causales específicas eximentes de Responsabilidad Fiscal, y sería importante determinarlas.

4. ¿Alguna recomendación que usted pueda hacer para mejorar los procedimientos aplicados al Proceso de Responsabilidad fiscal?

R/ Establecer parámetros como procesos de mayor, menor y mínima cuantía con procedimientos definidos o implementar procesos verbales que contribuyan a la celeridad de ellos.

5. ¿Cómo calificaría usted el trabajo realizado por la Contraloría General de Caldas frente a la recuperación de los dineros públicos?.

Eficiente____ Regular __X__ Mala_____ POR QUÉ

R/ Los cobros coactivos son ineficaces, toda vez que cuando los procesos llegan a esta instancia, los responsables se encuentran insolventados, ausentes, sin trabajo, etc, es decir, no tiene sentido adelantar procesos que no conlleven a la reparación efectiva del patrimonio público, así esta sea parcial. De otro lado cuando un fallo con responsabilidad fiscal no es efectivamente ejecutado, la institución misma de la responsabilidad fiscal comienza a convertirse en Rey de Burlas y deja de ser un mecanismo efectivo para resarcir los perjuicios patrimoniales del Estado.

6. ¿La Contraloría General de Caldas difunde, mediante capacitaciones, seminarios, foros, talleres, plegables, etc, a los sujetos de control, el Proceso de Responsabilidad Fiscal ?

R/ La Contraloría ha divulgado a los órganos sujetos de control mediante capacitación la forma de rendir la cuenta y allí se crean espacios para transmitir

estos temas, pero el presupuesto no es suficiente, lo cual impide una divulgación mayor.

16.2 ENTREVISTA AL JEFE DEL AREA DE VISITADORES FISCALES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

1. ¿Cuáles son los aciertos y desaciertos jurídicos que se presenta en relación al control fiscal y al proceso de responsabilidad fiscal?.

R/ El desacierto jurídico tiene que ver con la remisión que se hace en la ley 610 al C.C.A, cuando no trata el tema en ella, creando vacíos jurídicos y llevando a diversas interpretaciones en el manejo procedimental.

2. ¿Considera usted que la ley 610, es una norma suficiente para el manejo del tema del control fiscal y el proceso de Responsabilidad Fiscal?

R/ No necesariamente, se requiere acudir a las mismas fuentes normativas que nos remite la citada ley, al igual que a la jurisprudencia respectiva relaciona con el citado tema.

3. ¿Qué tipo de cambios, modificaciones, ajustes o innovaciones deben hacerse en materia jurídica en el tema del control fiscal y específicamente al Proceso de Responsabilidad fiscal?.

R/ Reglamentación y mayor precisión al manejo procedimental de la ley o del proceso de Responsabilidad Fiscal, ampliar el periodo de caducidad a 8 años.

4. ¿Alguna recomendación que usted pueda hacer para mejorar los procedimientos aplicados al Proceso de Responsabilidad fiscal?

R/ Establecer resoluciones y reglamentaciones a la Ley 610 de 2000, que permiten a cada Contraloría llevar un adecuado manual de procedimientos, respetando la autonomía de cada Contraloría, pero con criterio unificado.

5. ¿Que opinión tiene como profesional del derecho frente al tratamiento del proceso de responsabilidad fiscal en la Contraloría General de Caldas?.

R/ Es adecuado y eficiente pero se deben unificar criterios en cuanto al manejo procesal.

6. ¿Participaría usted en conferencias, talleres, paneles programados por la Contraloría General de Caldas sobre el Proceso de Responsabilidad Fiscal?

SI X NO POR QUÉ

R/ Siempre habrá algo nuevo que aprender sobre el proceso de responsabilidad fiscal y sobre la normatividad para el desarrollo del proceso como tal.

7.¿Cómo calificaría usted el trabajo realizado por la Contraloría General de Caldas frente a la recuperación de los dineros públicos?.

Eficiente__X__

Regular _____

Mala_____

POR QUÉ

R/ La Contraloría General de Caldas ha procurado por la utilización óptima de los recursos disponibles para alcanzar la recuperación de los dineros públicos tratando siempre de alcanzar al máximo los productos esperados de acuerdo a la inversión de los mismos.

16.3 ENTREVISTA A LOS FUNCIONARIOS DEL AREA DE VISITADORES FISCALES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

1. ¿Cuáles son los aciertos y desaciertos jurídicos que se presenta en relación al control fiscal y al proceso de responsabilidad fiscal?.

R/ Como acierto considero importante aspectos que tuvieron en cuenta como la caducidad y la prescripción, lo mismo que la vinculación de los herederos

2. ¿Considera usted que la ley 610, es una norma suficiente para el manejo del tema del control fiscal y el proceso de Responsabilidad Fiscal?

R/ Aunque es una norma integra aspectos no contemplados en la ley 42/93, aún existen vacíos en esta legislación.

3. ¿Qué tipo de cambios, modificaciones, ajustes o innovaciones deben hacerse en materia jurídica en el tema del control fiscal y específicamente al Proceso de Responsabilidad fiscal?.

R/ Considero que la norma es completa y por lo tanto no visualizamos en el momento cambios a plantear.

4. ¿Alguna recomendación que usted pueda hacer para mejor los procedimientos aplicados al Proceso de Responsabilidad fiscal?

R/ Actualizar el manual de procedimientos, lo mismo que implementar procedimientos uniformes y que vallan llevando al investigador paso a paso desde el inicio de las diligencias hasta el fallo, con la resolución de los recursos, hasta el envío a la jurisdicción coactiva.

5. ¿Participaría usted en conferencias, talleres, paneles programados por la Contraloría General de Caldas sobre el Proceso de Responsabilidad Fiscal?

SI X NO POR QUÉ

7. ¿Cómo calificaría usted el trabajo realizado por la Contraloría General de Caldas frente a la recuperación de los dineros públicos?.

Eficiente____ Regular __X__ Mala_____ POR QUÉ

R/ Los procedimientos no son lo suficientemente ágiles para lograr la recuperación del dinero y sobre todo en el control persuasivo para evitar que por la vigilancia permanente se eviten delitos contra la administración pública.

16.4 ENTREVISTA A TÉCNICOS DEL AREA DE VISITADORES FISCALES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

1. ¿Cuáles son los aciertos y desaciertos jurídicos que se presenta en relación al control fiscal y al proceso de responsabilidad fiscal?.

R/ Que el control sea posterior y selectivo, pues se facilita que muchas irregularidades se pasen por alto.

2. ¿Considera usted que la ley 610, es una norma suficiente para el manejo del tema del control fiscal y el proceso de Responsabilidad Fiscal?

R/ No requiere modificaciones, pues esta es suficiente.

3. ¿Qué tipo de cambios, modificaciones, ajustes o innovaciones deben hacerse en materia jurídica en el tema del control fiscal y específicamente al Proceso de Responsabilidad fiscal?

R/ En el tramite del proceso, sus diferentes etapas debe ser analizadas a fin de determinar las falencias y vacíos que se presentan a lo largo del proceso.

4. ¿Alguna recomendación que usted pueda hacer para mejorar los procedimientos aplicados al Proceso de Responsabilidad fiscal?

R/ Motivar los fallos jurídicamente mediante sentencias de las altas Cortes.

5. ¿Qué opinión tiene como profesional del derecho frente al tratamiento del proceso de responsabilidad fiscal en la Contraloría General de Caldas?.

R/ Requiere mejorar a fin de corregir falencias y dificultades

6. ¿Participaría usted en conferencias, talleres, paneles programados por la Contraloría General de Caldas sobre el Proceso de Responsabilidad Fiscal?

SI X NO POR QUÉ

R/ Si conozco el proceso podré detectar sus beneficios y eficiencias.

7.¿Cómo calificaría usted el trabajo realizado por la Contraloría General de Caldas frente a la recuperación de los dineros públicos?.

Eficiente____ Regular __X__ Mala_____ POR QUÉ

R/ En muchas ocasiones se cierran procesos que en un momento dado ameritan un fallo con responsabilidad fiscal y por la falta de pruebas y visitas al lugar de los hechos es cerrado

16.5 ENTREVISTA AL SEÑOR ALCALDE DEL MUNICIPIO DE SAMANA

1. ¿Qué concepto le merece el control fiscal, ejercido por la Contraloría General de Caldas a las entidades objeto de control?.

R/ Es buena, siempre la labor que realizan todos los órganos de control beneficia tanto al país como a nosotros como alcaldes.

2. ¿Cuáles cree que son los principales determinantes o causas que dan inicio al proceso de responsabilidad fiscal?.

R/ Cuando existe pérdida de dineros del Estado al interior de las administraciones o de las instituciones, por los malos manejos de los funcionarios.

3. ¿Cuáles cree que son las principales implicaciones o consecuencias del proceso de responsabilidad fiscal?.

R/ Condenarse al funcionario a pagar una suma de dinero, sirviéndole también como experiencia a los Municipios para evitar los malos manejos en un futuro.

4. ¿Cuáles considera usted que son las principales falencias del Proceso de responsabilidad fiscal adelantado en la Contraloría General de Caldas?

R/ No tengo conocimiento porque en mi administración no se ha adelantado ningún proceso de responsabilidad fiscal

5. ¿Sabe usted ¿quién es gestor fiscal ?

R/ Si, los responsables de rendir cuentas y que manejen dineros públicos.

6. ¿Participaría usted en conferencias, talleres, paneles programados por la Contraloría General de Caldas sobre el Proceso de Responsabilidad Fiscal?

SI X NO POR QUÉ

16.6 ENTREVISTA AL SEÑOR TESORERO DEL MUNICIPIO DE PENSILVANIA

1. ¿Qué concepto le merece el control fiscal, ejercido por la Contraloría General de Caldas a las entidades objeto de control?.

R/ En mi opinión, es bueno, ya que esto ayuda a combatir la corrupción que se puede presentar en los Municipios, bien sea por malos manejos de los dineros por parte de los funcionarios o por otras personas como los contratista que a veces se aprovechan y defraudan al Estado.

2. ¿Cuáles cree que son los principales determinantes o causas que dan inicio al proceso de responsabilidad fiscal?.

R/ La malversación de los dineros, el desconocimiento de la ley en la aplicación de los contratos, mala asesoría por parte de los funcionarios encargados del manejo de los recursos, la pérdida de los bienes etc.

3. ¿Cuáles cree que son las principales implicaciones o consecuencias del proceso de responsabilidad fiscal?

R/ Una de las consecuencias y la más importante es la devolución de los dineros, trayendo también la posible destitución e inhabilidad del funcionario por parte de la Procuraduría.

4. ¿Cuáles considera usted que son las principales falencias del Proceso de responsabilidad fiscal adelantado en la Contraloría General de Caldas?

R/ A veces inician procesos y hacen averiguaciones que finalmente uno nunca se entera del resultado.

5. ¿Sabe usted ¿quién es gestor fiscal ?

R/ Si, los funcionarios públicos que manejen o administren recursos del Estado.

6. ¿Participaría usted en conferencias, talleres, paneles programados por la Contraloría General de Caldas sobre el Proceso de Responsabilidad Fiscal?

SI X NO POR QUÉ

16.7 ENTREVISTA A PROFESIONAL DEL DERECHO QUE HA SIDO PARTE EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL

1. ¿Qué concepto le merece el control fiscal, ejercido por la Contraloría General de Caldas a las entidades objeto de control?.

R/ Aunque es buena y a mejorado notoriamente, aun falta en mi opinión, que la Contraloría establezca directrices o parámetros encaminados a realizar Auditorias que ejerzan seguimientos a los procesos internos de las entidades sujetas a control y cuando consideren que se esta frente a un hallazgo de tipo fiscal, éstos sean debidamente motivados, de un estudio concienzudo de las pruebas aportadas por las entidades, ya que en muchas ocasiones he asistido procesos que no tenían porque aperturarse pues no existían causas suficientemente fundadas para ellos, generando desgaste a la administración y a la los mismo implicados.

2. ¿Cuáles cree que son los principales determinantes o causas que dan inicio al proceso de responsabilidad fiscal?.

R/ Se puede iniciar de oficio cuando la Contraloría lo considere pertinente, o a petición de parte cuando la misma ciudadanía o los funcionarios solicitan investigación.

3. ¿Cuáles cree que son las principales implicaciones o consecuencias del proceso de responsabilidad fiscal?.

R/ El resarcir el daño causado al erario público, tanto el condenado como la compañía aseguradora si la hay, al igual que la inclusión del mismo en el boletín de responsables fiscales.

4. ¿Cuáles considera usted que son las principales falencias del Proceso de responsabilidad fiscal adelantado en la Contraloría General de Caldas?

R/ La dilatación del proceso de responsabilidad fiscal, por falta de peritos, el constante cambio de funcionario instructor y la falta de interés de los funcionarios en la recopilación del material probatorio, pues el Estado en este caso tiene la carga de la prueba, y en muchas ocasiones se quedan esperando que los mismos implicados las aporten.

5. Sabe usted ¿quién es gestor fiscal ?

R/ Son todos aquellos funcionarios públicos que uso de sus funciones manejen o administren recursos del Estado, así como los particulares que transitoriamente ejercen funciones públicas y manejan dichos recursos.

6. Participaría usted en conferencias, talleres, paneles programados por la Contraloría General de Caldas sobre el Proceso de Responsabilidad Fiscal

SI X NO POR QUÉ

Este es un tema poco conocido y con muy poca normatividad, y que mejor que recibir de parte de las personas que a diario manejan el tema y que les exige estar cada día

más actualizados , la información suficiente, para que uno como Apoderado pueda defender mejor los intereses de la parte representada.

16.8 ENTREVISTA A ESTUDIANTE DE ÚLTIMO AÑO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MANIZALES

1. ¿Qué concepto le merece el control fiscal, ejercido por la Contraloría General de Caldas a las entidades objeto de control?.

R/ Poco conozco, pues la verdad la única oportunidad que he tenido para conocer de esto ha sido en el consultorio jurídico y solo he tenido una percepción directa por una asignación que me hicieron para ser apoderado de oficio en uno de ellos y solo alcance a notificarme.

2. ¿Cuáles cree que son los principales determinantes o causas que dan inicio al proceso de responsabilidad fiscal?.

R/ La verdad no sé, pues nunca me he interesado por conocer en forma la labor de la Contraloría y los conocimientos dados por la universidad respecto al tema son pocos, sé que es un órgano de control.

3. ¿Cuáles cree que son las principales implicaciones o consecuencias del proceso de responsabilidad fiscal?.

R/ No sé

4. ¿Cuáles considera usted que son las principales falencias del Proceso de responsabilidad fiscal adelantado en la Contraloría General de Caldas?

R/ No puedo dar una opinión al respecto.

5. Sabe usted ¿quién es gestor fiscal ?

R/ Todos los funcionarios públicos.

6. ¿Participaría usted en conferencias, talleres, paneles programados por la Contraloría General de Caldas sobre el Proceso de Responsabilidad Fiscal?

SI X NO POR QUÉ

R/ Porque como lo dije, en la Universidad poco se especifica al respecto y como en el Consultorio Jurídico nos asignan casos de estos, sería bueno conocer bien el proceso para representar bien a los afectados y que el Consultorio en la parte de inducción le diera más importancia al tema.

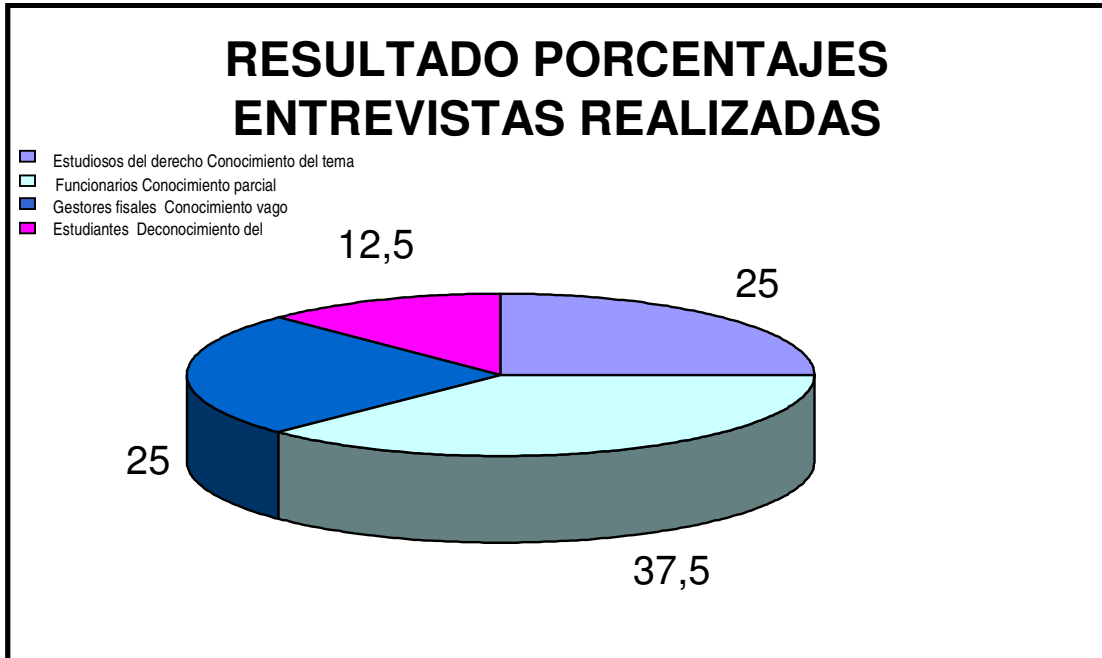
16.9 COMENTARIO A ENTREVISTAS.

Dentro del trabajo de campo realizado, las entrevistas permitieron a este estudio reportar datos generales que dejan entrever, el desconocimiento que existe tanto por parte de los gestores fiscales, los mismos funcionarios instructores, estudiantes de los consultorios jurídicos y en cierta forma los mismos Abogados que representan o en un momento determinado hacen parte del proceso.

Se concluye que:

1. De las personas entrevistadas un 25% conoce el tema, se interesa y tiene grandes expectativas respecto al proceso de responsabilidad fiscal y el tratamiento que a éste debe dársele.
2. De los funcionarios entrevistados y encargados de la instrucción de los procesos el 37%, dio respuestas ambiguas y contradictorias, percibiéndose desconocimiento profundo de la norma, o falta de interés en el tema.
3. Otro 25% de los entrevistados como gestores fiscales, apenas tienen referencia del tema, sus conocimientos son vagos y vacilantes, es decir, falta interés en el aprendizaje y conocimiento de la norma.
4. Y el 12.5 representado en un estudiante activo de un Consultorio jurídico demuestra un desconocimiento total frente al tema, por factores como

falta de motivación, capacitación e inducción tanto en la Universidad como de la misma Contraloría.



17. SUSTENTO

JURISPRUDENCIAL

Sentencia C-477/01

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Actuaciones reguladas

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN FUNCION PUBLICA-Excepción

PROCESO DISCIPLINARIO-Reserva/**PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**-Reserva

PROCESO PENAL-Reserva y publicidad

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD-Excepción

DERECHO A EJERCER EL CONTROL POLITICO-Reserva y publicidad

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Reiteración de jurisprudencia

NORMA LEGAL-Contenido igual

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Aplicación

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Momento de levantamiento de la reserva

Referencia: expediente D-3252

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 de la Ley 610 de 2000, sobre reserva en las actuaciones adelantadas en el proceso de responsabilidad fiscal.

Actor: Hernán Antonio Barrero Bravo

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, nueve (9) de mayo de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Hernán Antonio Barrero Bravo, demandó parcialmente el artículo 20 de la Ley 610 de 2000. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISION.

El texto de la disposición parcialmente acusada, según aparece publicada en el Diario Oficial No. 44. 133 del 18 de agosto de 2000, es el siguiente dentro del cual se subrayan la expresiones demandadas:

“LEY 610 de 2000
(Agosto 15)

Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

“ARTICULO 20. Reserva y expedición de copias. Las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservadas hasta su culminación. En consecuencia, hasta no terminarse 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.

“El incumplimiento de esta obligación constituye falta disciplinaria, la cual será sancionada por la autoridad competente con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales.

“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.”

III. LA DEMANDA.

A juicio del actor, el artículo 20 de la Ley 610 de 2000 quebranta los preceptos contenidos en los artículos 1°, 2°, 13, 20, 23, 25, 29, 73, 74 y 95 numeral 5° de la Constitución Política.

En sentir del demandante, a pesar de que el Congreso Nacional tiene competencia para regular el proceso de responsabilidad fiscal, no lo puede hacer desconociendo los principios de publicidad de las actuaciones administrativas, y de participación en el control del poder público por parte de los ciudadanos. Así mismo, tampoco puede el legislativo, so pretexto de regular dicho trámite, vulnerar los derechos fundamentales a que aluden algunas de las disposiciones constitucionales que estima desconocidas, principalmente los derechos de petición, a la información, de expresión, de acceso a los documentos públicos, de libertad e independencia de la actividad periodística, al debido proceso y a la igualdad. Por ello, aunque el objetivo de la norma que acusa sea el de garantizar la presunción de inocencia y la eficacia de la función pública, estima que el legislador ha acudido a un medio desproporcionado para lograrlo, pues ha desconocido los mencionados principios y derechos superiores.

De otro lado, aduce el demandante que el Congreso, al expedir la norma que parcialmente acusa, reprodujo en forma similar la disposición antes contenida en el artículo 33 de la Ley 190 de 1995, norma que también prescribía la reserva dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, y respecto de la cual la Corte se pronunció declarando su exequibilidad, condicionada a que la referida reserva no se extendiera más allá del término probatorio. Al respecto cita textualmente las consideraciones que en su momento hizo la Corte en la Sentencia C-038 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), para adoptar la decisión comentada.

IV- INTERVENCIONES.

1. Intervención de la Contraloría General de la República.

La ciudadana Ana Lucía Padrón Carvajal, en representación de la Contraloría General de la República, intervino para defender la exequibilidad condicionada de la norma acusada.

Comienza por señalar que el principio de publicidad es connatural al Estado social de Derecho, a fin de garantizar la transparencia de las actuaciones de sus funcionarios. No obstante, indica que “tal principio puede sufrir limitaciones taxativas provenientes de la Constitución o de la Ley, en aras de preservar otros derechos y valores de igual jerarquía e importancia para la convivencia social como lo son, a título de ejemplo, la presunción de inocencia, y los denominados derechos de *“la esfera privada de las personas...”*”

Continúa la interviniente diciendo que para resolver el problema de si la reserva total que en los procesos de responsabilidad fiscal consagra la norma acusada, “vulnera o no los principios de proporcionalidad y razonabilidad insitos en la Carta Política”, es necesario acudir a lo dicho en la Sentencia C-038 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que, respecto del artículo 33 de la Ley 190 de 1995, que tenía un contenido normativo similar al actualmente demandado, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la disposición, bajo el entendido de que la reserva a que aludía no se extendía más allá del periodo probatorio. Acogiendo las consideraciones vertidas por esta Corporación en esa oportunidad, la ciudadana interviniente propone a la Corte pronunciar nuevamente una exequibilidad condicionada, como la que en aquella oportunidad se declaró.

Adicionalmente, estima que el Congreso, al expedir la disposición que se acusa, desconoció la prohibición contenida en el artículo 44 del Decreto 2067 de 1991 de reproducir el contenido material de un acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo. A su juicio, del debate parlamentario antecedente a la expedición de la Ley, se deduce que el Congreso conocía la jurisprudencia constitucional mencionada, relativa a la reserva dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, y que no obstante ello, reprodujo la disposición declarada executable bajo condición.

2. Intervención de la Auditoría General de la República.

El doctor Álvaro Guillermo Rendón López, actuando como ciudadano y en su condición de Auditor General de la República, intervino dentro del proceso para defender la exequibilidad de la disposición demandada.

Tras hacer una serie de consideraciones respecto de la naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal y de su finalidad resarcitoria, independiente de la responsabilidad disciplinaria y penal, el interviniente expresa que el trámite de dicho proceso, tal como aparece regulado por la Ley 610 de 2000, respeta las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso. A su juicio, la reserva introducida por la norma acusada, que cobija todo el trámite procesal, resulta razonable, pues teniendo en cuenta que en el proceso de responsabilidad fiscal se pueden practicar pruebas hasta el momento antes de proferir el fallo, no se desconoce el condicionamiento

señalado por la Corte en la Sentencia C-038 de 1996, según el cual la mencionada reserva no puede extenderse más allá del término probatorio.

De otro lado, el interviniente destaca que la reserva introducida por el artículo 20 de la Ley 610 de 2000 garantiza la presunción de inocencia, pues en el proceso de responsabilidad “no se profiere decisión de fondo, fallo con o sin responsabilidad fiscal, con el cual culmina el proceso, mientras no exista total certeza de la ocurrencia de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.” Además indica que “otra de las razones que ameritan la prevalencia de la reserva en el proceso de responsabilidad fiscal sobre el derecho a la información, es el derecho a la intimidad de los implicados, consagrado en el artículo 15 de nuestra Carta Política.”

3. Intervención del Ministerio del Interior

En la oportunidad legal prevista y actuando en nombre del Ministerio del Interior, intervino dentro del proceso el ciudadano Hernando Beltrán Orjuela, quien defendió en los siguientes términos la constitucionalidad de la disposición acusada:

Considera el interviniente que en ningún modo las normas que el demandante considera vulneradas pueden estimarse infringidas por la disposición acusada. A su juicio, la participación ciudadana no puede ser entendida como una facultad de coadministrar en forma generalizada, pues corresponde a los funcionarios públicos “la custodia y secreto profesional de investigaciones y procesos que por la delicadeza de los mismos podrían usarse indebidamente en caso de caer en manos de personas sin escrúpulos o sin la formación requerida para tal fin...”

Anota que de conformidad con lo prescrito por el artículo 74 de la Constitución, el derecho de acceso a los documentos públicos puede ser limitado por la ley y, de otro lado, que según las normas superiores “el secreto profesional es inviolable”. Con fundamento en estas consideraciones estima que “la publicidad y la información no son absolutas”.

Finalmente señala que la Sentencia C-038 de 1996, “se refería a situaciones estrictamente personales de carácter disciplinario y por ello el alto Tribunal se limitó a condicionar la reserva hasta cierta etapa del proceso por estimar que de ahí en adelante la reserva es excesiva, pero como para el caso que nos ocupa nos referimos a asuntos de índole fiscal que de acuerdo con el grado de responsabilidad del posible inculpado afectan positiva o negativamente bienes del Estado, la reserva debe ser total como se estipula en la norma impugnada.”

4. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

Representando al Ministerio de Justicia y del Derecho, intervino oportunamente el ciudadano José Camilo Guzmán Santos, quien abogó por la constitucionalidad parcial de la disposición acusada.

El interviniente se refiere inicialmente a las características del proceso de responsabilidad fiscal, indicando al respecto que de conformidad con lo señalado por la Corte en la Sentencia SU-620 de 1996, dicho proceso es de naturaleza administrativa y su objeto es el esclarecimiento de la responsabilidad de quienes administran bienes o recursos públicos. Dicha responsabilidad es igualmente administrativa, de carácter patrimonial y resarcitorio y no sancionatorio penal ni disciplinario. No obstante, aclara que la declaratoria de responsabilidad tiene incidencia en los derechos fundamentales de las personas a que se refiere. Finalmente indica que el trámite del proceso debe observar la garantía plena del debido proceso.

Posteriormente la intervención continua refiriéndose a los fundamentos constitucionales que en sentir del ciudadano interviniente justifican la reserva en los procesos fiscales, y a los límites que debe conocer dicha reserva. Al respecto

indica que “la libertad del legislador para establecer un régimen de reserva, sin duda se fundamenta en la necesidad de asegurar la eficacia de las investigaciones en curso y la presunción de inocencia de las personas investigadas, de suerte que la divulgación pública de las investigaciones se de sólo a partir del fallo, pues el conocimiento previo de los hechos y las personas investigadas, puede comprometer el éxito de las investigaciones o anticipar injustificadamente la culpabilidad de los imputados.”

Secundando las consideraciones vertidas por la Corte en la Sentencia C- 038 de 1996, estima que no obstante lo anterior, la reserva total en los procesos fiscales es una medida desproporcionada, pues lleva a desconocer el derecho de ejercer el control político. En tal sentido, afirma que “no hay duda que la H. Corte constitucional ha definido el asunto debatido en esta oportunidad y está claro que la restricción impuesta a través de la norma demandada, se considera razonable en atención a la finalidad que persigue, pero desproporcionada frente a otros derechos cuya protección constitucional se encuentra garantizada, por lo cual la disposición acusada deberá ser declarada parcialmente inexecutable, en particular el aparte referente a la exigencia de culminación del proceso para levantar la reserva.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuellar, en concepto N° 2397 recibido el 11 de enero de 2001, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad parcial de las normas acusadas.

Comienza el concepto del señor procurador haciendo un análisis de la naturaleza jurídica del proceso de responsabilidad fiscal después de lo cual entra en el estudio del principio de publicidad en la democracias liberales. Al respecto afirma que en ellas la publicidad de las actuaciones administrativas, como garantía de un efectivo control político, es la regla general al paso que la reserva de las mismas es la excepción. Aduce como fundamento del principio de publicidad, las libertades de expresión, de opinión, de información, el derecho de petición y el derecho a la participación democrática. La reserva, por su parte, se justifica en la necesidad de proteger los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad y la garantía de la presunción de inocencia. Por esta razón la ley debe propiciar un equilibrio entre la publicidad y la reserva, y entre los derechos colectivos y particulares.

Continúa la vista fiscal recordando que el artículo 74 de la Constitución consagra la publicidad de los documentos públicos como regla general pero admitiendo que la ley puede señalar excepciones respecto de ella. En este sentido, resulta válido que la ley establezca la reserva “mientras exista incertidumbre en relación con los hechos y las personas”.

En seguida el concepto del Procurador recuerda lo dicho por la Corte en la referida Sentencia C-038 de 1996, para concluir que con base en ella debe estimarse que el precepto demandado es inconstitucional parcialmente, toda vez que existe una desproporcionalidad en el aparte que se refiere a que la reserva opera durante todo el proceso fiscal, ya que desconoce el principio superior de publicidad. En tal sentido, solicita la declaración de inexecutable de las expresiones “hasta su culminación” y “hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal”, y la constitucionalidad condicionada del resto de la disposición, en el entendido de que la reserva no puede prolongarse más allá del momento en que se rindan los descargos y se practiquen las pruebas a que haya lugar.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 610 de 2000, ya que se trata de una demanda en contra de una disposición que forma parte de una ley de la República.

El problema jurídico que debe resolverse.

2. A juicio de la Corte, en la presente ocasión debe resolverse si la reserva en el proceso de responsabilidad fiscal, extendida hasta el momento de su terminación, se erige en un desconocimiento de los principios constitucionales de publicidad de las actuaciones administrativas y de participación ciudadana en el control de la función pública, o si se trata de una excepción constitucionalmente válida justificada en la necesidad de preservar la eficacia de la actuación de las autoridades que adelantan el proceso y la presunción de inocencia de las personas imputadas dentro del mismo. Para esos efectos, estima necesario referirse brevemente a las distintas etapas y actuaciones que conforman el proceso de responsabilidad fiscal actualmente, por la incidencia que cada una de ellas individualmente considerada pueda tener respecto de los asuntos involucrados en la presente decisión.

Debe también la Corte precisar si la disposición acusada tiene un contenido normativo igual al del artículo 33 de la Ley 190 de 1995, el cual mediante Sentencia C-038 de 1996 fue declarado por esta Corporación exequible en forma condicionada, a fin de establecer si por existir dicha identidad de contenido regulante, debe reiterarse íntegramente la jurisprudencia sentada con esa ocasión, y adoptarse una decisión igual a la de entonces.

EL Proceso de responsabilidad fiscal en la Ley 610 de 2000

3. El artículo 1º Ley 610 de 200 define el proceso de responsabilidad fiscal como el “conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.” El artículo 4º siguiente, precisa que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, resarcimiento que se logra mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense dicho perjuicio.

De manera general, el conjunto de actuaciones reguladas por la Ley 610 de 2000 que conforman el proceso de responsabilidad fiscal, son las siguientes:

- a. El proceso puede iniciarse de oficio por las propias contralorías, a solicitud de las entidades vigiladas, o por denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, especialmente por las veedurías ciudadanas. (Artículo 9º).
- b. Antes de abrirse formalmente el proceso, si no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por el término de seis (6) meses, al cabo de los cuales procederá el archivo de las diligencia o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 39).
- c. Cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 40). Una vez abierto el proceso, en cualquier momento podrán decretarse medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables. (Artículo 12)
- d. En el auto de apertura del proceso, entre otros asuntos deberán identificarse la entidad afectada y los presuntos responsables, y determinarse el daño patrimonial y la estimación de su cuantía. Dicho auto, además, debe contener el decreto de las pruebas que se estimen conducentes y pertinentes, el decreto de las medidas

- cautelares que deberán practicarse antes de la notificación, y la orden de practicar después de ellas, la notificación respectiva. (Artículo 41)
- e. Como garantía de la defensa del implicado, el artículo 42 prescribe que quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal en su contra, antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, tiene el derecho de solicitar que se le reciba exposición libre y espontánea. De todas maneras, no puede proferirse el referido auto de imputación, si el presunto responsable no ha sido previamente escuchado.
 - f. Si el imputado no puede ser localizado o si citado no comparece, se le debe nombrar un apoderado de oficio con quien se continúa el trámite. (Artículo 43)
 - g. El término para adelantar estas diligencias es de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal. Notificado a los presuntos responsables el auto de imputación, se les correrá traslado por el término de diez (10) días a fin de que presenten los argumentos de su defensa, y soliciten y aporten las pruebas que pretendan hacer valer. (Artículos 45 a 50)
 - h. Vencido el término del traslado anterior, se debe dictar el auto que decrete las pruebas solicitadas, o las que de oficio se encuentren conducentes y pertinentes. El término probatorio no podrá ser superior a treinta (30) días; contra el auto que rechace pruebas proceden los recursos de reposición y apelación. (Artículo 51)
 - i. De conformidad con lo prescrito por el artículo 52, “vencido el término del traslado, y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, llamada fallo, con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días.
 - j. En los términos del artículo 55, “la providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra ella proceden los recursos allí señalados...”

La jurisprudencia sentada en la Sentencia C-038 de 1996 en torno del tema de la reserva en los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal.

4. Mediante la Sentencia C-038 de 1996, esta Corporación decidió la demanda de inexecutable incoada en contra del artículo 33 de la Ley 190 de 1995, cuyo tenor literal era el siguiente:

“Artículo 33. 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.

“Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que el investigado tenga acceso a la investigación, desde los preliminares.

“Parágrafo Primero. La violación de la reserva será causal de mala conducta.

“Parágrafo segundo. Tampoco podrán publicarse extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta que se produzca el fallo.

“Parágrafo tercero. En el evento de que se conozca la información reservada, la entidad deberá verificar una investigación interna y explicarle a la opinión las posibles razones del hecho.”

5. Como en el caso de autos, en aquella oportunidad la acusación argüía que los datos y hechos que se debatían dentro del proceso disciplinario o de responsabilidad fiscal, revestían interés general, y por lo tanto no podían quedar sustraídos del libre escrutinio público. La demanda estimaba que la reserva, en los términos en los que la consagraba la norma entonces acusada, suprimía “un espacio necesario de conocimiento, información, expresión, reflexión y debate públicos que no puede eliminarse sin violar los artículos 1, 2, 13, 20, 23, 25, 29, 73, 74, 84, 95-7, 152, 153, 157 y 158 de la Constitución Política.”¹

6. En esa oportunidad, la Corte estimó que el problema jurídico que tenía que resolver, consistía en determinar si el Legislador, tratándose de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, tenía libertad para consagrar un régimen de reserva que se levantara sólo después de emitido el fallo respectivo o si, por el contrario, el interés público comprometido en dichas actuaciones, no era compatible constitucionalmente con otro sistema distinto al de su completa publicidad. Para fundamentar la decisión que adoptó, hizo, entre otras, las siguientes consideraciones:

“Admitir la publicidad de la función pública como principio constitucional, no impide que existan excepciones. Entre dichas excepciones, se cuentan “las negociaciones de carácter reservado” (C.P., art. 136-2). Igualmente, el derecho de acceso general a los documentos públicos, puede en determinados casos ser exceptuado por la ley (C.P., art. 74).

“En una materia más próxima a la que es objeto de debate, como es el proceso penal, gobernado constitucional y legalmente por el principio de publicidad (C.P. art. 29; C. de P.P. arts., 8 y 321), se ha dispuesto que sólo el juicio sea público en tanto que la investigación tiene carácter reservado para quienes no sean sujetos procesales. En la etapa de investigación se acopian pruebas y se realizan averiguaciones de distinta índole, cuyo conocimiento público podría hacerla fracasar. De otra parte, la falta en este estadio de un grado adecuado de certeza sobre la responsabilidad, no permite al Estado formular una imputación sobre la autoría del delito, de modo que la publicidad causaría detrimento injustificado a la dignidad de la persona sindicada y podría influir de manera poderosa sobre los jueces, comprometiendo la imparcialidad y la objetividad de la justicia. La publicidad, por lo tanto, sólo puede tener cabida en la etapa del juicio, en la cual no se corre el riesgo de socavar la investigación - que ha concluido -, ni de afectar de manera grave el respeto y la dignidad del reo, pues sólo con suficientes elementos probatorios puede haberse formulado la imputación por la comisión de un delito, la que en todo caso no tiene la naturaleza de condena y por sí misma no desvirtúa la presunción de inocencia. Por lo demás, aquí la publicidad se torna imprescindible, como quiera que la sociedad toda está interesada en proscribir la justicia secreta y deberá asegurarse por sí misma que los jueces en el proceso observen celosamente los derechos y garantías constitucionales. La función jurisdiccional que ejercen los jueces penales, como actividad pública, debe estar sujeta al control y a la vigilancia de la sociedad, máxime si se tiene presente que a través suyo el Estado administra el uso de la fuerza legítima y puede restringir la libertad.

“El proceso penal ilustra la alternativa apelación legal a la reserva y a la publicidad, dependiendo de la etapa de que se trate. No puede hablarse de primacía absoluta del principio de eficacia y de la presunción de inocencia, sobre el principio de publicidad. En cada tramo del proceso, de acuerdo a sus exigencias intrínsecas, uno de ellos puede tener mayor peso y, por tanto, precedencia o igual relevancia, y, entonces, podrá articularse con los restantes. Baste añadir que en materia penal, la imposición de una publicidad total - desde las averiguaciones previas -, podría malograr la capacidad de indagación del Estado y menoscabaría la presunción de inocencia de las personas. De la misma manera, la postergación de la publicidad a un momento que coincida con la expedición

¹ Sentencia C-038 de 1996. Fundamento jurídico N° 13.

de la sentencia, le imprimiría a la justicia el estigma propio de una acción secreta, y la sustraería por entero del control ciudadano.

“Se colige de lo expuesto, que la publicidad como principio constitucional que informa el ejercicio del poder público, se respeta cuando se logra mantener como regla general y siempre que la excepción, contenida en la ley, sea razonable y ajustada a un fin constitucionalmente admisible. La medida exceptiva de la publicidad, igualmente, deberá analizarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que ella afecta, según se ha anotado, un conjunto de derechos fundamentales.”²

7. Refiriéndose concretamente a la reserva que dentro del proceso disciplinario y fiscal introducía la disposición acusada, la Corte vertió los siguientes conceptos:

“La Corte procederá a determinar si en materia de los procesos disciplinarios y fiscales, la forma legal de combinar la reserva - que cubre las investigaciones preliminares, los cargos y los descargos - y la publicidad - a partir de la expedición del fallo -, según una regla que consagra una secuencia que inicia la primera y culmina la segunda, vulnera la Constitución.

“La finalidad de la fórmula legal, en modo alguno, quebranta la Carta. El objetivo de asegurar la publicidad de la actuación estatal, sin que ello implique un riesgo alto para la eficacia e imparcialidad de las investigaciones en curso y para el derecho a la presunción de inocencia de las personas involucradas, no merece reproche constitucional. La publicidad, la eficacia, la imparcialidad y la presunción de inocencia, constituyen mandatos constitucionales que vinculan al legislador.

“La medida legal, de otra parte, es apta para lograr la finalidad perseguida. En efecto, la decisión de autorizar la publicidad sólo después de emitido el fallo, permite su divulgación y, a la vez, evita que la investigación pueda fracasar como consecuencia de su prematura revelación y que, por esta misma causa, sufra injustificada mengua la presunción de inocencia de los inculpados.

“No obstante que la finalidad de la medida sea aceptable y ésta idónea para realizarla, falta establecer si la restricción que ella comporta en relación con los referidos derechos fundamentales, es desproporcionada. **A juicio de la Corte, el “derecho a ejercer el 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. -, resulta desproporcionadamente limitado por la norma legal.**

“Se comprende que las investigaciones preliminares, se sujeten a reserva. Sin existir un grado razonable de certeza sobre la comisión y autoría de la falta, 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. Sin embargo, a partir de este punto, mantener el secreto, se estima excesivo desde el punto de vista del necesario y legítimo derecho ciudadano al control del ejercicio del poder público. Si bien no se ha impuesto una sanción, se tiene ya un completo conocimiento de los hechos, funcionarios involucrados, cargos elevados y defensas interpuestas. Si en este momento, se levanta la reserva, no hay riesgo de que la información pueda no ser imparcial, objetiva y plural.

² Ibídem, fundamento jurídico N° 15.

“ ...

“En este orden de ideas, es evidente que el legislador al llevar más allá de su máximo contenido los principios de eficiencia y respeto a la presunción de inocencia, le restó toda virtualidad y eficacia al principio de publicidad y al derecho fundamental que éste nutre: el control del poder público por parte de las personas y ciudadanos.

“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 por la ley 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. Debe quedar claro que a partir del indicado momento, independientemente de los incidentes y trámites posteriores, toda la actuación ulterior se torna pública. Con el objeto de prevenir que la mora, dolosa o culposa, de los funcionarios investigadores, postergue indebidamente el momento de la publicidad de las investigaciones en curso - en cuyo conocimiento se cifra un insoslayable interés público -, la exequibilidad del precepto examinado se condiciona a que la reserva se levante tan pronto se practiquen las pruebas o con independencia de la actuación cumplida, expire el término general señalado en la ley para hacerlo, el cual tiene carácter perentorio. Como consecuencia de este pronunciamiento, pero bajo la misma condición, se declarará la exequibilidad de los parágrafos primero y tercero del mismo artículo. Sobre el conjunto de las disposiciones que se declararán exequibles, falta señalar que no era necesario recurrir al trámite dispuesto para las leyes estatutarias, en razón de que simplemente se trataba de establecer algunos deberes anejos al ejercicio de la función pública de control.³ (Negritas por fuera del original).

Similitud entre el contenido normativo del artículo 33 de la Ley 190 de 1995 y el del artículo 20 de la Ley 610 de 2000. Reiteración de jurisprudencia.

8. El artículo 33 de la Ley 190 de 1995 - por medio de la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa -, bajo el epígrafe “Aspectos procesales”, regula tanto el proceso disciplinario, como el de responsabilidad fiscal propiamente dicho. Por su parte, el artículo 20 bajo examen, se inserta dentro de la Ley 610 de 2000 que regula íntegramente, pero en forma exclusiva, el trámite del proceso de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. No obstante estas diferencias, en relación con el trámite de este último proceso la prescripción contenida en una y en otra norma es la misma. En efecto, la fórmula legislativa utilizada por el artículo 33 de la Ley 150 de 1995, prescribía que quedaban cobijadas por la reserva las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos así como los descargos, añadiendo que los fallos serían públicos, con lo cual implícitamente daba a entender que sólo hasta el momento de proferirse los mismos se levantaría la reserva. De igual manera, la norma ahora acusada indica que todas las actuaciones adelantadas dentro del proceso de responsabilidad fiscal, tanto en la indagación preliminar como en el proceso propiamente dicho, son reservadas “*hasta su culminación*”, por lo cual “*hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal, ningún funcionario podrá suministrar información, ni expedir copias de piezas procesales...*”

³ *Ibídem*, fundamento jurídico N° 16.

Ambos artículos, por consiguiente, contienen la misma prescripción: disponen la reserva en los procesos de responsabilidad fiscal, hasta el momento de proferirse el fallo. Incluso, la disposición *sub examine* puede considerarse más drástica al señalar enfáticamente que la referida reserva cubre todo el proceso “*hasta su culminación*”, lo cual llevaría a concluir que sólo los fallos ejecutoriados, es decir aquellos contra los cuales no procede recurso alguno, pueden darse a conocer, puesto que sólo hasta dicha ejecutoria, puede estimarse definitivamente concluido un proceso. Así las cosas, la reserva llegaría hasta el fallo de segunda instancia, excediendo, por lo tanto, las prescripciones del artículo 33 de la Ley 150 de 1995 (antes de la Sentencia de la Corte) en donde la misma se levantaba con el fallo de primera instancia.

9. Desde este punto de vista la Corte coincide con lo afirmado por el demandante y por algunos de los intervinientes, quienes ponen de manifiesto que el Congreso, al expedir el artículo 20 de la Ley 610 de 1999, produjo una disposición a sabiendas de su inconstitucionalidad parcial, pues como lo hace ver la ciudadana que intervino en nombre de la Contraloría General de la Nación, el examen de los antecedentes legislativos del artículo demandado, muestra que el órgano legislativo sí conocía la jurisprudencia tantas veces comentada, en donde se señalaba la inconstitucionalidad de consagrar una reserva total dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

En efecto, dentro del mencionado debate, a propósito del asunto que ocupa la atención de la Corte, se dijo lo siguiente:

“En este punto, es menester resaltar que de acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia y la doctrina, la reserva del sumario en los procesos de responsabilidad se extiende hasta el vencimiento del período probatorio, como un mecanismo de protección a la presunción de inocencia que ampara al procesado”.⁴

En cambio, no comparte la Corte las apreciaciones del señor Auditor de la República, para quien la reserva introducida por la norma acusada, que cobija todo el trámite procesal, resulta razonable teniendo en cuenta que en el proceso de responsabilidad fiscal se pueden practicar pruebas hasta el momento antes de proferir el fallo. Es decir, en su sentir, como el término probatorio culmina inmediatamente antes del término para fallar, la extensión de la reserva hasta el momento del fallo no desconoce la jurisprudencia sentada por esta Corporación. A juicio de la Corte, la norma acusada extiende la reserva mucho más allá de lo que estimó proporcionado la Sentencia C-038 de 1996, pues la hace efectiva durante el término de treinta días de que dispone el funcionario para fallar, así como durante el trámite de la segunda instancia o de la ejecutoria del fallo, pues no de otra forma cabe entender las expresiones “*hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal*” y “*hasta su culminación*”, que utiliza la disposición acusada para fijar el límite temporal que cobija la reserva.

10. En virtud de todo lo hasta aquí considerado, la Corte encuentra que debe reiterar la posición antes adoptada en la Sentencia C- 038 de 1996, toda vez que la norma que examina reproduce la desproporción en la reserva dentro del proceso de responsabilidad fiscal, e incluso la incrementa con grave deterioro del principio de participación ciudadana en el controlfiscal, y del derecho del ciudadano al acceso a los documentos públicos (Art. 74 C.P). Por ello, declarará la inexecutable de las expresiones “*hasta su culminación*” y “*hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal*” contenidas en el artículo 20 de la 610 de 2000, y la executable condicionada del resto de la disposición, bajo el entendido 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 por la ley para su práctica.

VII- DECISIÓN

⁴ ACOSTA MEDINA, Amilkar. Ponencia para primer debate en el Senado al proyecto de ley número 162 de 1999 Senado, 25 de 1999, Cámara. Gaceta del Congreso N° 177 de 31 de mayo de 2000.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 20 de la Ley 610 de 2000, bajo el entendido que la reserva a que se refiere deberá levantarse tan pronto se practiquen efectivamente las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica, salvo las expresiones “*hasta su culminación*” y “*hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal*”, que se declaran **INEXEQUIBLES**.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Sentencia C-364/01

Referencia: expediente D-3182

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 63 de la ley 610 de 2000, “*por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*”.

Demandante: José Cipriano León C.

Temas:
Control excepcional sobre cuentas de las entidades territoriales, juicios de responsabilidad fiscal y autonomía territorial.

Magistrado Ponente:
Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá, D.C., abril dos (2) de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano José Cipriano León Castañeda presentó

demanda contra el artículo 63 de la Ley 610 de 2000, *“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”*.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No 44.133 del 18 de agosto de 2000:

“LEY 610 DE 2000
*por la cual se establece el trámite de responsabilidad fiscal
de competencia de las contralorías.*

Artículo 63. Control fiscal excepcional. *La Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para adelantar hasta su culminación los procesos de responsabilidad fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de la facultad excepcional de control establecido en el artículo 267 de la Constitución Política.”*

III. LA DEMANDA

En criterio del actor, la disposición acusada viola los artículos 267 y 272 de la Constitución. Según su parecer, esa norma vulnera el artículo 267 de la Constitución Política al exceder la competencia que esta última atribuye a la Contraloría General de la Nación. Lo anterior en razón a que a dicha institución le corresponde la vigilancia fiscal a nivel nacional, mas no a nivel departamental, distrital y municipal, como lo manifiesta el artículo demandado.

Además, señala el demandante, la disposición acusada viola el artículo 272 superior, al disponer que el control y la vigilancia fiscal sobre fondos y bienes de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de los departamentos, distritos y municipios será ejercido, no por las contralorías pertenecientes a cada ente, como lo dispone tal canon constitucional, sino, de manera preferente y excepcional, por la Contraloría General de la Nación, a la cual se le atribuye competencia para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal. Ello, en la medida en que las funciones de este ente se limitan a ejercer el control y la vigilancia a nivel nacional.

IV. INTERVENCIONES.

La ciudadana Ana Lucía Padrón Carvajal, en representación de la Contraloría General de la República, intervino en este proceso para defender la constitucionalidad de la norma acusada, por los argumentos que se señalan a continuación.

En primer lugar, explica que la Carta Política establece un sistema de distribución de competencias para el ejercicio de la vigilancia y control fiscal de los recursos públicos, de conformidad con el factor territorial. En ese orden de ideas, la Contraloría General de la República, de conformidad con el artículo 267 Superior, ejerce esta función a nivel nacional, mientras que las contralorías departamentales, municipales o distritales la

ejercen en lo relativo a la gestión fiscal de las entidades territoriales, en virtud del canon 272 constitucional. Sin embargo, añade la interviniente, también por disposición expresa de la Carta, existe la posibilidad de que en casos excepcionales, definidos por el legislador, la Contraloría General de la República ejerza control fiscal sobre los entes descentralizados territoriales; ello, en virtud del tercer inciso del artículo 267 Superior, cuya parte final establece que en *“los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial”*.

En ese orden de ideas, los casos excepcionales a los que alude la Constitución fueron señalados por la Ley 42 de 1.993, cuyo artículo 26 reglamentó la función del control fiscal excepcional que radica en cabeza de la Contraloría. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-403/99, en la cual se precisó el alcance de dicha atribución. Por lo mismo, señala la ciudadana:

“No cabe duda que la competencia ordinaria de la Contraloría General de la República para ejercer el control fiscal recae sobre los recursos públicos de origen nacional, inclusive sobre aquellos recursos que, pese a ser manejados por las entidades territoriales, provienen de las transferencias que la Nación hace a éstas a cualquier título. De otra parte, la Contraloría General de la República posee competencia excepcional sobre los recursos propios de las entidades territoriales, cuando su intervención sea solicitada por alguna de las entidades o personas que contempla el artículo 26 de la Ley 42/93”.

En segundo lugar, la interviniente considera que la posibilidad de que la Contraloría General de la República ejerza el control fiscal excepcional no coarta la competencia propia de las entidades territoriales, la cual se encuentra consagrada con carácter permanente en el artículo 272 de la Carta. Según su parecer, la voluntad del constituyente fue que *“en los casos señalados en la ley en materia de control fiscal sobre recursos territoriales la competencia excepcional de la Contraloría General de la República goce de prevalencia y preferencia sobre las competencias de orden territorial, en el entendido que el ente superior garantice excepcionalmente los intereses de orden territorial”*. Además, precisa que las hipótesis de control excepcional consagradas por la mencionada Ley 42 de 1993, facultan a las autoridades locales y a la comunidad para que sean ellas quienes soliciten la actuación de la Contraloría General, que no tendrá facultades oficiosas en la materia. Asimismo, el control fiscal ejercido en esta forma excepcional se deberá efectuar en forma posterior y selectiva.

En síntesis, expresa que *“la filosofía del control excepcional consiste en relevar temporalmente de su competencia al órgano primario de fiscalización (Contraloría territorial) sobre la ejecución de su control en determinados casos”*, pero con base en la solicitud expresa, a fin de otorgarla a la Contraloría General de la República *“para esos casos, nada más”*.

En lo tocante a las características del control excepcional que ejerce la Contraloría General, la ciudadana explica que la Sala Plena del Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 6 de junio de 2000 (Exp. C-604, C.P.: Dr. Juan A. Polo), enumerándolas así: a) es un control excepcional; b) es posterior; c) es rogado, d) es prevalente o preferente sobre el control fiscal que corresponde, en principio, a la entidad territorial; e) es amplio o general, respecto de la cuenta respectiva, por lo cual conlleva todas las facultades que son inherentes a la función de control fiscal. Es decir, se trata de una atribución integral.

En consecuencia, concluye la interviniente, no asiste razón al demandante cuando afirma que la norma demandada permite que la Contraloría General de la República invada las competencias de las entidades territoriales; por el contrario, la disposición acusada establece que *“cuando la Contraloría General de la República esté investida de competencia excepcional para ejercer control fiscal sobre las entidades territoriales, y de este ejercicio se encuentren méritos para iniciar procesos de responsabilidad fiscal, los puede adelantar ella misma, en forma prevalente, hasta su término o culminación”*. Con ello se respeta lo dispuesto

por la Carta, cuyo artículo 267, que consagra la competencia de la Contraloría General para revisar las cuentas de cualquier entidad territorial, incluye la competencia para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal a los que haya lugar con base en el análisis de las cuentas. Según su parecer, la *"norma acusada lo asume implícitamente y por ello se limita a agregar que la competencia de la Contraloría General de la República para adelantar procesos fiscales prevalecerá, en caso de conflicto, sobre las competencias de las contralorías territoriales involucradas"*.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, en concepto No. 2353 recibido el 8 de noviembre de 2000, intervino en este proceso para solicitar que se declare la exequibilidad del artículo 63 de la Ley 610 de 2000.

Indica, en primer término, que de conformidad con el artículo 267 de la Constitución, la Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la Nación, y en los casos excepcionales, previstos por la ley, podrá ejercer un control posterior sobre las cuentas de cualquier entidad territorial. El Legislador, en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, desarrolló tal precepto, determinando los eventos en que la Contraloría General puede ejercer tal atribución. Asimismo, el artículo 268-13 Superior establece que la Ley podrá señalarle funciones adicionales al Contralor General de la República, siempre y cuando respete el ámbito funcional de los demás servidores públicos. En desarrollo de este precepto constitucional, la norma acusada asigna la competencia prevalente a la Contraloría General para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal que se originen durante el ejercicio de su facultad excepcional de control.

Esta atribución, señala la Vista Fiscal, en nada lesiona la autonomía de las entidades territoriales ya que, y como bien lo indicó la Corte al revisar, en la sentencia C-403/99, la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 42/93:

"lo que hace es armonizar con los preceptos de la Carta Política, en especial con la concepción del Estado Unitario que nos rige; por ello es razonable que si las entidades territoriales reciben recursos provenientes de los ingresos nacionales, y respecto de ellos la Contraloría General tiene poder preferente para ejercer el control fiscal, también es ajustado a los preceptos constitucionales que en los eventos previstos en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, es decir en desarrollo de la facultad excepcional de que trata el artículo 267 Superior, la Contraloría General tenga poder preferente para adelantar los respectivos procesos de responsabilidad fiscal que resulten del ejercicio de dicho control, pues con esto no sólo se preserva la concepción unitaria del Estado colombiano sino que además se observa el principio de economía consagrado en el artículo 209 de la Ley Fundamental porque resultaría contrario a este principio que luego de que la Contraloría General adelante el control fiscal sobre las cuentas de las entidades territoriales remita las diligencias a las contralorías respectivas para que éstas inicien el proceso de responsabilidad fiscal".

VI. CONSIDERACIONES

Competencia

1- Esta Corporación es competente para conocer de la presente demanda de inconstitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 241-4 Superior.

El asunto bajo revisión.

2- La norma acusada establece que la Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para adelantar, hasta su culminación, los procesos de responsabilidad fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de la facultad excepcional de control establecida en el artículo 267 de la Constitución. Esa facultad excepcional de control a su vez fue desarrollada en esa misma Ley 42 de 1.993, cuyo artículo 26 dispone:

“La Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales, y municipales, en los siguientes casos:

a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales, y

b) A solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la ley”.

Como vemos, para una adecuada comprensión de la disposición acusada, es indispensable tener en cuenta también el artículo 26 de la Ley 42 de 1.993. Así integradas las dos disposiciones, es entonces claro que el precepto demandado establece que en aquellos eventos en que la Contraloría ejerce un control excepcional sobre las cuentas de las entidades territoriales, entonces tendrá competencia prevalente para adelantar los correspondientes procesos de responsabilidad fiscal.

En tal contexto, según el actor, la norma acusada viola la autonomía territorial ya que permite una intervención de la Contraloría General en los procesos de responsabilidad fiscal en las entidades territoriales, lo cual desconoce las competencias propias de las contralorías departamentales y municipales. Por el contrario, la interviniente y el Ministerio Público consideran que el precepto impugnado se ajusta a la Carta, por cuanto establece una intervención excepcional de la Contraloría General en los recursos endógenos de las entidades territoriales, lo cual es un desarrollo del artículo del artículo 267 de la Constitución, que además armoniza con los principios de autonomía y unidad, en un Estado unitario y autonómico como el colombiano (CP art. 1º).

3- Como vemos, la presente demanda plantea a esta Corporación dos problemas jurídicos relacionados: a) si la posibilidad de que la Contraloría General de la República adelante los procesos de responsabilidad fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de su facultad excepcional de control, es lesiva de la autonomía de las entidades territoriales; y b) si tal atribución excede la órbita de competencias que le asigna el artículo 267 Superior a la Contraloría General.

Ahora bien, y como acertadamente lo destacan la Vista Fiscal y la interviniente, la sentencia C-403 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, analizó un tema similar al estudiar la constitucionalidad del mencionado artículo 26 de la Ley 42 de 1.993, que precisamente establece la competencia excepcional de la Contraloría para ejercer un control posterior sobre las cuentas de las entidades territoriales. Los argumentos que esa sentencia tuvo en cuenta en esa ocasión son entonces relevantes para la resolución del presente caso. En consecuencia, la Corte comenzará por recordar brevemente la doctrina desarrollada en esa sentencia, y que sustentó la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 42 de 1993, para luego examinar si la competencia prevalente de la Contraloría en los procesos de responsabilidad fiscal se ajusta o no a la Carta.

La sentencia C-403 de 1999, el control excepcional de la Contraloría General de la República y la autonomía de las entidades territoriales.

4- Como regla general, de conformidad con el artículo 272 de la Carta, la función de control fiscal a nivel

departamental, distrital y municipal le corresponde a las entidades territoriales; y la definición del margen de autonomía con el cual éstas habrán de contar, es una cuestión que la Constitución defiere al Legislador. Sin embargo, tal y como lo señaló la sentencia C-219/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Carta *“estableció una serie de reglas mínimas que tienden a articular el principio unitario con la protección de la autonomía territorial, optando, en algunas circunstancias, por dar primacía al nivel central y, en otras, por favorecer la gestión autónoma de las entidades territoriales”*.

Al mismo tiempo, no se debe perder de vista que la autonomía con la que cuentan las entidades territoriales tiene ciertos límites, ya que su existencia se desenvuelve en el marco de un Estado Unitario; por ello, su actividad se debe armonizar con la de las demás entidades, órganos y autoridades estatales. Ya tiene establecido la Corte que *“los principios de descentralización y autonomía sólo pueden ser entendidos en su prístino sentido al ser relacionados con el de unidad, ya que a falta de la delimitación que éste les proporciona, la afirmación de los intereses locales, seccionales y regionales conduciría a la configuración de un modelo organizativo distinto al propugnado por las normas constitucionales vigentes”* (Sentencia C-373/97, M.P. Fabio Morón Díaz).

5- El equilibrio entre los principios de autonomía y de unidad implica que la ley puede obviamente regular las cuestiones vinculadas a un interés nacional, pero no debe vulnerar el contenido esencial de la autonomía de las entidades territoriales, y en particular debe respetar *“los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses”*⁵. Por ello, en desarrollo de estos principios, la Corte tiene bien establecido que la facultad de injerencia de la ley en los recursos de las entidades territoriales es distinta, según que se trate de dineros que provienen de los ingresos de la Nación (recursos exógenos), o de recursos que provienen de fuentes propias de las entidades territoriales (recursos endógenos). Así, es obvio que en relación con recursos territoriales provenientes de fuente endógena (recursos propios), la posibilidad de intervención de la ley es restringida, pues de otra forma la autonomía financiera de las entidades territoriales se vería vulnerada. En cambio, la ley puede regular más intensamente la forma de utilización de los recursos territoriales exógenos⁶.

6- La aplicación de los anteriores criterios al control fiscal explica que la Contraloría General de la República tenga facultades amplias para ejercer control sobre los recursos exógenos de las entidades territoriales, mientras que su intervención en relación con los recursos endógenos debe ser excepcional, tal y como lo dispone el artículo 267 de la Carta. Por ello, la mencionada sentencia C-403 de 1999 dijo al respecto:

“existe un control concurrente de nivel nacional con el nivel regional y local sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, siendo el resultado de la necesaria coordinación que debe existir entre los diferentes niveles de la Administración, sin que se pueda predicar por esto exclusión o indebida intromisión del nivel nacional en la administración territorial. Al contrario, a juicio de la Corte, es el desarrollo adecuado del artículo 228 de la Constitución Política, que impone el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”.

7- En ese sentido, el control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los recursos provenientes de ingresos de la Nación será prevalente, ya que en tanto órgano superior del control fiscal del Estado, *“no requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se les transfieran, a pesar de que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado (art. 2, C.P.)”*

⁵ Sentencia C.535 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 6.

⁶ Al respecto, ver, entre otras, las sentencias C-219 de 1997 y C-089 de 2001,

(Sentencia C-403/99, ibídem).

Algo distinto sucede con los recursos propios de las entidades territoriales, respecto de los cuales la intervención de la Contraloría General, en los términos del artículo 267 Superior, deberá ser excepcional; ello, en la medida en que estos recursos son asuntos propios de los entes territoriales, que delimitan su ámbito esencial de autonomía en tanto manifestaciones del fenómeno de descentralización prescrito por el Constituyente (CP art. 1º). Es el Legislador quien está llamado a efectuar la coordinación que debe existir entre las competencias ordinarias de tales entidades, y el control excepcional de la Contraloría General. Y precisamente en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, efectuó esa distribución de competencias.

8- Observa la Corte, en este caso, que el desarrollo legislativo del canon 267 Superior respeta lo dispuesto en la Constitución, por las siguientes razones: En primer lugar, esa intervención persigue finalidades legítimas, no sólo porque desarrolla una posibilidad explícitamente autorizada por la Carta (CP art. 267), sino además porque pretende evitar que se dilapiden los recursos estatales, en aquellos eventos en que pueda dudarse de la imparcialidad del órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales que puedan afectar su idoneidad. En segundo lugar, la ley señala hipótesis verdaderamente excepcionales en las cuales podrá ejercer sus competencias la Contraloría General de la República sobre los recursos propios de las entidades territoriales: (i) cuando así lo solicite el gobierno de la respectiva entidad, una comisión permanente del Congreso, o la mitad mas uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales; y (ii) cuando así lo solicite la ciudadanía, por medio de los mecanismos legales de participación. Finalmente, se trata de hipótesis que reflejan directamente el principio constitucional de participación (CP arts 1º y 3º), ya que buscan consultar la voluntad de la ciudadanía para justificar la actuación de una entidad nacional, bien sea a través de las corporaciones y funcionarios de elección popular, o directamente, por medio de los mecanismos de participación que otorga la ley. Por ello, la intervención de la Contraloría General en estos casos no desconoce la autonomía territorial, ya que es proporcionada al fin perseguido por la ley y por la propia Constitución, como es proteger la idoneidad de la función de control fiscal, para salvaguardar de esa manera los recursos públicos.

La constitucionalidad de la norma acusada

9- Sobre la base de los anteriores lineamientos, procede ahora la Corte a efectuar el análisis de constitucionalidad la norma demandada. En ella se establece que corresponde a la Contraloría General de la República adelantar y llevar hasta su culminación los procesos de responsabilidad fiscal a los que pueda dar lugar el ejercicio de su facultad de control excepcional sobre los recursos de las entidades territoriales. Pues bien, si el esquema constitucional y legal colombiano permite que, en hipótesis excepcionales, se ejerza tal facultad de control fiscal por parte de la Contraloría General, habrá forzosamente de entenderse que, dentro de dicha atribución, se encuentra incluida la de promover los procesos de responsabilidad fiscal que puedan surgir de las investigaciones realizadas. Así lo expresó esta Corporación, en la sentencia C-189/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en los siguientes términos: *"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 como los previstos por la norma impugnada (C.P. art. 268 ord. 5)".*

Así mismo, en la sentencia SU-620/96 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la Corte indicó que los juicios por responsabilidad fiscal tienen una naturaleza esencialmente resarcitoria, ya que se pretende lograr la reparación del daño causado por el funcionario implicado al erario público. Dijo entonces esta Corporación:

"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 derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa". Lo que es más, en la misma ocasión se determinó que "la responsabilidad fiscal se declara a través del

trámite del proceso de responsabilidad fiscal, entendido 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".

10. Conforme a lo anterior, debe entenderse que, si los procesos de responsabilidad fiscal son la forma por excelencia a través de la cual las Contralorías cumplen con su función fiscalizadora de la gestión de los dineros públicos, en nada se opone a la Constitución que la ley permita a la Contraloría General de la República, en los casos en que ejerza su función de control excepcional, adelantar dichos procesos y llevarlos a su culminación; mucho menos cuando se tiene en cuenta que la posibilidad de declarar la existencia de responsabilidad fiscal, con sus consecuencias, forma parte de la naturaleza de los juicios fiscales; en ese sentido, cualquier tipo de actuación debe respetar los primados del debido proceso (C.P., art. 29), lo cual sólo es posible si se permite la existencia de un procedimiento determinado, que garantice el derecho de defensa y las demás garantías procesales que consagra la Constitución. Finalmente, el carácter prevalente de la competencia de la Contraloría General en el desarrollo de estos juicios fiscales encuentra su razón de ser en la naturaleza misma de la intervención excepcional de la Contraloría General en el control de los recursos endógenos. En efecto, ese control excepcional se justifica por cuanto, como ya se señaló (Cf supra fundamento 8), se trata de eventos en que puede dudarse de la imparcialidad del órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales que puedan afectar su idoneidad.

11- Con todo, podría argumentarse que la facultad conferida por la norma acusada es inconstitucional, pues desborda la autorización prevista por el artículo 267 de la Carta, ya que dicha norma únicamente establece que la Contraloría "podrá ejercer un control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial" (subrayas no originales). Según esta objeción, la disposición constitucional literalmente establece que la intervención de la Contraloría es "posterior", y que recae sobre "las cuentas", por lo que debe concluirse que se trata únicamente de un control posterior numérico legal, sin que la Carta autorice que esa intervención de la Contraloría General se extienda al desarrollo de procesos de responsabilidad fiscal en las entidades territoriales.

A pesar de que el anterior reparo parece fundarse en el tenor literal del artículo 267 superior, la Corte considera que no es de recibo, por cuanto esa hermenéutica se basa en una interpretación aislada de la expresión "control posterior sobre cuentas", que desconoce la regulación general del control fiscal en la Constitución. Así, es claro, como esta Corte lo ha señalado en numerosas ocasiones, que la Carta de 1991 buscó ampliar y racionalizar el ejercicio del control fiscal. Por ello el inciso tercero del artículo 267, que precisamente prevé la intervención excepcional de la Contraloría en las cuentas de las entidades territoriales, señala claramente que la "vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales". Por tal razón, esta Corte ha indicado que "con la promulgación de la Carta Política de 1991, la función pública del control fiscal adquiere una nueva dimensión en la medida de que la actividad debe orientarse dentro de la filosofía del nuevo Estado Social de Derecho en general, y especialmente dirigida a la aplicación de los principios de eficacia económica, equidad y valoración de los costos ambientales"⁷.

Conforme a lo anterior, es claro que debe entenderse que el control posterior de la Contraloría General sobre las cuentas de las entidades territoriales, si bien es posterior y excepcional, no se limita únicamente a ser un control numérico legal sino que comprende el desarrollo de las atribuciones propias de la Contraloría para el ejercicio integral de la vigilancia fiscal. Y entre esas atribuciones se encuentra naturalmente la imposición de la responsabilidad fiscal, pues el artículo 268 ordinal 5º confiere al Contralor la potestad de "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". Y es que no

⁷ Sentencia C-167 de 1995. MP Fabio Morón Díaz. Consideración Segunda.

tiene sentido que la Carta permita una intervención excepcional de la Contraloría General en las entidades territoriales, pero excluya la imposición de formas de responsabilidad fiscal, por cuanto, como esta Corte lo ha señalado en varias oportunidades, los procesos de responsabilidad fiscal son un complemento natural de la vigilancia de la gestión fiscal que ejercen la Contraloría General y las contralorías departamentales y municipales⁸. En efecto, si genéricamente la vigilancia fiscal busca proteger el patrimonio estatal y los recursos públicas, el proceso de responsabilidad fiscal es una expresión de esa finalidad global, en la medida en que está encaminado a que aquella persona que sea declarada responsable proceda a "resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal"⁹. Por ende, si, como ya se señaló, la intervención excepcional de la Contraloría General en la vigilancia fiscal de las entidades territoriales se justifica en aquellos eventos en que puede dudarse de la imparcialidad del órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales, entonces no existe razón para suponer que en esos eventos la contraloría departamental o municipal sea la entidad idónea para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal. Es pues un desarrollo proporcionado del principio de subsidiariedad (CP art. 288), que en esos casos excepcionales de intervención de la Contraloría General, corresponda a ese órgano también la imposición de las responsabilidades fiscales de rigor.

12- La anterior conclusión, según la cual el control excepcional de la Contraloría General sobre las cuentas de las entidades territoriales, incluye la posibilidad de que ese organismo de control adelante los correspondientes procesos de responsabilidad fiscal, no es una novedad de la presente sentencia. Así, en un caso anterior, esta Corporación había llegado a idéntica conclusión. En efecto, la sentencia T-525 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara, analizó una eventual violación al debido proceso en un juicio de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la Nación en una entidad territorial. Para esa sentencia, era claro que el proceso fiscal era una expresión natural de la competencia excepcional de la Contraloría General de ejercer un control posterior sobre las cuentas de las entidades territoriales (CP art. 267). Así, dice expresamente la sentencia que "la Contraloría General de la República ejerció el control fiscal posterior con respecto a los hechos descritos, a fin de determinar la responsabilidad fiscal del demandante, para lo cual adelantó la investigación correspondiente, a través de la Unidad de Investigaciones Fiscales de dicho organismo."

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala Plena, ha llegado a las mismas conclusiones. Así, la sentencia del 6 de junio de 2000, Exp C-604. MP Juan Alberto Polo Figueroa, interpretó el alcance de la facultad excepcional de la Contraloría General de ejercer el control posterior sobre las cuentas de las entidades territoriales, y concluyó que eran características de ese control, entre otras, la siguiente:

"Es amplio o general, en lo que se refiere al alcance del control fiscal de la cuenta respectiva, toda vez que no existe, en lo sustancial ni en lo procesal, restricción alguna, aparte de que deba ser posterior y a solicitud de quienes están autorizados para pedir la comentada intervención.

Lo anterior significa que el control fiscal así asumido, en tanto vigilancia de la gestión fiscal que se ejercerá conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley (artículo 267 de la Carta), conlleva todas las facultades que él implica, como son las de aplicar sistemas de control como el financiero, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno (artículo 9º de la ley 42 de 1.993), así como las de levantar el fenecimiento e iniciar el juicio fiscal (artículo 17 ibídem), cuando sea del caso establecer la responsabilidad fiscal a que haya lugar y ejercer la jurisdicción coactiva correspondiente".

14- En conclusión: el art. 63 de la ley 610 de 2000, que se acusa, se ajusta a los dictados de la Carta Política, no sólo por ser una reproducción del mandato consagrado en el art. 267 Superior, en virtud del cual "En los

⁸ Ver, entre otras, las sentencias SU-620 de 1996 y C-484 de 2000.

⁹ Sentencia SU-620 de 1996. MP Antonio Barrera Carbonell. Consideración 6.2.

casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial,” sino también porque regula una competencia fiscalizadora que no vulnera el núcleo esencial de la autonomía de los entes territoriales.

Sin embargo, debe precisarse que el poder prevalente consagrado en la norma bajo revisión, debe ser ejercido por la Contraloría General de la República en los precisos términos del mencionado precepto constitucional, esto es, sin perder de vista que es una función **potestativa** y teniendo en cuenta que constituye una expresión de la facultad de **control posterior** sobre las cuentas de las entidades territoriales.

En otras palabras, la facultad de la Contraloría General de la República sobre las cuentas de las entidades territoriales no es una competencia común u ordinaria del ente fiscalizador. Y tampoco es una atribución que pueda ejercerse independientemente de su carácter posterior y selectivo, con todas las implicaciones que le asigna el canon 267 fundamental, de ser un control financiero, de gestión y de resultados fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, aspectos que son de la esencia de la función de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 63 de la Ley 610 de 2000.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte constitucional y archívese el expediente.

Salvamento de voto a la Sentencia C-364/01

Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett

Expediente No: D-3182

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 63 de la Ley 610 de 2000 “*por la cual se establece el trámite de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*”

Con el acostumbrado respeto, los suscritos magistrados nos apartamos de la posición mayoritaria de la Corte en la presente Sentencia. Manifestamos las razones por las cuales salvamos nuestro voto, de la siguiente manera:

La disposición demandada atribuye a la Contraloría General de la República la competencia para adelantar procesos de responsabilidad fiscal a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas en las entidades territoriales. Como fundamento constitucional de dicha competencia prevalente acude a “*la facultad excepcional de control establecido en el artículo 267 de la Constitución Política*”. Sin embargo, esta facultad excepcional se refiere al control posterior que puede ejercer la Contraloría General sobre las cuentas de cualquier entidad territorial. Corresponde entonces a la Corte, en primer lugar, determinar si la facultad

excepcional de la Contraloría General para el control posterior de las cuentas de las entidades territoriales (C.P. artículo 267), puede tomarse válidamente como sustento constitucional de la competencia prevalente para conocer de los procesos de responsabilidad fiscal. En caso de que dicha facultad excepcional de control no pueda ser considerada como fundamento constitucional, corresponde a la Corporación establecer si, en cualquier caso, existe dentro de la Carta Política algún sustento para que la ley pueda otorgarle a la Contraloría General de la República la potestad de adelantar procesos de responsabilidad fiscal a los servidores públicos de las entidades territoriales. Este último problema se resuelve negativamente, si se establece que la misma Constitución otorgó esa potestad a algún otro órgano.

En nuestro concepto el artículo 267 de la Constitución no otorga a la Contraloría General la potestad de adelantar procesos de responsabilidad fiscal a quienes ejercen funciones públicas en las entidades territoriales. La “facultad excepcional de control” que establece la Norma Fundamental en su artículo 267, no se refiere a los procedimientos de determinación de la responsabilidad fiscal de los funcionarios, sino al control posterior sobre las cuentas de las entidades territoriales. La disposición constitucional dice: “*En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior **sobre cuentas** de cualquier entidad territorial.*”

La revisión sobre las cuentas ha sido definida como el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por quienes son responsables del manejo del erario público en un determinado período. El objeto sobre el cual versa este análisis es el informe presentado por los responsables de rendir cuentas y los documentos que le sirven como soporte. Sin embargo, en esta etapa no se pretende atribuir una responsabilidad subjetiva. Por su parte, la determinación de las responsabilidades individuales en el manejo del erario, aun cuando se apoya en la aparición de pruebas de operaciones fraudulentas, irregulares o ineficientes, a partir de la rendición de cuentas, tiene una identidad propia. Tiene como objeto establecer la comisión de una conducta reprochable e imponer al sujeto responsable la obligación de reparar los daños patrimoniales sufridos por el Estado como consecuencia del mal manejo de los recursos del Estado. De ahí que el instituto de la responsabilidad fiscal se encuentra regido por principios propios y está limitado por “las garantías y formalidades propias del debido proceso” (ver Sentencia C-043/94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta medida, afirmar que de la competencia excepcional para revisar las cuentas se deriva - sin más - la de conocer los procedimientos de responsabilidad fiscal implica desnaturalizar cada una de estas figuras, y lo que es más grave aun, constituye una vulneración del derecho al debido proceso, por pretermisión del principio del juez natural.

Es claro entonces que el control posterior sobre las cuentas y el procedimiento de responsabilidad fiscal son institutos jurídicos diferentes, que el constituyente identificó y trató de manera separada. Esto resulta evidente, si - además de lo anterior - se tiene en cuenta que la Constitución, al fijar las funciones del Contralor General en el artículo 268, menciona separadamente ambas materias. Dice el artículo 268 *ibídem*:

“Artículo 268. *El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:*

(...)

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

(...)

5. 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.”

Esta distinción conceptual hecha por el constituyente entre el control posterior sobre las cuentas y el procedimiento de responsabilidad fiscal individual implica que se trata de atribuciones distintas. Por lo tanto, no se puede concluir razonablemente que la atribución de una de ellas lleva necesariamente a la atribución de la otra. La Carta Política le otorgó a la Contraloría General la potestad - por lo demás excepcional - de revisar

las cuentas de las entidades territoriales, pero ello no implica de por sí, que le haya conferido también la potestad para conocer – además de manera prevalente - de los procedimientos de responsabilidad fiscal que se deriven de la revisión de dichas cuentas. En esta medida, la facultad excepcional de control posterior sobre las cuentas de las entidades territoriales que tiene la Contraloría General (C.P. art. 267), no puede interpretarse como una cláusula general de competencia en cabeza de este órgano de control.

Ahora bien, aun cuando el fundamento constitucional de la potestad que la disposición demandada no sea el control sobre las cuentas, podría aceptarse en gracia de discusión, que si el constituyente no reguló la materia, el legislador podría hacerlo con base en la cláusula general de competencia contenida en el artículo 150 de la Carta. Sin embargo, ello no es así. La interpretación que la Corte hace en la Sentencia no resulta razonable si el análisis de constitucionalidad considera además el artículo 272 de la Constitución, que se refiere a las atribuciones de las contralorías territoriales. Este artículo establece en su primer inciso, como principio general, que la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades territoriales corresponde a las contralorías de las respectivas entidades, así:

“Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva”.

Esto significa que sólo excepcionalmente podría la Contraloría General entrar a ejercer vigilancia sobre la gestión fiscal de dichas entidades. Ahora bien, ¿tiene el legislador la potestad para establecer dichas excepciones? No. Al principio de la cláusula general de competencia del legislador se opone el principio de autonomía de las entidades territoriales. La ponderación entre estos dos principios constitucionales se resuelve teniendo en cuenta que la parte dogmática de la Carta, es decir, los principios y derechos consagrados en ella, constituyen un parámetro obligatorio de interpretación de su parte orgánica, que establece la organización del Estado. Así, la atribución de funciones y competencias a órganos nacionales en materia de administración territorial –y la función de las contralorías es una administración pasiva- debe ser excepcional, en virtud del principio de autonomía. Es por ello, que debe entenderse que la descentralización administrativa impone una limitación constitucional a la potestad del legislador, en favor del principio de autonomía de las entidades territoriales. Esta limitación implica, en este caso, que el constituyente reservó la potestad para atribuir los procedimientos de responsabilidad fiscal al conocimiento de las contralorías territoriales. Esta atribución de potestades se realizó en forma expresa y precisa, como es la regla general en un Estado democrático de derecho. En efecto, esta reserva tiene un fundamento directo que proviene de la voluntad explícita del constituyente, quien estableció en cabeza de los contralores departamentales, distritales y municipales, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, las mismas funciones que el artículo 268 atribuye al Contralor General en la esfera de lo nacional. El artículo 272, en lo pertinente, dice así:

“Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.”

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el control posterior sobre las cuentas (artículo 268 numeral 2º) y la determinación de la responsabilidad fiscal individual (artículo 268 numeral 5º) son dos funciones diferentes; que el constituyente estableció que la potestad de la Contraloría General en lo territorial se refiere expresa y exclusivamente a la primera función; que la potestad para ejercerla es excepcional; y que, además, atribuyó la competencia para establecer la responsabilidad fiscal individual en lo territorial a otros organismos, no puede afirmarse que la Constitución le permite, en virtud del control posterior sobre las cuentas territoriales, ejercer además la competencia prevalente sobre los procedimientos de responsabilidad fiscal individual en dicho

ámbito. Todas las anteriores consideraciones nos motivan a apartarnos de la decisión mayoritaria y a afirmar que la disposición demandada es inconstitucional.

Aclaración de voto a la Sentencia C-364/01

Con nuestro acostumbrado respeto, los magistrados EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y ALVARO TAFUR GALVIS, aclaramos el voto en la presente sentencia. Compartimos la decisión de la Corte y su motivación. Nuestra discrepancia reside exclusivamente, en que la sentencia debió precisar que la competencia prevalente, prevista por el artículo 63 de la Ley 610 de 2000, implica que la Contraloría General de la Nación también puede iniciar el control posterior excepcional sobre las cuentas de las entidades territoriales, cuando esas contralorías han iniciado el juicio de responsabilidad. En tales eventos, debe entenderse que la Contraloría General desplaza a las contralorías territoriales en sus investigaciones fiscales.

Esa conclusión se desprende, en primer término, del tenor literal de la disposición acusada, declarada exequible sin ningún condicionamiento por la sentencia. En efecto, esa norma señala inequívocamente que la competencia de la Contraloría General es, en estos casos excepcionales, prevalente. Y competencia prevalente implica la facultad de desplazar a los otros órganos. En segundo término, una interpretación finalística lleva a la misma conclusión. Si ese control excepcional se justifica, como lo dice la sentencia, en aquellos casos en que pueda dudarse de la imparcialidad del órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales, entonces resulta natural que la intervención de la Contraloría General pueda desplazar a las contralorías de las entidades territoriales, cuya idoneidad está en entredicho.

Creemos que la sentencia debió efectuar esa precisión con el fin de evitar equívocos sobre la aplicación de la norma declarada exequible, pues algunos operadores podrían pensar que la disposición establece una competencia a prevención, de suerte que la Contraloría General no podría ejercer este control excepcional, si las contralorías territoriales ya han asumido competencia en el caso concreto.

El concepto de poder prevalente está consagrado en la Carta Política en el art. 277-6, según el cual, el Procurador o sus delegados ejercen “preferentemente” el poder disciplinario. Si bien es cierto esta facultad no la ostenta el Contralor General de la Nación por disposición Constitucional, al ser otorgada por una ley declarada exequible, pueden aplicarse los mismos criterios de interpretación que la Corte le ha dado al concepto:

“Pues bien: el canon constitucional que se invoca como infringido, le atribuye al Procurador General de la Nación, por sí mismo o por medio de sus delegados o agentes, entre otras funciones, la de ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas inclusive los de elección popular; “ejercer preferentemente” el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. Quiere esto significar que dicha entidad tiene en materia disciplinaria, competencia prevalente o preeminente sobre la asignada al nominador, o jefe inmediato del encartado, para investigarlo. Dicho poder preferente le permite a la Procuraduría General de la Nación adelantar, en cualquier tiempo y lugar, todas las investigaciones disciplinarias que considere del caso, contra cualquier servidor público y en el evento de que esté siendo investigado por la misma entidad a la cual presta sus servicios, puede ordenar

que se suspenda la actuación y se le envíen las diligencias respectivas en el estado en que se encuentren, para continuar su trámite.

En la norma que es objeto de demanda, se respeta y acata el canon constitucional, pues se autoriza el desplazamiento del superior inmediato que incumple con el deber de investigar y sancionar a sus subalternos, o maneja indebidamente la información requerida para la comprobación de la falta y posterior sanción, por un funcionario del Ministerio Público, quien deberá hacerse cargo de la investigación respectiva. Que la Procuraduría General de la Nación deba expedir una resolución motivada, en la que exponga los motivos que le asisten para desplazar a la autoridad de la Fiscalía que esté adelantado el proceso disciplinario, no viola el precepto superior a que se ha hecho alusión y, por el contrario, se constituye en una especie de control del ejercicio de dicho poder preferente¹⁰

Cuando se den los presupuestos señalados en la ley para el ejercicio de la facultad excepcional que tiene el Contralor de vigilar las cuentas de entidades territoriales (art. 267-3 C.P.), éste puede asumir en cualquier tiempo y lugar los juicios fiscales iniciados por la Contraloría del nivel local. En virtud de esta competencia, puede ordenar la suspensión de las investigaciones iniciadas y continuarlas hasta la finalización.

Por las anteriores razones nos vemos obligados a aclarar nuestro voto.

Sentencia C-557/01

CONTRALORIA-Vigilancia de la gestión fiscal/CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA-Atribuciones/CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA-Establecimiento de responsabilidad por gestión fiscal/CONTRALOR-Exigencia de responsabilidad fiscal

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Naturaleza/PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Carácter del procedimiento

Para hacer efectiva la responsabilidad y obligar al servidor público o al particular a reparar el daño causado al erario por su actuación irregular, las contralorías deben adelantar, según lo defina la ley, un conjunto de actuaciones jurídicas que conforman el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, de naturaleza netamente administrativa. Dicho procedimiento es de carácter resarcitorio, pues como consecuencia de la declaración de responsabilidad, el funcionario o particular debe reparar el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el Estado.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Características

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Observancia de garantías y principios

En el trámite del proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso en coordinación con el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan las actuaciones administrativas.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-558/94. M.P. Carlos Gaviria Díaz

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Aplicación del debido proceso

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Análisis bajo la nueva Constitución

DERECHO DE DEFENSA EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Vacío legislativo en etapa de investigación/**DERECHO DE DEFENSA EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**-Garantías en etapas del trámite/**DERECHO DE DEFENSA EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**-Notificación de auto de apertura de investigación

La Corte indicó que en los procesos fiscales era necesario asegurar la participación de los imputados en la etapa de investigación (lo cual no estaba contemplado en la ley) para que éstos pudieran ejercer su derecho de defensa y, por esta vía, garantizar la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa; en este sentido, se ha sostenido que el derecho de defensa en los procesos por responsabilidad fiscal debe garantizarse en cada una de las etapas del trámite, en forma unitaria, continua y permanente, es decir, tanto en la investigación como en el juicio fiscal. A su vez, esta Corporación también ha señalado que, aunque los artículos que regulaban el proceso de responsabilidad fiscal de la Ley 42 de 1993 no lo ordenaran expresamente, era forzoso notificar al presunto responsable el auto de apertura de investigación.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Vacío legislativo sobre caducidad de la acción

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Régimen integral

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Nueva regulación legal/**PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**-Garantías para el implicado

A través de la nueva regulación el Legislador pretendió incorporar un conjunto de garantías para el implicado que cumplieran los criterios señalados por la jurisprudencia constitucional y garantizaran cabalmente el debido proceso. La Ley 610 de 2000 contiene reglas encaminadas a garantizarle al presunto implicado el derecho a ser oído, a defenderse y a intervenir activamente en el proceso, ya sea en forma directa o por medio de apoderado.

ACTO DE TRAMITE O PREPARATORIO-Concepto según la doctrina/**ACTO ADMINISTRATIVO**-Distinción doctrinal según contenido de decisión y efectos/**ACTO DEFINITIVO**-Concepto según la doctrina/**ACTO DE TRAMITE**-Actos instrumentales

DOCTRINA-Procedimiento insuficiente por existencia de jurisprudencia

Acudir exclusivamente a la doctrina cuando el sentido de un concepto y los alcances de una institución han sido fijados por la jurisprudencia es un procedimiento insuficiente porque (i.) impide al juez constitucional apreciar cuál es el significado real de las normas juzgadas –dentro del proceso de adjudicación- y porque (ii.) no brinda elementos de juicio relevantes para analizar la función que éstas cumplen en el Estado y en la sociedad.

ACTO DE TRAMITE Y ACTO DEFINITIVO-Relación según la jurisprudencia/**ACTO DE TRAMITE Y ACTO DEFINITIVO**-Procedencia de impugnación judicial según la jurisprudencia

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Actos susceptibles de impugnación jurisdiccional según la jurisprudencia

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Actos susceptibles de impugnación ante jurisdicción administrativa

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Importancia de la doctrina y la jurisprudencia

NORMA LEGAL-Interpretación doctrinaria y jurisprudencial/**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**- Interpretación doctrinaria y jurisprudencial/**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**- Interpretación doctrinaria y jurisprudencial sujeta a Constitución/**DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE**-Valor de la jurisprudencia en el control constitucional

Cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una incompatible con la Constitución la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tomada en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad. Si esta interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, acogerla salvo que sea incompatible con la Constitución.

NORMA LEGAL-Contexto dentro del cual es aplicada/**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA LEGAL**-Contexto dentro del cual es aplicada

Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma fue creada (i.e. su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (i.e. ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada.

NORMA LEGAL-Dimensiones del contexto/**DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA**-Preeminencia/**JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**-Preeminencia de interpretación/**JURISDICCION ORDINARIA**-Preeminencia de interpretación

NORMA LEGAL-Significado viviente

DERECHO VIVIENTE-Observancia en providencias judiciales/**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**-Observancia del derecho vivo

Observar el derecho viviente en las providencias judiciales es necesario para evaluar si el sentido de una norma que el juez constitucional considera el más plausible, es realmente el que se acoge o patrocina en las instancias judiciales. Por ello, atender el derecho vivo es una garantía de que la norma sometida a su control realmente tiene el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Observancia de jurisprudencia ordinaria y administrativa/**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA LEGAL**-Pronunciamiento sobre sentido real

El juicio de constitucionalidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla. El cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético.

DERECHO VIVIENTE EN LA JURISPRUDENCIA-Requisito sine qua non para la conformación/**DERECHO VIVIENTE EN LA DOCTRINA**-Requisitos para la conformación

Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma. La opinión de los doctrinantes puede ser valiosa para fijar el significado de una norma, pero no basta por sí sola para que se configure un derecho viviente. Los requisitos mencionados anteriormente son también aplicables para apreciar el valor de la doctrina. Sin embargo, a ellos debe agregarse un elemento cuantitativo y otro cualitativo: en cuanto al primero, no es lo mismo la opinión de un ensayista que la coincidencia entre las tesis de muchos tratadistas; para que pueda ayudar a conformar un derecho viviente la interpretación de los doctrinantes debe estar suficientemente expandida; en cuanto a lo segundo, la autoridad académica del doctrinante naturalmente le confiere un valor especial.

JUEZ CONSTITUCIONAL EN DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE-Análisis crítico/**JUEZ CONSTITUCIONAL EN DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE**-Decisión autónoma de adopción de interpretación

Pero la doctrina del derecho viviente no impide que el juez constitucional efectúe un análisis crítico del sentido normativo, fijado jurisprudencialmente, del artículo demandado. El derecho viviente surge de un estudio enmarcado por la órbita de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y, por ello, se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley, no de la Constitución, y es esencialmente una concreción del principio de legalidad, no del principio de constitucionalidad. De tal manera que el valor del derecho viviente es relativo a la interpretación de la ley demandada, lo cual no le resta trascendencia, sino que define el ámbito del mismo. Le corresponde a la Corte Constitucional decidir si recibe y adopta dicha interpretación. Y en caso de que la acoja proceder a ejercer de manera autónoma sus competencias como juez en el ámbito de lo constitucional.

ACTO DE TRAMITE EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Condiciones para impugnación ante jurisdicción administrativa

Si el implicado en el proceso de responsabilidad fiscal pretende cuestionar la validez de las actuaciones surtidas dentro de dicho procedimiento, tendrá que impugnar judicialmente la resolución final de dicho trámite; en otras palabras, es requisito de procedibilidad de la acción que la actuación administrativa haya terminado y que el acto que resuelve definitivamente el asunto esté en firme. La norma demandada no impide de manera absoluta que los actos preparatorios o de trámite sean controvertidos ante los jueces competentes sino que fija condiciones de tiempo -hay que esperar a que termine el proceso de responsabilidad fiscal- y de modo -debe demandarse el acto que le puso fin al correspondiente proceso para mostrar la relevancia de la irregularidad previa en la decisión final-. Además, no sobra advertir que en el juicio de responsabilidad fiscal se permite que las irregularidades sean corregidas a lo largo del proceso, al tenor del artículo 37 de la Ley 610 de 2000 que hace referencia al saneamiento de nulidades.

JUICIO DE RAZONABILIDAD-Limitación por legislador de derecho fundamental

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Recursos para defensa del implicado/**JUICIO DE RAZONABILIDAD**-Contexto normativo como criterio de intensidad/**ACTO DE TRAMITE EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**-Control por jurisdicción administrativa

El contexto normativo ha permitido apreciar que el implicado dentro de un proceso de responsabilidad fiscal sí dispone de recursos para defenderse y, en todo caso, el poder de la administración ha sido adecuadamente racionalizado. Además, el sentido de la expresión demandada no es el que pretende asignarle el demandante. Por ello, el examen de lo demandado no debe llegar al grado sumo de intensidad y severidad. El juicio de razonabilidad que se aplicará será el leve, por dos razones: (a.) en primer lugar, porque prima facie no hay una amenaza grave e inminente para los derechos constitucionales invocados en la demanda; (b.) en segundo lugar, por el sentido viviente de la norma en cuestión, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual indica que los actos de trámite o preparatorios sí son controlables por la jurisdicción contenciosa cuando se demanda el acto que le puso fin al proceso de responsabilidad fiscal.

TEST DE RAZONABILIDAD EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Impugnación ante jurisdicción administrativa

ACTO ADMINISTRATIVO-Control/**ACTUACION ADMINISTRATIVA**-Celeridad y eficacia

En principio, todo acto de la administración debe estar sujeto a un control para evitar que haya arbitrariedad en las decisiones que se tomen; pero demandar todo acto, individualmente considerado, podría generar la parálisis de la actuación administrativa y la congestión del aparato judicial. Evitar que ello suceda es un fin permitido por la Constitución. La actuación administrativa debe ser acelerada y eficiente, además, la efectiva protección judicial de los derechos y el cabal funcionamiento del Estado Social de Derecho, exigen que la justicia sea accesible y pronta.

DECISION ADMINISTRATIVA-Revisión judicial/**ACTO DE TRAMITE**-No revisión judicial

Existen decisiones de la administración cuya posibilidad de revisión judicial debe asegurarse, en razón a su contenido y a los efectos específicos que pueden causar a los particulares que tengan interés en el asunto determinado. Si esta clase de actos no fueran revisables, tanto por la misma administración como por las autoridades judiciales, se podría configurar una vulneración al régimen constitucional del debido proceso. Sin embargo, tal afirmación no resulta admisible respecto a las decisiones que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica concreta, como ocurre con los actos de trámite o preparatorios.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Celeridad y eficacia sobre impugnación de actos

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Celeridad y eficacia /**ACTO DE TRAMITE EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**-Condicionamiento de impugnación judicial

La norma demandada no impide el acceso a la justicia para demandar los actos preparatorios o de trámite, simplemente lo condiciona: primero, el interesado debe esperar a que termine el proceso de responsabilidad fiscal; y, segundo, debe demandar el acto que le puso fin al proceso para mostrar la relevancia de la irregularidad previa para la decisión final. Ambas condiciones son adecuadas para asegurar que la administración de justicia no sea perturbada ni sobrecargada.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO DE TRAMITE-Requisitos para procedencia

Referencia: expediente D-3264

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

Actor: Juan Carlos Hincapié Mejía

Tema:

Doctrina del derecho viviente - valor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado

Test de razonabilidad - el contexto normativo como criterio de la intensidad del test.

Actos de trámite

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos de trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano JUAN CARLOS HINCAPIE ESPINOSA demandó parcialmente el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

El texto de la disposición demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial N° 44.133 del 18 de agosto de 2000, es el siguiente:

**“Ley 610 de 2000
(agosto 15)”**

por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

Artículo 59.- Impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme” (Se subraya lo demandado).

III. LA DEMANDA

El demandante considera que el término “solamente” del artículo 59 de la Ley 610 de 2000 vulnera los artículos 29, 228, 229 y 230 de la Carta Política. Estos son los argumentos en los que se sustenta su posición:

1. Manifiesta que la norma demandada parcialmente restringe injustificadamente el derecho de las personas a acudir ante las autoridades judiciales, pues dicho precepto señala que únicamente será demandable el acto administrativo con el cual termina el proceso de responsabilidad fiscal. Expresa que, aunque de acuerdo con el artículo 89 de la Constitución Política corresponde a la ley establecer los recursos, acciones y procedimientos necesarios para la protección de los derechos individuales, dicho mandato no puede cumplirse menoscabando el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia (C.P., art. 229). Agrega, finalmente, que toda actuación administrativa “debe estar sujeta a controles judiciales plenos que no reduzcan la actuación del juez, sino que, por el contrario, conviertan la inimpugnabilidad de los actos en una excepción con sustento en la razonabilidad y no en el capricho del legislador o del juez”.

2. Así, el actor sostiene que dentro del proceso de responsabilidad fiscal pueden existir decisiones diferentes a la de terminación del proceso administrativo de responsabilidad fiscal, las cuales, por su incidencia en el acto final, deberían ser igualmente impugnables. A este respecto, explica que decisiones como la que resuelve las nulidades y la que deniega las pruebas, si bien son susceptibles de los recursos gubernativos no son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa y, por esta vía, se impide el adecuado control judicial de la actuación administrativa. Por lo anterior, estima que no se garantizan los derechos al debido proceso (C.P., art. 29) y al acceso a la administración de justicia (C.P., art. 229) de quien es juzgado fiscalmente, pues se crean “zonas vedadas al control judicial dentro de la actuación administrativa so pretexto de preservar una técnica de impugnación de los actos y de una eficacia de la función administrativa mal entendida.”

3. Finalmente, afirma que no es posible sostener que el juez contencioso administrativo, al examinar la decisión final, puede juzgar la legalidad de la totalidad de la actuación administrativa, pues “tal interpretación desconocería el carácter restrictivo y condicionador de la palabra ‘solamente’ que precisamente limita las facultades del juez” y, por ende, obstruye su autonomía como autoridad judicial (C.P., art. 228 y 230).

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

El apoderado judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de oficio del 29 de noviembre de 2000, intervino para defender la constitucionalidad de la norma demandada parcialmente. Estas son las razones que sintetizan su postura:

1.1. En primer lugar, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, los actos de trámite solo son demandables, excepcionalmente, cuando producen efectos jurídicos propios. Expresa que según lo dispuesto por el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo así como por la doctrina y la jurisprudencia contencioso administrativa, los actos de trámite o preparatorios, dan impulso a la actuación preliminar de la administración o disponen u organizan los elementos de juicio que se requieren para que ésta pueda adoptar, a través del acto principal o definitivo, la decisión sobre el fondo del asunto. Sin embargo, anota que el acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando de alguna manera decida sobre la cuestión de fondo o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible continuarla, en cuyo caso la acción judicial se dirigirá contra ellos. En consecuencia, señala que si el acto produce sus propios efectos, debe estar sometido al control jurisdiccional, pues el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo prevé que toda actividad administrativa es objeto de control por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa.

1.2. De otro lado, en el proceso de responsabilidad fiscal se garantiza el debido proceso administrativo, pues todas las actuaciones se someten “a los procedimientos y requisitos establecidos legalmente, con protección de los derechos del investigado, al que se le otorgan los medios de defensa necesarios para garantizar la legalidad y certeza de la decisión que se profiera.” Añade que en el referido trámite “se asegura la prevalencia de las garantías sustantivas y procesales requeridas, la imparcialidad del juzgador y la observancia de las reglas predeterminadas en la ley a fin de esclarecer los hechos investigados, así como la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas y allegadas y la definición de los responsables y sus respectivas sanciones.” De esta manera, estima que no puede alegarse desconocimiento de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

1.3. En este orden de ideas, la norma cuestionada, al señalar que sólo es demandable el acto con el cual termina el proceso fiscal, no hace referencia únicamente al fallo, pues en el curso de la actuación se producen actos de trámite, que pueden convertirse en actos administrativos definitivos al poner fin a la misma o porque hacen imposible continuarla y, tales actos son objeto de recursos gubernativos y, obviamente, del control judicial.

2. Intervención de la Contraloría General de la República

La apoderada judicial de la Contraloría General de la República, por medio de escrito de fecha 29 de noviembre de 2000, solicita a la Corte declarar la exequibilidad del artículo 59 de la Ley 610 de 2000 por las siguientes razones:

2.1. El trámite de los procesos de responsabilidad fiscal es claro, expedito y se somete a las garantías del debido proceso que debe tener toda actuación administrativa. A este respecto, precisa que la referida ley establece un régimen probatorio completo, en el cual se asegura la solicitud y contradicción de las pruebas por parte del investigado, y se protege su derecho de defensa.

2.2. Así mismo, se estima que “el actor en la interpretación que hace de la palabra ‘solamente’ está variando su contenido y no desentraña el espíritu del Legislador contenido en el texto legal demandado, ignorando el

significado de la palabra. Este corresponde a la posibilidad que le da la Ley 610 de 2000 al presunto responsable, de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en término y oportunidad legal, para pedir la nulidad del fallo o acto administrativo con el cual termina el proceso y no en un sentido restringido al último acto que se produce, garantizando con ello el libre acceso a la administración de justicia”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, en concepto de fecha 11 de enero de 2000, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la expresión demandada del artículo 59 de la Ley 610 de 2000. Estos son los argumentos dados por el representante del Ministerio Público:

1. En relación con los actos de trámite, es preciso diferenciar entre aquellos que al ser proferidos por la administración impiden continuar la actuación administrativa y los que simplemente tienden a dar impulso a la misma, porque “los primeros pueden llegar a convertirse en definitivos mientras los segundos únicamente son objeto de los recursos establecidos en el ordenamiento legal.”

2. No puede pretenderse que cualquier acto que emane de un servidor público sea objeto de acción contencioso administrativa, ya que ello se opondría a los principios de celeridad y eficiencia que deben orientar las actuaciones administrativas. En este sentido, afirma que el derecho de acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “no puede entenderse de manera ilimitada, al punto que sobre la base de una pretendida garantía individual de dicho derecho se entrase o dilate innecesariamente la actuación administrativa, atentando contra el interés de los demás asociados. (...) Además, el uso indiscriminado y arbitrario de las acciones contencioso administrativas atenta contra la recta administración de justicia, antes de constituirse en una limitante para el acceso de los ciudadanos a ésta o violar la autonomía de los jueces.” De acuerdo con lo anterior, concluye que lo lógico y razonable es que, en principio, los actos de trámite no sean susceptibles de acción, no obstante, en algunos casos excepcionales puedan ser demandables.

3. Por último, la Vista Fiscal señala que se debe realizar una interpretación sistemática de la norma demandada con las demás disposiciones de la Ley 610. Indica que el artículo 2 de ésta prevé la estricta sujeción del proceso de responsabilidad fiscal a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Carta Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo. Igualmente, expresa que el artículo 32 de la Ley 610 consagra el principio de contradicción de la prueba y el artículo 38 determina la oportunidad para proponer la nulidad en el proceso. Concluye que la Ley 610 de 2000, no dejó al arbitrio del funcionario el trámite administrativo de responsabilidad fiscal y, por el contrario, existen plenas garantías para el ciudadano objeto del referido proceso y, en consecuencia, es “innecesario un control jurisdiccional de los actos que se extiendan más allá de lo consagrado en la ley y la jurisprudencia.”

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte es competente para conocer del proceso de la referencia, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 241 numeral 4° de la Constitución Política.

2. El problema planteado

2.1. El actor considera que la norma demandada parcialmente restringe el acceso a la administración de justicia al señalar que solamente será demandable el acto con el que termina el proceso de responsabilidad fiscal; por ende, desconoce el derecho al debido proceso al impedir el control judicial de los demás actos administrativos que se profieren durante el trámite mencionado. Así mismo, estima que la disposición cuestionada limita, sin justificación alguna, las facultades del juez contencioso administrativo, pues éste únicamente podrá estudiar la legalidad del acto con el que concluye el proceso de responsabilidad fiscal y no la totalidad de la actuación administrativa.

Tanto el Procurador General de la Nación como los intervinientes, sostienen que la tesis, según la cual, sólo es susceptible de impugnación judicial el acto final del proceso de responsabilidad fiscal, es razonable, puesto que las decisiones previas a éste son meros actos de trámite y, por lo tanto, no son demandables. Sin embargo, precisan que, excepcionalmente, cuando el acto de trámite ponga fin a la actuación administrativa o imposibilite su continuación, sí será posible acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa. Igualmente, manifiestan que no existe violación del derecho al debido proceso ya que en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal existe una serie de disposiciones que aseguran la prevalencia de las garantías procesales, particularmente, del derecho de defensa del implicado.

2.2. Así, corresponde a la Corte Constitucional definir si el precepto impugnado, al señalar que solamente es demandable el acto con el que termina el proceso de responsabilidad fiscal, vulnera las normas constitucionales que garantizan el debido proceso y el libre acceso a la administración de justicia. Con este propósito, se procederá de la siguiente manera. (i) Primero se señalarán brevemente las características del proceso de responsabilidad fiscal, haciendo énfasis en los mecanismos de control de los actos que se profieren durante dicho trámite, y en la manera como la doctrina y la jurisprudencia han interpretado los principios jurídicos aquí comprometidos; ello para determinar la intensidad del juicio de razonabilidad y para precisar el sentido y los alcances de la expresión demandada. (ii) Segundo, se efectuará un juicio de razonabilidad de la norma demandada para establecer si dicha disposición resulta acorde con la Constitución.

3. El proceso de responsabilidad fiscal bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991. La importancia del contexto normativo para definir la intensidad del juicio de razonabilidad

3.1. Como en este proceso se deben analizar cargos relativos a la vulneración de derechos constitucionales, es necesario determinar la intensidad del juicio de razonabilidad que habrá de aplicar la Corte. Para ello, se debe establecer cuáles son las garantías al debido proceso previstas al interior del proceso de responsabilidad fiscal. Este contexto normativo permitirá apreciar *prima facie* si hay una restricción grave del derecho, como lo alega el demandante. Luego se analizará si la expresión demandada impide a las personas acceder a la justicia para cuestionar los actos de trámite o preparatorios, o si tan sólo condiciona dicho acceso a la culminación del proceso de responsabilidad fiscal. Este segundo aspecto brindará un segundo criterio para definir la intensidad del juicio de razonabilidad que se debe aplicar en este caso.

3.2 De conformidad con los artículos 267 y 272 de la Constitución Política, la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado, corresponde a la Contraloría General de la República y a las contralorías de las entidades territoriales. Entre las atribuciones constitucionales del Contralor General de la República y de los contralores departamentales, municipales y distritales -en su respectiva jurisdicción-, se encuentra la de "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" (artículos 268, numeral 5, y 272C.P.). Dichas autoridades tienen la facultad de exigirle a la administración y, en general, a todas las entidades estatales -ya sean del nivel central o territorial-, así como a los particulares que manejen recursos del Estado, responsabilidad fiscal cuando con su actuación dolosa o culposa resulte lesionado el patrimonio público (artículos 6, 90, 121, 123 inciso 2, 124, 267, 268 numeral 5 y 272 C.P.).

Para hacer efectiva dicha responsabilidad y obligar al servidor público o al particular a reparar el daño causado al erario por su actuación irregular, las contralorías deben adelantar, según lo defina la ley, un conjunto de actuaciones jurídicas que conforman el trámite del *proceso de responsabilidad fiscal*, de naturaleza netamente administrativa¹¹. Dicho procedimiento es de carácter resarcitorio, pues como consecuencia de la declaración de responsabilidad, el funcionario o particular debe reparar el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el Estado¹².

Por otra parte, en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso (artículo 29 C.P.) en coordinación con el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan las actuaciones administrativas (artículo 209 C.P.). Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido:

“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 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

¹¹ A este respecto, pueden consultarse las sentencias SU-620 de 1996; M.P. Antonio Barrera Carbonell (En dicha sentencia, la Corte Constitucional revocó los fallos proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los que se negaba la tutela interpuesta por los accionantes en contra de la Contraloría General de la República por violación del debido proceso en un caso de responsabilidad fiscal. La Corte Constitucional señaló que “El proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo su naturaleza jurídica y los objetivos que persigue, presenta las siguientes características: a) 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 a 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.”); C-054 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell; (En dicha sentencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 75, 79 y 101 de la Ley 42 de 1993 “Sobre la Organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”); C-540 de 97; M.P. Hernando Herrera Vergara (En dicha sentencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 77 de la Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”); y T-973 de 1999; M.P. Alvaro Tafur Galvis (En dicha sentencia, la Corte Constitucional confirmó el fallo proferido por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el que se revoca el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caquetá que denegó la acción de tutela interpuesta por el accionante en contra de la Contraloría General de la República Seccional Caquetá por vulneración del derecho de defensa.

¹² Sentencia SU-620 de 1996; M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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 art. 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 actuaciones 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 hecho¹³ (subraya fuera del texto).

3.3. En aras de adecuar el ejercicio del control fiscal al nuevo régimen constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”. Dicha ley definió el conjunto de preceptos encaminados a establecer los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero, los organismos competentes para ejercerlo en los distintos niveles territoriales y los procedimientos jurídicos aplicables (artículo 1).

En los artículos 72 a 89 de la referida ley, se reguló el trámite del proceso de responsabilidad fiscal; en efecto, se estableció que las etapas de éste eran la investigación y el juicio¹⁴. La primera comprendía el período de instrucción dentro del cual se allegaban y practicaban las pruebas que iban a servir de fundamento a las decisiones que se adoptaran en el proceso y, adicionalmente, se autorizaba la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de la persona vinculada a la investigación (artículo 75); esta etapa terminaba con la orden de archivo del expediente o la apertura del correspondiente juicio (artículo 77). Durante el juicio fiscal, se definía la responsabilidad de la persona o personas cuya gestión fiscal había sido objeto de investigación; esta segunda etapa culminaba con una decisión motivada en la cual se resolvía sobre la responsabilidad fiscal (artículos 79 y 81).

A pesar de que dentro del trámite de todo el proceso se contemplaba una serie de prerrogativas a favor del implicado, el ejercicio de su derecho de defensa, propiamente dicho, se garantizaba únicamente a partir de la etapa de juicio; sólo a esta altura del proceso se contemplaba el deber de notificar al presunto responsable de las decisiones tomadas –v.g. la que ordenaba la apertura del juicio fiscal y la que ponía fin al proceso-, contra las cuales procedían los recursos gubernativos en los términos señalados por la ley (artículos 79 y 81)¹⁵.

3.4. Estos vacíos en la legislación fueron rápidamente detectados por la Corte Constitucional en sede de tutela¹⁶, cuando se estableció que el presunto responsable dentro de un proceso fiscal no contaba con todas las garantías para poder ejercer su derecho de defensa y se echó de menos la expedición, por parte del legislador, de una regulación integral sobre la materia.

En efecto, la Corte indicó que en los procesos fiscales era necesario asegurar la participación de los imputados en la etapa de investigación (lo cual no estaba contemplado en la ley) para que éstos pudieran

¹³ Sentencia SU-620 de 1996; M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ No se puede olvidar que, además de las normas sobre la materia contenidas en la Constitución, el procedimiento de las investigaciones y juicios fiscales estatuido por la Ley 42 de 1993, era a su vez desarrollado por la Resolución Orgánica N° 03466 de junio 14 de 1994, proferida por el Contralor General de la República.

¹⁵ Otros ejemplos de actos que se notificaban al interesado eran: el nombramiento de apoderado de oficio si el presunto responsable no se hacía presente en el juicio (artículo 80), y la procedencia de las acciones de ley cuando el proceso terminaba con declaración de responsabilidad fiscal (artículo 81).

¹⁶ Sentencia SU-620 de 1996; M.P. Antonio Barrera Carbonell.

ejercer su derecho de defensa y, por esta vía, garantizar la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa¹⁷; en este sentido, se ha sostenido que el derecho de defensa en los procesos por responsabilidad fiscal debe garantizarse en cada una de las etapas del trámite, en forma unitaria, continua y permanente, es decir, tanto en la investigación como en el juicio fiscal. A su vez, esta Corporación también ha señalado que, aunque los artículos que regulaban el proceso de responsabilidad fiscal de la Ley 42 de 1993 no lo ordenaran expresamente, era forzoso notificar al presunto responsable el auto de apertura de investigación¹⁸; además, se ha establecido que en razón a que la precitada ley no regulaba en forma directa la caducidad de la acción fiscal, ni fijaba el término de duración del juicio fiscal, era necesario remitirse a las normas del Código Contencioso Administrativo para llenar dichos vacíos, como lo señalaba el artículo 89 de la ley¹⁹.

3.5. Así, debido a que la regulación legal del proceso de responsabilidad fiscal resultaba incompleta, el Congreso de la República expidió la Ley 610 de 2000, la cual consagra un régimen integral para el trámite del proceso fiscal y deroga las normas correspondientes de la Ley 42 de 1993. En los antecedentes legislativos del proyecto que se convirtió en la referida ley, se menciona que se pretende destacar “la precisión legal de las nociones de responsabilidad fiscal y proceso de responsabilidad fiscal, las reglas sobre caducidad y prescripción de la acción fiscal, la regulación de las vicisitudes procesales en relación con las decisiones interlocutorias y de trámite, el establecimiento de términos en el trámite de todas las fases del proceso, la regulación de las medidas cautelares, la determinación del monto de la responsabilidad y las consecuencias de su declaración”²⁰; igualmente, se resaltan aspectos como la incorporación de las garantías a los implicados en correspondencia con el tratamiento jurisprudencial sobre la materia.

De esta manera, la Ley 610 del 2000 establece el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, el cual define como “el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado” (art. 1). En el artículo 2 se dice que “en el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso”.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Sentencia C-540 de 1997; M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁹ Sentencias T-973 de 1999; M.P. Alvaro Tafur Galvis y Sentencia C-635 de 2000; M.P. Alvaro Tafur Galvis (En dicha sentencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 77 de la Ley 42 de 1993 “Sobre la Organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”. En esta Sentencia, la Corte Constitucional reafirma que por pertenecer el proceso de responsabilidad fiscal a las actuaciones propias de la administración, le son aplicables las disposiciones del Código Contencioso Administrativo en los aspectos sobre los que no exista disposición especial al respecto).

²⁰ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 025/98 Cámara, 162/98 Senado. Gaceta del Congreso N° 155 de 1998, págs. 3-6.

Es necesario observar brevemente la nueva regulación de los procesos de responsabilidad fiscal para apreciar dentro del contexto normativo la función y las implicaciones de la norma parcialmente demandada.

3.5.1. El proceso se inicia formalmente con el auto de apertura del proceso, el cual debe ser notificado a los presuntos responsables (artículos 39 y 40). Conocida la existencia del proceso en su contra, el implicado será escuchado en declaración libre y espontánea y de no ser posible su comparecencia se le nombrará apoderado de oficio (artículos 42 y 43); así mismo, el investigado podrá controvertir las pruebas recaudadas y solicitar la práctica de aquellas que considere conducentes. Si su solicitud de pruebas le es denegada podrá interponer los recursos de reposición y apelación contra tal decisión (artículos 24 y 32). También podrá proponerse la nulidad de la actuación por falta de competencia del funcionario que dirige la investigación o por violación del debido proceso y del derecho de defensa del implicado; contra el acto resolutorio de las nulidades propuestas proceden los recursos de reposición y apelación (artículos 36 y ss).

3.5.2. Ahora bien: si de acuerdo con las pruebas practicadas durante la actuación, está demostrado objetivamente el daño o perjuicio patrimonial del Estado y existen serios indicios que comprometan la responsabilidad del implicado, se proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal (artículo 48), del cual se dará traslado al presunto responsable para que presente sus argumentos de defensa y solicite y aporte las pruebas que pretenda hacer valer. El juez procederá a decretar las pruebas solicitadas y las que considere conducentes y, si rechaza la solicitud de pruebas, el implicado podrá interponer los recursos de reposición y apelación contra tal decisión (artículo 51). Una vez practicadas las pruebas pertinentes se proferirá el fallo que declara la existencia o inexistencia de responsabilidad fiscal (artículos 53 y 54) contra el cual procederán los recursos señalados por el Código Contencioso Administrativo. En firme, la providencia que declare la responsabilidad fiscal, será demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa, según el artículo 59, objeto de la demanda de inconstitucionalidad en el presente caso.

De lo anterior se deduce que a través de la nueva regulación el Legislador pretendió incorporar un conjunto de garantías para el implicado que cumplieran los criterios señalados por la jurisprudencia constitucional y garantizaran cabalmente el debido proceso. A lo largo de todo el trámite, se observa una serie de disposiciones que buscan asegurar que las autoridades administrativas ejerzan sus competencias respetando las garantías y los derechos del implicado. Adicionalmente, el proceso mediante el cual se declara la responsabilidad fiscal ahora tiene una sola fase, con lo cual se busca evitar la dilación de esta clase de procedimientos.

En suma, la Ley 610 de 2000 contiene reglas encaminadas a garantizarle al presunto implicado el derecho a ser oído, a defenderse y a intervenir activamente en el proceso, ya sea en forma directa o por medio de apoderado. A la Corte no le compete en esta oportunidad pronunciarse sobre la constitucionalidad de todo el procedimiento ni sobre las reglas que buscan el objetivo mencionado. No obstante, el contenido de la norma demandada que sólo permite la controversia judicial del acto con el cual termina el proceso, hacía necesario observar en qué situación se encuentra el implicado desde que se inicia la actuación administrativa del juicio de responsabilidad fiscal.

3.6. El contexto normativo brevemente descrito permite apreciar si el implicado no dispone de recursos para defenderse y si el poder de la administración no ha sido adecuadamente racionalizado. En términos generales, es claro que en la Ley 610 de 2000 ello no es así, sin perjuicio de que un examen detenido de sus partes en futuros procesos judiciales lleve a la conclusión de que alguna de ellas es contraria a la Constitución.

Para establecer si el cargo del actor es fundado, la Corte debe, además de observar el perfil general de todo el proceso de responsabilidad fiscal, determinar cuál es el carácter de los actos que se profieren durante su

trámite, para así definir si por su naturaleza y efectos estos deberían ser enjuiciables autónomamente por vía contenciosa.

4. Carácter de los actos que se profieren durante el trámite del proceso de responsabilidad fiscal. La jurisprudencia sobre los efectos y la justiciabilidad de los actos de trámite o preparatorios.

4.1. Buena parte de la fuerza del cargo que presenta el actor contra el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 se basa en el hecho que al establecerse que únicamente será demandable -ante la jurisdicción contencioso administrativa- el acto administrativo con el cual termina el proceso de responsabilidad, se restringe el derecho del interesado de acceder a la administración de justicia y, por ende, se desconoce su derecho al debido proceso. Por esta razón, la Corte debe definir si las decisiones adoptadas dentro del proceso de responsabilidad fiscal, diferentes al acto definitivo con el que termina el proceso, tienen un contenido sustancial y unos efectos que hacen imperioso que deban ser controladas judicialmente en forma autónoma o, por el contrario, si se trata de decisiones de trámite, por regla general, no sujetas a dicho control.

4.2. La doctrina en materia administrativa²¹, ha distinguido a los actos administrativos según el contenido de la decisión que en ellos se articula y sus efectos, en actos *de trámite o preparatorios* y en actos *definitivos*. Los primeros son los que se encargan de dar impulso a la actuación o disponen organizar los elementos de juicio que se requieren para que la administración pueda adoptar la decisión de fondo sobre el asunto mediante el acto definitivo y, salvo contadas excepciones, no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. Los segundos son, obviamente, los actos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.

En este sentido, los actos de trámite son “actos instrumentales”, que integran el procedimiento anterior a la decisión que finalmente resuelva el asunto y sus defectos jurídicos podrán cuestionarse cuando se impugne el acto definitivo, el cual podrá ser invalido, *v.gr.*, por haberse adoptado con desconocimiento del procedimiento previo que constituye requisito formal del mismo acto. Por lo tanto, es necesario esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para poder plantear la invalidez del procedimiento por haberse presentado anomalías en los actos de trámite.

Ahora bien: ciertos actos previos al fallo pueden tornarse definitivos cuando pongan fin a la actuación administrativa o hagan imposible su continuación. En este caso, tales actos serán enjuiciables.

4.3. Pero acudir exclusivamente a la doctrina cuando el sentido de un concepto y los alcances de una institución han sido fijados por la jurisprudencia es un procedimiento insuficiente porque (i.) impide al juez constitucional apreciar cuál es el significado real de las normas juzgadas –dentro del proceso de adjudicación– y porque (ii.) no brinda elementos de juicio relevantes para analizar la función que éstas cumplen en el Estado y en la sociedad.

Por eso, es necesario en este caso observar la jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto de la relación entre los actos preparatorios o de trámite, por un lado, y los actos definitivos, por el otro, en punto a determinar cuándo procede la impugnación judicial respecto de unos y de otros.

²¹ Entre otros: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, **Curso de derecho administrativo, Tomo I**. Editorial Civitas, Madrid, 1992; González Pérez, Jesús, **Manual de derecho procesal administrativo**. Editorial Civitas, Madrid, 1992; Gordillo, Agustín, **Tratados de derecho administrativo, Tomo III**. Editorial Macchi, Buenos Aires, 1979 y en Francia Auby Jean-Marie y Drago Roland. *Traité de Contentieux Administratif*. L.G.D.J., París, 1984, pág. 165.

4.4. En efecto, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se ha ocupado de las consecuencias de esta distinción al aplicar e interpretar el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, según el cual “son actos definitivos, que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla [...]”²².

Además, el Consejo de Estado (especialmente la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo), ha reiterado que no procede la demanda de actos de trámite o preparatorios que no pongan fin a la actuación administrativa ni imposibiliten su continuación. En este sentido, se ha sostenido, por ejemplo, que no son susceptibles de impugnación ante los tribunales contencioso administrativos por tratarse de actos de trámite o preparatorios, entre otros: las comunicaciones y oficios²³, los certificados que se expidan con el fin de obtener determinado permiso o autorización por parte de la administración²⁴, los pliegos de cargos y el auto que ordena la apertura de la investigación²⁵, el auto que ordena la realización de una inspección tributaria y el acta que se extiende en dicha diligencia²⁶, el auto de mandamiento ejecutivo expedido dentro de un juicio

²² Ya desde 1972 el punto suscitó un salvamento de voto sobre el grado de precisión con el cual debía identificarse cada acto administrativo (Salvamento de voto de Miguel Lleras Pizarro a la Sentencia del 27 de octubre de 1972; C.P. Carlos Portocarrero M. Anales del Consejo de Estado LXXXIII, nos. 435- 436 pág. 429 de 1972. En dicha sentencia, el Consejo de Estado definió las características de los actos administrativos complejos).

²³ En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 3 de marzo de 1980; C.P. Ignacio Reyes Posada (En dicha sentencia, el Consejo de Estado confirmó una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que se declara inhibido para pronunciarse sobre una acción de nulidad interpuesta en contra de una comunicación expedida por el Ministerio de Justicia. Tanto el Tribunal como el Consejo de Estado encuentran que no es la comunicación un acto administrativo, sino el decreto que da lugar a la misma. En este orden de ideas, es contra el mencionado decreto contra el que de debió interponer la acción).

²⁴ En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de octubre de 1988; C.P. Javier Henao Hidrón. (Citado por: Penagos, Gustavo, El acto administrativo Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. Santa Fe de Bogotá, 1996).

²⁵ En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 25 de abril de 1986; C.P. Samuel Buitrago Hurtado (En dicho auto, el Consejo de Estado inadmitió la solicitud de la sociedad actora de que se ordenara la suspensión provisional del acto administrativo dictado por la entidad pertinente, en el cual se dispuso abrir investigación de carácter administrativo). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 25 de abril de 1986; C.P. Enrique Low Murtra (En dicho auto, el Consejo de Estado confirmó un auto expedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio del cual se denegó la admisión de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de junio de 1999; C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz (En dicho auto, el Consejo de Estado confirma el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima que deniega la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, por medio del cual se formulan cargos contra la accionante).

²⁶ En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 26 de abril de 1996; C.P. Consuelo Sarria Olcos (En dicho auto, el Consejo de Estado confirmó la sentencia expedida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el que se afirma que el acta de inspección tributaria no requiere, más allá de su adecuada motivación, de fórmulas jurídicas extraordinarias por tratarse de un acto que no tiene la característica de definitivo).

de jurisdicción coactiva²⁷, y los actos dentro de los procesos electorales diferentes al declaratorio de elección²⁸.

4.5. Por otra parte, en relación con la impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa de los actos proferidos en los procesos de responsabilidad fiscal que se realizaron bajo la vigencia de la Ley 42 de 1993, el Consejo de Estado ha sostenido que, de acuerdo con los términos del artículo 81 de esa ley, sólo puede ser objeto de cuestionamiento judicial el fallo que declara la responsabilidad fiscal²⁹. En este sentido, al estudiar la procedibilidad de una demanda contra una resolución proferida con motivo del desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría Municipal de San Gil, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló:

“El acto administrativo acusado no crea, modifica ni extingue una situación jurídica particular o derecho alguno del cual sea titular y pueda sufrir lesión. Pero tal regulación es contentiva de un acto preparatorio dentro de la actuación administrativa adelantada en su contra por la Contraloría Municipal de San Gil tendiente a establecer su responsabilidad fiscal. Y por no tener el referido artículo 4o. el carácter de acto administrativo definitivo no puede ser enjuiciable ante esta jurisdicción a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que ésta reclama como presupuesto para su ejercicio en el art. 135 del C.C.A. que el acto particular "ponga término a un proceso administrativo". La falta de este presupuesto procesal y no la expresada por el a quo, es la que justifica la inadmisión de la demanda.”³⁰

En este orden de ideas, se entiende que si bien la regulación del trámite de los procesos de responsabilidad fiscal consagrada en la Ley 42 de 1993 no señalaba expresamente que las acciones contencioso administrativas “solamente” procedían contra el acto administrativo con el cual concluía el mencionado procedimiento, tal era la posición usualmente asumida por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo,

²⁷ En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 27 de mayo de 1999 M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz (En dicho auto, el Consejo de Estado confirma el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima en el que se niega la pretensión del actor de declarar la nulidad del juicio de jurisdicción coactiva adelantado por la Contraloría Departamental del Tolima, incluido el auto de mandamiento ejecutivo).

²⁸ En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 17 de noviembre de 1995 C.P. Mario Alario Méndez (En dicha sentencia, el Consejo de Estado niega la pretensión del accionante de declarar nulo el acto por medio del cual se hizo la elección del Procurador General de la Nación para el período 1994 - 1998. El Consejo niega la acción por encontrar que la pretensión del actor consiste en que se declare no la nulidad de la elección, el cual es un acto definitivo, sino el acta de escrutinio de uno de los jurados, el cual es un acto preparatorio).

²⁹ En este sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 26 de noviembre de 1995; C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez (En dicha providencia, el Consejo de Estado niega la demanda interpuesta por la actora contra un fallo en el que se declara la inexistencia de responsabilidad fiscal. La providencia establece que el recurso es pertinente sólo en los casos en los que se declare la responsabilidad fiscal y no en los que se niegue). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 23 de enero de 1997 C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz (En dicha providencia, el Consejo de Estado negó la acción instaurada por la parte actora con el fin de que se declarara la nulidad y restablecimiento del derecho frente a un acto administrativo preparatorio de una actuación administrativa adelantada en su contra).

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 23 de enero de 1997. C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

al inadmitir las demandas que se intentaban contra los demás actos que se proferían dentro de dicho procedimiento.

Sin embargo, ello no significaba que tales actos (los de trámite) estuvieran exentos de control judicial, pues su legalidad se revisaba junto con la del acto definitivo. Así lo expresó el Consejo de Estado en varios de sus fallos, cuando al resolver demandas contra los actos que habían declarado responsable fiscalmente a los impugnantes estudiaba los posibles defectos de la actuación, de acuerdo con los cargos formulados³¹.

4.6. De lo expuesto anteriormente, se concluye que el artículo 59 de la Ley 610 de 2000, no introdujo cambio alguno en cuanto a la impugnación de los actos proferidos en los procesos de responsabilidad fiscal. El Legislador, al establecer expresamente en dicha disposición que únicamente será demandable el acto con el que termina el referido proceso, simplemente siguió las orientaciones de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la improcedibilidad de la demanda de los actos de trámite. Al hacerlo, introduce claridad en las reglas de juego que rigen el proceso de responsabilidad fiscal para todos los asociados, incluidos los que no conocieran la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular.

5. La interpretación de la norma demandada: la relevancia del derecho viviente

5.1. Vista la abundante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre un aspecto crucial de la cuestión central que plantea la demanda, y su coincidencia con la doctrina autorizada, corresponde a la Corte hacer algunas precisiones sobre la importancia que tienen en el juicio de constitucionalidad la jurisprudencia y la doctrina.

Ante todo, cabe preguntarse cuál es el valor, para la guarda de la supremacía de la Constitución, de la interpretación adoptada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando ésta ha precisado el alcance de conceptos e instituciones relevantes para resolver un problema planteado ante la Corte Constitucional. El juez constitucional podría pasar por alto esta pregunta y abstenerse de observar el desarrollo real por vía de la jurisprudencia ordinaria o contenciosa de la norma que debe juzgar; sin embargo, ello no parece adecuado como se verá a continuación.

En efecto, cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una incompatible con la Constitución -como sucede en este caso a juicio del demandante- la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tenida en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad. Si esta interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, acogerla salvo que sea incompatible con la Constitución. Esta doctrina se funda en las siguientes razones:

³¹ En ese sentido, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 17 de abril de 1997. C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz (En dicha sentencia, el Consejo de Estado confirmó una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en la que se confirma la decisión del Contralor Municipal de Pueblo Nuevo (Córdoba) de imponer una sanción fiscal al actor); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 2 de abril de 1998 C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez (En dicha sentencia, el Consejo de Estado resolvió en segunda instancia la acción interpuesta por el actor en contra de las decisiones adoptadas en su contra dentro de un proceso de responsabilidad fiscal. El Consejo de Estado declaró la nulidad de varios actos por considerar que no se había seguido el debido proceso. En la sentencia se estudian las irregularidades que se cometieron en la notificación de las providencias interlocutorias y en la práctica de algunas pruebas).

5.2.1. Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma fue creada (*i.e.* su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (*i.e.* ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada.

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción. Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” (art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas demandadas. Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.

5.2.2. Además, observar el derecho viviente en las providencias judiciales es necesario para evaluar si el sentido de una norma que el juez constitucional considera el más plausible, es realmente el que se acoge o patrocina en las instancias judiciales. Por ello, atender el derecho vivo es una garantía de que la norma sometida a su control realmente tiene el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye.

5.2.3. Igualmente, el juicio de constitucionalidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla. El cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético. De lo contrario, podría declarar exequible una norma cuyos alcances y efectos son incompatibles con la Constitución, lo cual haría inocuo el control. En el mismo sentido, al suponer un determinado sentido hipotético de la norma en cuestión, podría declarar inexecutable disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones.

Así, para que de la jurisprudencia se pueda derivar un derecho viviente al cual haya de referirse el juez constitucional, no basta con la existencia de una providencia sobre uno de los conceptos contenidos en la norma demandada. Ello sería insuficiente para configurar un sentido normativo completo y el juez constitucional estaría ante una simple aplicación de la ley. Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos *sine qua non* los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.

Por otra parte, la opinión de los doctrinantes puede ser valiosa para fijar el significado de una norma, pero no basta por sí sola para que se configure un derecho viviente. Los requisitos mencionados anteriormente son también aplicables para apreciar el valor de la doctrina. Sin embargo, a ellos debe agregarse un elemento cuantitativo y otro cualitativo: en cuanto al primero, no es lo mismo la opinión de un ensayista que la coincidencia entre las tesis de muchos tratadistas; para que pueda ayudar a conformar un derecho viviente la interpretación de los doctrinantes debe estar suficientemente expandida; en cuanto a lo segundo, la autoridad académica del doctrinante naturalmente le confiere un valor especial.

5.2.4. Pero la doctrina del derecho viviente no impide que el juez constitucional efectúe un análisis crítico del sentido normativo, fijado jurisprudencialmente, del artículo demandado. El derecho viviente surge de un estudio enmarcado por la órbita de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y, por ello, se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley, no de la Constitución, y es esencialmente una concreción del principio de legalidad, no del principio de constitucionalidad. De tal manera que el valor del derecho viviente es relativo a la *interpretación de la ley* demandada, lo cual no le resta trascendencia, sino que define el ámbito del mismo. Le corresponde a la Corte Constitucional decidir si recibe y adopta dicha interpretación. Y en caso de que la acoja proceder a ejercer de manera autónoma sus competencias como juez en el ámbito de lo constitucional.

5.3. Estas consideraciones son pertinentes para determinar si la interpretación de la norma propuesta por el demandante debe ser acogida por esta Corte. La respuesta es negativa. No sólo no es la que se impone de la simple lectura de la misma, sino que es contraria al derecho viviente conformado por la jurisprudencia del Consejo de Estado anteriormente analizada y respaldada por la doctrina. Esta interpretación ha sido consistente y se ha consolidado; su relevancia para definir la cuestión que ocupa a la Corte es clara: la expresión "solamente" cuestionada no impide que los demás actos, generalmente de trámite o preparatorios, sean objeto de control judicial cuando sea demandado el acto definitivo mediante el cual termina el proceso.

5.4. A estas consideraciones basadas en el derecho jurisprudencial viviente, se suman otras que hacen inaceptable la interpretación que el demandante le atribuye a la expresión demandada. La Corte considera que la interpretación que hace el actor de la norma acusada es equivocada, pues en su demanda confunde el requisito de procedibilidad de las acciones contencioso administrativas con el ámbito y alcance del control judicial cuando la demanda del acto definitivo sea admitida.

En este sentido, si el implicado en el proceso de responsabilidad fiscal pretende cuestionar la validez de las actuaciones surtidas dentro de dicho procedimiento, tendrá que impugnar judicialmente la resolución final de dicho trámite; en otras palabras, es requisito de procedibilidad de la acción que la actuación administrativa haya terminado y que el acto que resuelve definitivamente el asunto esté en firme.

Lo anterior significa que la norma demandada no impide de manera absoluta que los actos preparatorios o de trámite sean controvertidos ante los jueces competentes sino que fija condiciones de tiempo -hay que esperar a que termine el proceso de responsabilidad fiscal- y de modo -debe demandarse el acto que le puso fin al correspondiente proceso para mostrar la relevancia de la irregularidad previa en la decisión final-. Además, no sobra advertir que en el juicio de responsabilidad fiscal se permite que las irregularidades sean corregidas a lo largo del proceso, al tenor del artículo 37 de la Ley 610 de 2000 que hace referencia al saneamiento de nulidades³².

³² Artículo 37, Ley 610 de 2000: "Saneamiento de nulidades. En cualquier etapa del proceso en que el funcionario advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado

6. Aplicación del juicio de razonabilidad

6.1. Pero el hecho de que el contenido de la norma acusada se ajuste a la doctrina establecida por el Consejo de Estado no la hace en sí misma exequible. Toda limitación o especificación que haga el legislador de un derecho constitucional fundamental, debe ser evaluada a partir de un *juicio de razonabilidad* que comprende varios pasos. En este orden de ideas, el contexto normativo brevemente descrito ha permitido apreciar que el implicado dentro de un proceso de responsabilidad fiscal sí dispone de recursos para defenderse y, en todo caso, el poder de la administración ha sido adecuadamente racionalizado. Además, el sentido de la expresión demandada no es el que pretende asignarle el demandante. Por ello, el examen de lo demandado no debe llegar al grado sumo de intensidad y severidad. El juicio de razonabilidad que se aplicará será el leve, por dos razones: (a.) en primer lugar, porque *prima facie* no hay una amenaza grave e inminente para los derechos constitucionales invocados en la demanda; (b.) en segundo lugar, por el sentido viviente de la norma en cuestión, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual indica que los actos de trámite o preparatorios si son controlables por la jurisdicción contenciosa cuando se demanda el acto que le puso fin al proceso de responsabilidad fiscal.

Entonces, habrá de definirse si al establecer que sólo será demandable el acto con el cual termina el proceso de responsabilidad fiscal, el legislador persigue un fin constitucionalmente permitido y si el medio adoptado no está prohibido y es idóneo para alcanzar ese fin. Veamos:

6.1.1. En primer lugar, se analizará el fin perseguido por la norma demandada. En principio, todo acto de la administración debe estar sujeto a un control para evitar que haya arbitrariedad en las decisiones que se tomen; pero demandar todo acto, individualmente considerado, podría generar la parálisis de la actuación administrativa y la congestión del aparato judicial. Evitar que ello suceda es un fin permitido por la Constitución. La actuación administrativa debe ser acelerada y eficiente (artículo 209 C.P.), además, la efectiva protección judicial de los derechos (artículo 2 C.P.) y el cabal funcionamiento del Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.), exigen que la justicia sea accesible y pronta.

Cuando el artículo demandado señala que solamente puede ser demandado el acto con el cual termina el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, se busca tanto la eficacia y la efectividad de la actuación de la administración como de la administración de justicia.

En materia de responsabilidad fiscal esos fines no sólo son permitidos sino que desarrollan mandatos constitucionales expresos encaminados a preservar la integridad de los dineros públicos (artículo 267 C.P.) y asegurar la moral administrativa³³.

nulo, para que se subsane lo afectado. Las pruebas practicadas legalmente conservarán su plena validez".

³³ En razón a estos fines imperiosos esta Corte declaró exequible el artículo 75 de la Ley 42 de 1993 (parágrafo) que permitía que se decretaran medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del Estado. Dijo la Corte: "Durante el período que transcurre entre la iniciación de la investigación fiscal, la apertura del juicio fiscal y su conclusión, transcurre un espacio de tiempo durante el cual el investigado o imputado por la gestión fiscal irregular puede 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 necesarias para garantizar sus resultados, impidiendo la desaparición o la

6.1.2. En segundo lugar, se analizará el medio empleado por el legislador para alcanzar los fines mencionados y la relación que existe entre ellos. El medio no debe estar prohibido por la Constitución y debe ser idóneo para alcanzar los fines perseguidos.

Existen decisiones de la administración cuya posibilidad de revisión judicial debe asegurarse, en razón a su contenido y a los efectos específicos que pueden causar a los particulares que tengan interés en el asunto determinado. Si esta clase de actos no fueran revisables, tanto por la misma administración como por las autoridades judiciales, se podría configurar una vulneración al régimen constitucional del debido proceso. Sin embargo, tal afirmación no resulta admisible respecto a las decisiones que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica concreta, como ocurre con los actos de trámite o preparatorios.

Cabe preguntarse, ahora, si tal disposición, restrictiva de los actos que pueden impugnarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, constituye un medio idóneo para evitar la parálisis o el retardo de la actuación administrativa: claramente lo es. Si los implicados en un juicio de responsabilidad fiscal pudieran demandar cada acto del proceso, éste sería entorpecido y dilatado; el interés público en proteger la integridad de los recursos públicos sería, entonces, severamente perjudicado³⁴. Incluso, además de adecuada, tal restricción parece necesaria. Es difícil concebir una medida alternativa que, sin impedir que los actos preparatorios y de trámite sean demandados de manera autónoma tan pronto sean expedidos, logre evitar la dilación y la parálisis.

Además de ser adecuado para asegurar la celeridad y eficacia del juicio de responsabilidad fiscal, el artículo demandado contribuye al efectivo funcionamiento de la administración de justicia y al goce del derecho de acceso a la justicia, pues la ley regula y limita la procedencia de las acciones precisamente para asegurar que los procesos lleguen maduros ante las instancias judiciales. En tal sentido, esta Corporación ha sostenido:

“El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso

distracción de los bienes del sujeto obligado. 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 acusada". (Sentencia C-054 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell).

³⁴ Esta Corte ha sentado consideraciones semejantes cuando se ha pronunciado sobre tutelas contra actos de trámite o preparatorios en un proceso disciplinario: “Así las cosas, las simples diferencias de interpretación que puedan existir con respecto al análisis del material probatorio con base en el cual se sustenten los cargos que se formulen, no pueden dar base para que se considere que existe una violación del debido proceso. Esta debe surgir de manera patente, porque admitir la acción de tutela en forma indiscriminada contra los autos que formulan cargos podría conducir a obstaculizar o a enervar la acción de los órganos titulares del poder disciplinario". (Sentencia T-418 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell).

con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz (...). En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta³⁵.

De esta manera, la norma demandada no impide el acceso a la justicia para demandar los actos preparatorios o de trámite, simplemente lo condiciona: primero, el interesado debe esperar a que termine el proceso de responsabilidad fiscal³⁶; y, segundo, debe demandar el acto que le puso fin al proceso para mostrar la relevancia de la irregularidad previa para la decisión final³⁷. Ambas condiciones son adecuadas para asegurar que la administración de justicia no sea perturbada ni sobrecargada.

Finalmente, es apropiado recordar que esta Corte ha admitido la procedencia de acciones de tutela contra actos preparatorios o de trámite cuando se cumplen varios requisitos que hacen necesaria la intervención del juez constitucional. Entre estos requisitos cabe mencionar dos directamente relevantes para este proceso: (i) el primero, es que el proceso dentro del cual se expidió el acto de trámite o preparatorio no haya terminado³⁸; (ii) el segundo, es que el acto defina una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa que se proyecte en la decisión final³⁹.

³⁵ Sentencia C-351 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara (En dicha sentencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión "y en única instancia" contenida en el encabezamiento del artículo 131 del Decreto 01 de 1984, como fue subrogado por el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988; la expresión "en única" consignada en el numeral 1o. del artículo 9o. del Decreto 2288 de 1989; la frase "cuando la cuantía no exceda de quinientos mil pesos (\$500.000.00)" contenida en el numeral 6o. del artículo 131 del Decreto 01 de 1984, como fue subrogado por el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988; la frase "cuando la cuantía no exceda de ochocientos mil pesos" (\$800.000.00) de su numeral 9o.; la frase "cuando la cuantía exceda de quinientos mil pesos" (\$500.000.00) contenida en el numeral 6o. del artículo 132 del Decreto 01 de 1984, como fue subrogado por el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988; la frase "cuando la cuantía exceda de ochocientos mil pesos" (\$800.000.00) consignada en el numeral 9o. ibídem; la frase "cuando la cuantía no exceda de ochocientos mil pesos" (\$800.000.00) también consignada en el artículo 133 del Decreto 01 de 1984, como fue subrogado por el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988; y el inciso segundo (parcial) del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, como fue subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989).

³⁶ La condición de tiempo evita que actos de menor importancia o cuya trascendencia no pueda ser ponderada sin tener en cuenta el resultado final del proceso, sean llevados al conocimiento de los jueces quienes, de otro modo, dedicarían buena parte de su cargada agenda a controversias de un significado remoto, inasible e imperceptible.

³⁷ La condición de modo exige que el interesado muestre la incidencia del acto previo en la decisión final y permite a la jurisdicción contencioso administrativa sopesar su significado actual, real y concreto. Así, la administración de justicia podrá funcionar sobre una situación jurídica madura y completa que le permite al juez ejercer a cabalidad su misión institucional.

³⁸ Al respecto, señaló la Corte: "2.4 Aun cuando esta Corte admite que, excepcionalmente, es procedente la acción de tutela, como mecanismo definitivo, contra actos de trámite o preparatorios, considera que esta modalidad de protección de los derechos fundamentales sólo puede ser utilizada antes de que se profiera el acto definitivo. Ello es así, porque cuando se produce el acto definitivo, contra el cual puede utilizarse un medio alternativo de defensa judicial, como es la correspondiente acción contenciosa administrativa, la protección de los derechos fundamentales, vulnerados o amenazados con un acto de esta naturaleza, solamente puede hacerse efectiva de manera inmediata a través de la acción de tutela como mecanismo transitorio. (arts. 86, inciso 3º. y 8º. del Decreto 2591/91)" (Sentencia T-420 de 1998; M.P. Antonio Barrera Carbonell).

³⁹ Al respecto, señaló la Corte: "Corresponde al juez de tutela examinar en cada caso concreto y según las especiales circunstancias que lo rodeen, si un determinado acto de trámite o preparatorio tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, que de alguna manera se

De otro lado, sobra también aclarar que cuando se demanda el acto definitivo, no es necesario siempre demandar o controlar algún(os) acto(s) de trámite. Ello sólo debe hacerse en los casos en que el interesado desee cuestionar una parte de la actuación previa a la expedición del acto administrativo que le puso término.

6.2. Por consiguiente, no considera la Corte que la norma parcialmente demandada vulnere los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso. Tampoco se estima que se estén limitando las facultades del juez contencioso administrativo pues, como fue expuesto, éste no sólo estudiará la legalidad del acto definitivo de la actuación administrativa sino que analizará las irregularidades que, a juicio del recurrente, se hayan cometido durante el trámite.

VII. DECISION

Establecer que, en los procesos de responsabilidad fiscal, sólo es demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa el acto mediante el cual éste termina, no constituye una violación del debido proceso o del derecho a la administración de justicia garantizados por la Carta Política.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "solamente", contenida en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

proyete en la decisión principal y, por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental, en cuyo caso, la tutela es procedente como mecanismo definitivo destinado a proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado por la acción de la administración. La tutela en este evento, además de lograr la protección de los derechos constitucionales conculcados o amenazados, tiene la misión de impedir que la administración concluya la actuación administrativa con desconocimiento de dichos derechos (...)" (Sentencia SU-201 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Sentencia C-131/02

Referencia: expediente D-3674

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 42, parcial, de la Ley 610 de 2000.

Actor: Ana Lucía Padrón Carvajal

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en relación con la demanda de inconstitucionalidad que, en uso de su derecho político, presentó la ciudadana Ana Lucía Padrón Carvajal contra el artículo 42, parcial, de la Ley 610 de 2000.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe, subrayando lo demandado, el texto de la disposición objeto de proceso:

"LEY No. 610 de 2000

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 42. GARANTÍA DE DEFENSA DEL IMPLICADO. 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 exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo

asista y lo represente durante el proceso, y así le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

En todo caso, no podrá 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.

II. LA DEMANDA

Según la actora, la norma demandada vulnera los artículos 2, 29 y 209 del Texto Fundamental y por ello debe declararse su inexecutable. Los fundamentos del cargo que formula son los siguientes:

1. La norma demandada le otorga al posible implicado la facultad de hacer o no uso del derecho de defensa, circunstancia que es incompatible con el derecho fundamental al debido proceso y con el derecho de defensa consagrados en el artículo 29 de la Carta. Según éste, es imperativo el ejercicio del derecho de defensa en el proceso de responsabilidad fiscal a partir de la diligencia de exposición libre y espontánea.
2. El artículo 42 de la Ley 610 de 2000 incorporó al proceso fiscal la diligencia de versión libre y voluntaria pero sin la obligación de que el implicado se presente con su defensor y ello contraría las consideraciones que se hicieron en el trámite legislativo en el sentido que el proyecto pretendía agilizar los procesos de responsabilidad fiscal pero no a costa de los derechos y garantías de las personas investigadas.
3. Los derechos fundamentales emanan de la naturaleza humana considerada en sí misma y por ello son propios de todos los hombres en cualquier tiempo y en cualquier lugar y lo que hace la Constitución es reconocer su protección inmediata. Por ello, quien ejerce el derecho fundamental a designar el apoderado en la versión libre y espontánea en el proceso de responsabilidad fiscal es el implicado y no la ley.

III. INTERVENCIONES

A. Del Ministerio de Justicia y del Derecho.

El Ministerio de Justicia y del Derecho solicita la declaratoria de constitucionalidad de los apartes demandados del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 y lo hace exponiendo los siguientes argumentos:

1. El proceso de responsabilidad fiscal tiene una especial naturaleza jurídica pues es de carácter esencialmente administrativo, no tiene índole sancionatoria ya que su finalidad es estrictamente resarcitoria y en su trámite deben observarse las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso.
2. Si bien en los procesos de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales, ellas deben ser compatibles con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas y por ello no son aplicables las disposiciones que regulan el proceso penal pues éste sí tiene un indudable carácter judicial.
3. El hecho de consagrar la posibilidad de que el inculcado en los procesos por responsabilidad fiscal pueda actuar directamente o a través de apoderado, no le impide ejercer su derecho de defensa y contradicción pues la entidad y la naturaleza de lo que se está debatiendo se lo permiten. Por ello, exigir que en las actuaciones administrativas no se pueda actuar sino a través de abogado, es limitar sin justificación válida la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan.

4. La posibilidad de actuación directa del implicado en los procesos por responsabilidad fiscal y en particular en su exposición libre y espontánea es razonable y proporcionada dada la naturaleza, finalidad y características especiales de la actuación que se surte.

B. De la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República encuentra que la norma demandada no viola el Texto Fundamental y por ello, con apoyo en los siguientes razonamientos, solicita se declare su exequibilidad:

1. El derecho fundamental al debido proceso y su derivado que es el derecho de defensa no se agotan ni se satisfacen con la sola presencia del defensor en una diligencia como la versión libre, mucho más si tal defensor no siempre debe ser abogado inscrito como quiera que se permite el concurso de estudiantes de derecho o de egresados en uso de licencia temporal o licencia provisional.

2. En muchos procesos de responsabilidad fiscal, el sujeto pasivo, aún sin ser abogado, solicita su propia versión, pide pruebas, interviene en su práctica, interpone recursos, dilata y entaba el proceso y, cuando se encuentra en un estado avanzado, solicita la declaratoria de nulidades por desconocimiento de sus derechos procesales.

3. Para definir el debate suscitado debe tenerse en cuenta la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal pues, aunque una tal declaratoria de responsabilidad inhabilita para ejercer cargos públicos o para contratar con el Estado, no es punitivo ni sancionatorio, se asemeja al proceso de responsabilidad civil extracontractual y es sólo resarcitorio ya que lo único que persigue es el resarcimiento de los daños causados al tesoro público. Por ello, el presunto sujeto responsable recibe más el trato de un deudor que el de un sindicado o disciplinado.

C. De la Auditoría General de la República

La Auditoría General de la República estima que la norma demandada no vulnera la Carta Política y por ello le solicita a la Corte se declare su constitucionalidad, petición que apoya en los siguientes razonamientos:

1. Según los artículos 42 y 43 de la Ley 610, el auto de imputación de responsabilidad fiscal no se podrá dictar sin haberse escuchado previamente al presunto implicado en exposición libre y espontánea o sin que se le haya nombrado defensor de oficio en caso de no haber sido localizado o no haber comparecido a la diligencia. Luego, el legislador sólo impone como obligatoria la asistencia del apoderado del presunto implicado cuando éste no hubiese sido localizado o, habiéndolo sido, no haya comparecido.

2. El principio o derecho fundamental al debido proceso se predica tanto de los procedimientos judiciales como de los administrativos pero dadas las características, intereses y derechos fundamentales envueltos en el proceso penal, la misma Constitución establece la obligatoriedad de la defensa y la debida asistencia profesional de un abogado para el procesado. No sucede lo mismo con otros procedimientos.

3. El desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal sin concurso del apoderado del presunto implicado, cuando éste no ha querido designar uno para que lo represente, es una aplicación del derecho que tiene toda persona a acceder a la administración de justicia sin representación de abogado en los casos indicados por la ley y consagrado en el artículo 229 de la Carta.

4. Como desde el punto de vista constitucional y legal no es obligatorio el nombramiento de apoderado en el proceso de responsabilidad fiscal, su ausencia no puede ser causal que invalide o anule la citada actuación ya

que el derecho de defensa y el debido proceso no se centran única y exclusivamente en la presencia de un apoderado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicita la declaratoria de constitucionalidad de los apartes demandados del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 pues encuentra múltiples razones para ello, así:

1. La asistencia judicial forma parte de los derechos de defensa y debido proceso, en el doble sentido, tanto de protección legítima de los intereses del administrado, como de garantía para que las funciones públicas judiciales o administrativas sean cumplidas en debida forma pues la intervención profesional debe propender porque el Estado funcione correctamente en lo atinente a la resolución de conflictos o atención de peticiones.
2. Los procesos de responsabilidad fiscal son actuaciones administrativas a cargo de las contralorías que tienen por finalidad el resarcimiento de los daños causados al patrimonio público mediante conductas dolosas o culposas de los servidores públicos o particulares en ejercicio de funciones de gestión fiscal y, dado su carácter procesal y el sometimiento de personas a dicho trámite con el fin de determinar su responsabilidad, en ellos se deben observar las garantías sustanciales y procesales propias del debido proceso de acuerdo con los matices razonables y proporcionados establecidos por el legislador.
3. El derecho a la defensa es la garantía que tiene el administrado de intervenir en las actuaciones procesales para proteger sus intereses y derechos y uno de sus contenidos es el derecho a la defensa técnica que consiste en el derecho a ser asistido por un abogado nombrado por el interesado. Este derecho tiene grados de imperatividad que dependen del contexto jurídico procesal en que se actúe - puede ser obligatorio o facultativo- y de las calidades profesionales de quien interviene en tal contexto - abogados inscritos, graduados con licencia provisional, no graduados con licencia temporal y estudiantes de consultorio jurídico.
4. En el proceso penal la presencia del abogado para la defensa de los intereses del procesado es obligatoria e irremplazable, dado que está en juego su derecho fundamental a la libertad. En los demás procesos judiciales ordinarios y contencioso administrativos en interés particular, la exigencia general es la intervención mediante apoderado judicial. En otros procesos judiciales, como el de constitucionalidad, y en las acciones de defensa de los derechos humanos, el derecho de acción se ejerce mediante apoderado judicial optativamente pues se busca preservar el derecho de participación política del ciudadano, su acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial.
5. En asuntos administrativos la defensa técnica es principalmente facultativa pues así lo ha establecido el legislador dentro de un marco razonable y proporcionado frente a los mandatos constitucionales. Ello es así porque el interesado, si considera que se le han vulnerado sus derechos, puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a través de apoderado; porque las más de las veces los involucrados conocen la problemática sometida a debate y porque la defensa técnica implica costos que muchas veces el interesado no puede asumir.
6. Entonces, como la defensa técnica no constituye elemento consustancial a las garantías fundamentales del debido proceso y del derecho de defensa, el legislador ha considerado su empleo de manera facultativa por parte de los interesados y así lo ha hecho en el caso de los procesos administrativos especiales de tipo disciplinario y en el caso de los procesos de responsabilidad fiscal.

7. Finalmente, el legislador estableció el derecho de defensa en procesos de responsabilidad fiscal con un carácter mixto pues es facultativo hasta la diligencia de exposición libre y voluntaria o el nombramiento de apoderado de oficio, según el caso, y es obligatorio a partir de ese momento si el investigado no ha comparecido o no ha sido localizado. De allí que lo actuado sin defensa técnica hasta uno cualquiera de tales eventos sea válido y que esa validez no contraría el Texto Fundamental.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1. El problema que ocupa la atención de la Corte se contrae al carácter facultativo de la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal y a la validez de esa diligencia en aquellos casos en que se practica sin que el investigado esté asistido por un apoderado. En tanto que la actora encuentra contrario a la Carta que la presencia del apoderado en tal actuación sea sólo facultativa y que esa diligencia tenga validez aún en ausencia del apoderado, el Procurador General de la Nación y los varios intervinientes no encuentran reparos de constitucionalidad en el carácter facultativo de tal defensa y en la legitimidad de esa actuación.

Para solucionar el problema jurídico suscitado, la Corte referirá:

- La dimensión que asume el derecho procesal en el constitucionalismo;
- el papel que en ella juega el derecho fundamental al debido proceso y la capacidad configuradora del legislativo para regular su ejercicio en las distintas actuaciones;
- las implicaciones de esa nueva dimensión en la regulación legal de los procesos de responsabilidad fiscal y las matizaciones de esa regulación emprendidas por la jurisprudencia constitucional;
- la estructura actual de ese procedimiento y el alcance de la regla de derecho contenida en el enunciado normativo al que corresponden los apartes demandados;
- la manera como en la Constitución Política se ha consagrado el derecho de defensa técnica;
- la inexistencia de referencias expresas del constituyente a las condiciones de ejercicio de ese derecho en el proceso de responsabilidad fiscal;
- la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal;
- la relación entre los fines pretendidos por el legislador y los medios dispuestos para ello en consideración a la medida demandada y
- las facultades reconocidas al investigado para la defensa de sus intereses al interior del proceso.

2. Uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo es el derecho procesal. En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa; era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales y la protección de las garantías que lo integraban sólo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador. Así, no llamaba a interés el hecho de que, en materia de derechos, la sustancia que se tenía entre manos se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos

procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían puntos de contacto con lo que era objeto de controversia.

Pero esa dimensión del derecho procesal ha sido superada pues el constitucionalismo ha rescatado las garantías centenariamente elaboradas como contenidos del derecho procesal para vincularlas inescindiblemente a la realización de las normas sustanciales. Las ha dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden. Las ha redimensionado para darles ahora el carácter de facultades irrenunciables, históricamente consolidadas y positivizadas; esto es, para advertir en ellas derechos fundamentales.

Con ello, ha dotado al proceso de una nueva racionalidad pues ya no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera sino de realizarlas reconociendo esas garantías irrenunciables pues su respeto ineludible también constituye una finalidad del proceso. Así, ha generado una nueva percepción del derecho procesal pues le ha impreso unos fundamentos políticos y constitucionales vinculantes y, al reconocerles a las garantías procesales la naturaleza de derechos fundamentales, ha permitido su aplicación directa e inmediata; ha generado espacios interpretativos que se atienen a lo dispuesto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; ha tornado viable su protección por los jueces de tutela y ha abierto el espacio para que el juez constitucional, en cumplimiento de su labor de defensa de los derechos fundamentales, promueva la estricta observancia de esas garantías, vincule a ella a los poderes públicos y penetre así en ámbitos que antes se asumían como de estricta configuración legal⁴⁰.

3. En ese contexto, el derecho fundamental al debido proceso viene a compendiar todo ese cúmulo de garantías sustanciales y procesales que regulan la actividad jurisdiccional y administrativa orientada a la solución de controversias; garantías enarboladas desde el Estado liberal, consolidadas tras una ardua tensión entre el poder y la libertad, potenciadas por el constitucionalismo y que hoy se orientan a la racionalización del poder estatal en el trámite de los asuntos que se someten a decisión de las autoridades. Por ello, el debido proceso involucra la previa determinación de las reglas de juego que se han de seguir en las actuaciones procesales, garantiza la igualdad ante la ley de quienes se someten a la justicia o a la administración, asegura su imparcialidad y las sustrae de la arbitrariedad.

Ahora bien, es claro que las garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho de defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, pues constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico. Ello es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, impide que algún

⁴⁰ Ya en varios pronunciamientos la Corte ha destacado la importancia que el derecho procesal asume en el constitucionalismo. Así, en la Sentencia C-029-95, M. P. Jorge Arango Mejía, al declarar la exequibilidad del artículo 4° del Código de Procedimiento Civil expuso: *“Las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho”*.

ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella.

No obstante, si bien la racionalidad del Estado constitucional impide concebir un ámbito del ordenamiento jurídico que se sustraiga a la vigencia del derecho fundamental al debido proceso, es claro que las especificaciones de su ejercicio, en todo aquello que no ha sido objeto de expresa previsión por el constituyente, es un espacio reservado a la capacidad configuradora del legislativo. Ésta es la instancia adecuada para determinar las condiciones en que se ha de ejercer ese derecho, atendiendo los propósitos que se siguen en tales actuaciones, la naturaleza propia de cada una de ellas, los derechos cuya materialización se pretende y aquellos que pueden resultar correlativamente afectados.

Es por ello que de la sola consagración del debido proceso como derecho fundamental, no puede derivarse, en manera alguna, una idéntica regulación de sus distintos contenidos para los procesos que se adelantan en las distintas materias jurídicas pues, en todo aquello que no haya sido expresamente previsto por la Carta, debe advertirse un espacio apto para el ejercicio del poder de configuración normativa que el pueblo ejerce a través de sus representantes. De esta manera, debe comprenderse que la distinta regulación del debido proceso a que pueda haber lugar en las diferentes materias jurídicas, siempre que se respeten los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, no es más que el fruto de un proceso deliberativo en el que, si bien se promueve el consenso, también hay lugar para el disenso pues ello es así ante la conciencia que se tiene de que, de cerrarse las puertas a la diferencia, se desvirtuarían los fundamentos de legitimidad de una democracia constitucional.

4. De acuerdo con lo expuesto, es claro que el respeto del debido proceso y el derecho de defensa es una exigencia de civilidad del Estado constitucional, que su efecto vinculante cobija a la justicia y a la administración y que, respetando su núcleo esencial, hay un amplio espacio para el despliegue de la capacidad normativa del legislador.

En ese contexto, se advierte que un proceso como el de responsabilidad fiscal también debía ponerse a tono con esas exigencias implícitas en el constitucionalismo. De allí por qué, tras la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, haya surgido una renovada conciencia en torno a la necesidad de supeditar ese tipo de actuaciones a los contenidos del debido proceso y se haya promulgado una legislación encaminada a desarrollar esos contenidos; se hayan superado, a través de la jurisprudencia constitucional, varias de las tensiones que en el ámbito del debido proceso se advertían en esa legislación y en su reglamentación y se haya expedido una nueva normatividad para ajustar aún más la dinámica de esas actuaciones a las citadas exigencias constitucionales.

En cuanto a lo primero, y ya que la Constitución confió a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación - Artículo 276- y les atribuyó las facultades de determinar la responsabilidad que se derive de su gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias a que hubiere lugar, recaudar los valores implícitos en esas sanciones y si es el caso ejercer la jurisdicción coactiva -Artículo 268,4-; se requería una legislación que regulara el proceso de responsabilidad fiscal. Tal necesidad fue atendida por la Ley 42 de 1993, que organizó el sistema de control fiscal financiero y los organismos que ejercían esa función y que, como parte de ello, reguló el proceso de responsabilidad fiscal. Esta última regulación fue reglamentada luego por el Capítulo V de la Resolución Orgánica N°03466 del 14 de junio de 1994, proferida por el Contralor General de la República.

En cuanto a lo segundo, en el propósito de hacer efectiva la nueva racionalidad que el constitucionalismo impone al derecho procesal, ya sea judicial o administrativo, y de salvaguardar su efecto vinculante aún sobre la ley; la jurisprudencia constitucional, para superar las limitaciones de la normatividad proferida para regular el

proceso de responsabilidad fiscal, generó espacios que facilitarían el ejercicio del derecho fundamental al debido proceso. Por ello, entre otras cosas, inaplicó varias disposiciones de la Resolución Orgánica del Contralor General de la República que reglamentaban el proceso de responsabilidad fiscal y señaló que el derecho de defensa debía reconocerse no solo en la etapa del juicio fiscal sino también en el transcurso de la investigación⁴¹. Igualmente precisó que el auto de apertura de investigación fiscal debía notificarse al presunto responsable pese a la ausencia de disposición que así lo indicara⁴².

Y en cuanto a lo último, nuevamente el legislador se ha manifestado en el ámbito del proceso de responsabilidad fiscal, esta vez para sustraer esa temática de la Ley 42 de 1993 y para regularla íntegramente. Esa nueva normatividad está contenida en la Ley 610 de 2000, de la que hace parte la disposición parcialmente acusada de inexecutable, y se orienta, entre otras cosas, a la superación de las deficiencias que en materia de garantías procesales se advertía en la anterior regulación y, en consecuencia, al cabal reconocimiento del derecho fundamental al debido proceso a quienes son fiscalmente investigados⁴³.

5. La Ley 610 de 1993 establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Ella define el proceso de responsabilidad fiscal, somete ese procedimiento a los principios consagrados en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y en el Código Contencioso Administrativo; define qué se entiende por gestión fiscal, precisa que el objeto de ese proceso es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, indica los elementos de la responsabilidad fiscal y señala qué se entiende por daño patrimonial al Estado y por pérdida, daño o deterioro de bienes.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-620-96. M. P. Antonio Barrera Carbonell. En este pronunciamiento la Corte inaplicó, por ser manifiestamente contrarios a la Carta, los artículos 24 a 35 y 37 a 44 de la Resolución Orgánica No.03466 del 14 de junio de 1994, expedida por el Contralor General de la República, por cuanto la potestad reglamentaria que se le reconoce a tal funcionario no lo autoriza para sustituir al legislador en el establecimiento del procedimiento que debe seguirse para determinar la responsabilidad fiscal de quienes manejan fondos o bienes públicos. Además encontró que se les había vulnerado el debido proceso a los actores porque, de acuerdo con esa resolución, durante la etapa de investigación no se les reconoció el derecho a conocer y a contradecir las pruebas que obraban en su contra, derecho que debía reconocerse a pesar de no existir regulación legal expresa que así lo indicara. Por ello se le ordenó a la entidad demandada anular la actuación a partir de la apertura del juicio fiscal para que con anterioridad a esa decisión se les de a los investigados la oportunidad de ejercer el derecho de defensa. En relación con el derecho de defensa en los procesos de responsabilidad fiscal también pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-417-98, M. P. Fabio Morón Díaz, y T-827-99, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-540-97. M. P. Hernando Herrera Vergara. Mediante este fallo la Corte decidió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 74 y 77 de la Ley 42 de 1993 por no prever la notificación del auto de apertura de investigación fiscal. La Corte se inhibió de pronunciarse en relación con la primera disposición y declaró la exequibilidad de la segunda bajo el entendido de que entre las diligencias de que allí se hablaba se encontraba la notificación de ese auto en aquellos casos en que se haya identificado a los presuntos responsables. De ese modo, la notificación del auto de apertura de investigación fiscal era procedente a pesar de no existir norma expresa que así lo señalara pues existía la posibilidad de realizar una interpretación de la norma acusada que era congruente con la Carta y que permitía la realización del derecho de defensa.

⁴³ En la ponencia para segundo debate al proyecto de ley por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías se manifestó que uno de los aspectos centrales de la reforma estaba determinado por la *“Consagración en forma expresa del sometimiento del proceso de responsabilidad fiscal a los principios que regulan el debido proceso y a los que presiden la actuación de la administración, de manera que, de una parte, se brinden a los presuntos responsables vinculados a las investigaciones y los juicios fiscales todas las garantías para el ejercicio de su derecho a la defensa y, de otra parte, las contralorías obren con celeridad, eficiencia, eficacia, economía e imparcialidad en el trámite de estos procesos, que son los mismos atributos que dichos organismos evalúan respecto de la gestión de las entidades vigiladas”*. Gaceta del Congreso. Año VII. No.299. Bogotá, D.C., 26 de noviembre de 1998. p. 8.

Por otra parte, indica que el proceso se inicia de oficio, por denuncia o queja y que él comprende la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal. Hay lugar a la indagación preliminar si no existe certeza sobre los motivos que permiten la apertura del proceso de responsabilidad fiscal y tiene por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta, la afectación del patrimonio estatal, la entidad afectada e identificar a los servidores públicos o particulares presuntamente responsables. La indagación culmina con el archivo de las diligencias o con la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

La apertura del proceso de responsabilidad fiscal es un auto de trámite que se profiere cuando se haya acreditado el daño patrimonial al Estado y se cuente con pruebas serias sobre los autores del mismo. Es una providencia que inicia el proceso de responsabilidad fiscal, que debe fundamentarse fáctica y jurídicamente, en la que se decretan pruebas y medidas cautelares, si hay lugar a ellas, y que debe notificarse a los presuntos responsables, en caso de que hayan sido identificados, para que ejerzan los derechos de defensa y contradicción. Vencido el término probatorio o su prórroga, el investigador fiscal decide si archiva el proceso o si profiere auto de imputación de responsabilidad fiscal.

Hay lugar al auto de imputación de responsabilidad fiscal si está demostrado el daño al patrimonio del Estado y si existe prueba que comprometa la responsabilidad de los implicados y debe notificarse a éstos o a sus apoderados. Luego sigue un término de 10 días para presentar argumentos de defensa, solicitar y aportar pruebas. Practicadas tales pruebas, el funcionario profiere fallo con o sin responsabilidad fiscal. El fallo es notificable y recurrible en los términos del Código Contencioso Administrativo e impugnante ante es jurisdicción.

6. Pues bien. Ese es el contexto en el cual debe ubicarse el artículo 42 parcialmente demandado y según el cual, quien tenga conocimiento de la existencia de una indagación preliminar o de un proceso de responsabilidad fiscal, puede solicitar, antes de que se profiera auto de imputación de responsabilidad, que se le reciba exposición libre y espontánea para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado. No obstante, el auto de imputación de responsabilidad fiscal no podrá dictarse si el presunto responsable no ha sido escuchado o si no está representado por un apoderado de oficio, si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

De esa disposición se infiere lo siguiente:

- La diligencia de exposición libre y espontánea puede solicitarse durante la indagación preliminar, que es una etapa preprocesal encaminada a establecer si hay lugar al ejercicio de la acción fiscal, o en el proceso de responsabilidad fiscal, pero, en éste caso, antes de que se profiera auto de imputación de responsabilidad.
- El investigado puede designar un abogado que lo asista en la diligencia de exposición libre y espontánea. Ello implica que el ejercicio de la defensa técnica en esa diligencia es facultativa pues el investigado puede elegir si designa o no un apoderado para que lo asista pero en caso de no hacerlo el investigador no está obligado a designarle un apoderado de oficio. Adviértase que la ley no excluye al apoderado del investigado de ese acto sino que la concurrencia de tal profesional queda supeditada a la decisión del procesado.
- Como la designación de apoderado no es obligatoria, su ausencia no conlleva la invalidación de lo actuado. Esto es, el ejercicio de la defensa técnica, como contenido del derecho a la defensa, no es un presupuesto de validez de la versión libre y espontánea. Para tal efecto, resulta intrascendente que el procesado haya decidido hacer uso o no de la facultad que tiene de designar un apoderado que lo asista en esa diligencia.

- Finalmente, el auto de imputación de responsabilidad fiscal no puede proferirse si al investigado no se le ha escuchado en exposición libre y espontánea o si, en caso de no haber comparecido o de no haber sido localizado, no se le ha designado apoderado de oficio. De esto se infiere, por una parte, que la diligencia de exposición libre y voluntaria, ya sea previa al proceso o dentro de él, es ineludible pues condiciona la validez del auto de imputación de responsabilidad fiscal. Por otra parte, la designación de apoderado de oficio para que asista al investigado es obligatoria en dos hipótesis: Cuando el investigado ha sido efectivamente citado y a pesar de ello no ha comparecido y cuando su localización no ha sido posible, exigencia que se explica por la imposibilidad en que se halla de ejercer el derecho de defensa material.

En ese marco, la Corte debe determinar si resultan o no contrarios al Texto Fundamental los dos puntos del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 abordados por la actora: De un lado, el carácter facultativo de la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal. Y de otro, la validez de esa diligencia en aquellos casos en que se practica sin que el investigado esté asistido por un apoderado.

7. El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental al debido proceso. En el inciso primero establece una cláusula general que extiende la cobertura de ese derecho a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y en virtud de ella ningún ámbito de solución de controversias y de aplicación del derecho sustancial está sustraído de la obligación de observar estrictamente ese derecho fundamental. Y en los incisos dos a cinco consagra una serie de principios que desarrollan el derecho fundamental al debido proceso entre los que se encuentran los principios de legalidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho a la defensa técnica, a un proceso sin dilaciones injustificadas, a aportar y contradecir pruebas, a la impugnación de la sentencia condenatoria, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y a la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

A diferencia del alcance ilimitado de la cláusula general contenida en el inciso primero, el constituyente circunscribió el alcance de algunos de los principios que integran el debido proceso. Lo hizo, por ejemplo, en el inciso segundo al referir expresamente que lo allí indicado rige en materia penal. Lo expuesto es relevante porque entre los contenidos del derecho al debido proceso cuya cobertura ha sido circunscrita a la materia penal se encuentra precisamente el derecho a la defensa técnica, esto es, aquella que se dinamiza con el concurso de un apoderado que concurre al proceso para defender los intereses del investigado. Así, el artículo 29 del Texto Fundamental, después de consagrar para la materia penal el principio de favorabilidad, aborda varios principios y, tras la alusión al principio de presunción de inocencia, afirma que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él durante la investigación y el juzgamiento”. Nótese cómo la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento se presta al sindicado, esto es, al sujeto pasivo de la acción penal. De igual manera, al indicar que esa asistencia debe prestarse durante la investigación y el juzgamiento, el constituyente tiene en cuenta la estructura básica del proceso penal mixto con tendencia acusatoria por él consagrado. También se advierte que la referencia constitucional al derecho de defensa técnica le imprime a la defensa el carácter de una pretensión contraria a la acusación, pretensiones éstas promovidas por partes opuestas y sujetas a la decisión de un juez superior e imparcial.

De lo dicho se infiere que la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y ello es comprensible pues la responsabilidad penal involucra la afectación directa de derechos fundamentales - piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento -, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también por qué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido

configuradas directamente por el constituyente pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano.

De lo expuesto se deduce, entonces, que la exigencia constitucional de defensa técnica ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y no se ha extendido a otro tipo de procesos como es el caso del proceso de responsabilidad fiscal. De allí que la sola invocación de la referencia constitucional al derecho a la defensa técnica contenida en el artículo 29 de la Carta no baste para acreditar la inexecutable de una norma que le ha asignado carácter facultativo al derecho a la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en el proceso de responsabilidad fiscal.

De acuerdo con ello, el cuestionamiento que hace el actor al carácter facultativo que la norma demandada le imprime al derecho a la defensa técnica durante esa diligencia y a su consecuente validez cuando se cumple sin apoderado, es infundado pues del hecho de que en el proceso penal tal presencia no sea facultativa sino obligatoria no se sigue necesariamente que así habrá de ser también en el proceso de responsabilidad fiscal. Tan disímil es la naturaleza de la responsabilidad penal, que el constituyente ha sustraído de la competencia del legislador la regulación del derecho de defensa técnica para imprimirle directamente una obligatoriedad que no podrá ser desconocida por éste. Por el contrario, ninguna alusión expresa ha hecho en torno al ejercicio del derecho de defensa técnica en los procesos de responsabilidad fiscal y de allí por qué ese es un ámbito en el que el legislativo puede ejercer legítimamente su capacidad de configuración normativa.

8. Por otra parte, si se hace un examen de la regulación que el constituyente hace de la Contraloría General de la República como organismo al que le incumbe la función de control fiscal, tampoco se encuentra que la exigencia de defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en el proceso de responsabilidad fiscal tenga fundamento constitucional. En efecto, el artículo 267 inciso segundo indica que el control fiscal que le corresponde a la Contraloría General de la República “se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley” y el artículo 268.8 señala como atribución del Contralor General de la República la de “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”.

Nótese cómo, a diferencia del proceso penal, el proceso de responsabilidad fiscal no ha sido detenidamente regulado por el constituyente. Se hacen referencias generales en torno a él cuando se desarrolla el control fiscal como función pública correspondiente a la Contraloría General de la República pero de ellas no se infiere que en la exposición libre y espontánea sea necesario, como presupuesto de validez, que el investigado esté asistido por un abogado. Es más, se le defiere a la ley la determinación de los procedimientos, sistemas y principios aplicables en ese ámbito. De esta forma, cuando se trata de un proceso de responsabilidad fiscal, el derecho a la defensa también debe ser reconocido pero, ante el silencio del constituyente, sus distintos contenidos, y entre ellos el derecho a la defensa técnica, deben ser regulados por el legislador.

Luego, tampoco del régimen constitucional del control fiscal como función pública a cargo de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales, se deduce la inexecutable planteada por la demandante.

9. De otro lado, según el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado. Como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación, se trata de un proceso de naturaleza administrativa pues recae sobre la responsabilidad de servidores públicos o de particulares vinculados a la gestión fiscal y su conocimiento le corresponde a autoridades administrativas; la responsabilidad que en él se

declara es esencialmente administrativa y patrimonial ya que juzga el incumplimiento de deberes funcionales y conmina a la reparación del daño causado al Estado y no tiene un carácter sancionatorio ni penal ni administrativo sino estrictamente resarcitorio⁴⁴.

Como puede advertirse, el proceso de responsabilidad fiscal no tiene una naturaleza jurisdiccional sino administrativa. Esto es, el investigado en estricto sentido no es juzgado, no es sometido al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado sino a la función administrativa. Sólo cuando la actuación de ésta ha culminado, puede optar por cuestionar ante la justicia contencioso administrativa la legalidad del procedimiento a que fue sometido y de la decisión proferida⁴⁵. Esto implica que los servidores públicos o los particulares que cumplen gestión fiscal cuentan con dos escenarios posibles para plantear sus pretensiones y que ante cada

⁴⁴ En la Sentencia SU-620-96, en la que se unificó la jurisprudencia en relación con las implicaciones del derecho de defensa en el proceso de responsabilidad fiscal, se analizó la naturaleza de esa actuación y se dijo: “1. *El proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo su naturaleza jurídica y los objetivos que persigue, presenta las siguientes características: a) 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 a 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. b) 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, el patrimonio estatal. Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque 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 compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.). c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, 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, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, 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-046/94”.*

⁴⁵ Mediante Sentencia C-557 de 2001, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinoza, esta Corporación declaró la exequibilidad de la expresión “solamente” contenida en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 y relacionada con la impugnación, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, del acto con el cual termina el proceso de responsabilidad fiscal. En ese pronunciamiento se precisó, no obstante, que los actos de trámite si son impugnables ante esa jurisdicción siempre que se demande el acto que le puso fin al proceso.

uno de ellos son titulares de unos derechos que, aunque con las matizaciones de cada caso, no pueden ser desconocidos.

De ello se sigue que en el proceso de responsabilidad fiscal los contenidos del debido proceso, y, para lo que aquí interesa, del derecho de defensa, no pueden ser necesariamente los mismos que en otro tipo de procesos pues debe existir una relación de equilibrio entre la naturaleza de la responsabilidad que se debate y del escenario en que se discute y los mecanismos defensivos reconocidos a los presuntamente responsables. De allí por qué se muestre infundado concebir para el derecho de defensa que se ejerce en las actuaciones administrativas, el mismo contenido de aquél de que se es titular en las actuaciones judiciales.

Precisamente en atención a esa especificidad del proceso de responsabilidad fiscal, esta Corporación, en la Sentencia SU.620-96, si bien se vio forzada a matizar el anterior régimen legal del proceso de responsabilidad fiscal para atemperarlo de tal manera que en él se realizara el derecho de defensa, también infirió el condicionamiento del ejercicio de ese derecho a las circunstancias propias del proceso fiscal:

“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 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”.

Como puede advertirse, ya en este pronunciamiento la Corte indicó que si bien en el proceso de responsabilidad fiscal deben observarse las reglas procesales y sustanciales que informan el debido proceso, ello debía hacerse teniendo en cuenta la naturaleza propia de las actuaciones administrativas. Esto es claro pues si bien los fundamentos de todos los procedimientos remiten al cumplimiento del debido proceso como derecho fundamental, no debe desconocerse que la dinámica de cada uno de esos procedimientos exige matizaciones diferentes de las garantías contenidas en ese derecho, en consonancia con la naturaleza de la imputación que en cada caso se formula y de los intereses que se hallan en juego. Por ello, en los eventos en que el constituyente ha guardado silencio sobre el carácter obligatorio o facultativo del derecho de defensa técnica, la especificación de los términos en que debe ser reconocido le corresponde al legislador pues éste se encuentra legitimado para precisar tales circunstancias.

10. Ahora bien. El proceso de responsabilidad fiscal tiene por objeto determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta causen daño al patrimonio del Estado. Ese propósito está directamente relacionado con un fin querido por el constituyente cual es el control fiscal que como función pública asignó a organismos especializados. Además, se trata de un proceso que debe sujetarse a los principios que integran el debido proceso, Artículo 29 de la Carta, y a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que, según el Artículo 209, orientan la función administrativa. En ese marco, es claro que el proceso de responsabilidad fiscal debe adelantarse reconociendo los contenidos del debido proceso pero atemperándolos a la naturaleza administrativa y resarcitoria que le caracteriza y a los principios administrativos que lo orientan.

De esa naturaleza y de esos principios se infiere que la responsabilidad que se discute es patrimonial mas no sancionatoria pues lo que se pretende es la reparación del daño causado al patrimonio del Estado y no derivar responsabilidades judiciales por faltas cometidas. Si así fuera, el legislador se encontraría en el deber de establecer mecanismos que permitan un mayor ejercicio de las garantías que integran el debido proceso pues

las graves implicaciones de una actuación que conlleve responsabilidad judicial exigirían equilibrar la relación procesal para que el investigado no esté en desventaja frente a quien lo investiga. No obstante, como esa no es la situación que se presenta en el proceso de responsabilidad fiscal, la atribución de una naturaleza facultativa al derecho a la defensa técnica en la exposición libre y espontánea no rompe el equilibrio procesal ni coloca al investigado en situación de desventaja frente a la administración.

Por otra parte, la responsabilidad que se debate en los procesos fiscales remite a manejos técnicos que son muy conocidos por el servidor público o el particular que ha desempeñado gestión fiscal pues ese conocimiento está ligado a las calidades requeridas para el acceso a la función pública relacionada con la gestión de bienes estatales. De allí que ese conocimiento privilegiado le permita entender la imputación de que es objeto y controvertirla para oponer sus razones a las del investigador con miras a una decisión favorable a sus intereses. Y es claro que ante tal panorama la asistencia de un apoderado en esa diligencia no se muestra como un mecanismo imprescindible para la realización del derecho de defensa.

Esas razones le permiten a la Corte advertir que el legislador no vulneró los artículos 2, 29 y 209 de la Carta al reconocerle al investigado la facultad de designar o no un apoderado que lo asista en la diligencia de exposición libre y espontánea pues el carácter facultativo y no obligatorio de la defensa técnica en ese acto es compatible con los fines estatales, con las garantías procesales y sustanciales que integran el debido proceso y con los principios de la administración pública.

No obstante, se impone aclarar que del hecho de que la defensa técnica tenga carácter facultativo en la diligencia de exposición libre y espontánea no se sigue que ese carácter se mantenga a todo lo largo del proceso. Ello es así por cuanto en la estructura del proceso de responsabilidad fiscal existe un momento fundamental que impone la necesidad de acentuar las garantías con que cuenta el investigado para que ellas resulten proporcionales a las afecciones generadas por el compromiso de su responsabilidad. Ese momento está determinado por la emisión del auto de imputación de responsabilidad, decisión que parte de un principio de prueba que compromete al investigado y que genera la expectativa de un fallo condenatorio que puede ser altamente afectivo de sus intereses no solo patrimoniales sino también personales.

La existencia de un acto administrativo fundado en el que al investigado se le imputa responsabilidad fiscal impone que la defensa pierda el carácter facultativo que le asistía hasta ese momento y que a partir de él se torne obligatoria pues de lo contrario sería evidente la desproporción existente entre la situación jurídica generada para el investigado por la imputación formulada en su contra y las oportunidades procesales concebidas para que de una manera legítima y eficaz se oponga a esa imputación y al eventual fallo condenatorio que pueda llegar a proferirse.

De allí por qué sea necesario que a partir del auto de imputación el investigado esté asistido por un defensor pues no puede perderse de vista la complejidad que asume el proceso de responsabilidad fiscal a partir de ese momento y la consecuente necesidad de se realice el derecho a la defensa técnica como el grado más elevado del derecho a la defensa. Tal es el verdadero alcance del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 pues de lo contrario carecería de sentido la regla de derecho consagrada en su inciso segundo.

11. Por otra parte, en el proceso de responsabilidad fiscal el derecho de defensa resulta suficientemente desarrollado de tal manera que aún prescindiendo de la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea, el investigado cuenta con la oportunidad suficiente de defenderse de la imputación que puede llegar a formularse en su contra.

Ello es así por cuanto, al examen de la regulación legal del proceso de responsabilidad fiscal, se advierte que, aparte del carácter obligatorio de la defensa técnica tras el auto de imputación, se han configurado múltiples espacios para que, bien en la etapa de indagación preliminar o bien en el proceso, el investigado pueda ser

escuchado, vinculado a la práctica probatoria y a oído sobre la evaluación de las pruebas allegadas. Igualmente, se han propiciado espacios para que las decisiones proferidas puedan ser impugnadas dentro del proceso o incluso fuera de él. Entre esas oportunidades, la Corte destaca las siguientes:

- No obstante la reserva de la actuación, el investigado tiene derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos (Artículo 20).
- Luego de haber rendido exposición libre y espontánea, tiene derecho a pedir pruebas o a aportarlas; a exigir la motivación del auto que las niegue; a ser notificado de tal decisión y a interponer contra ella los recursos de reposición y apelación (Artículo 24).
- Tiene derecho a que se tengan como inexistentes las pruebas practicadas sin las formalidades sustanciales o con violación de derechos fundamentales (Artículo 30).
- Tiene derecho a controvertir las pruebas a partir de la exposición libre y espontánea o de la notificación del auto de apertura del proceso (Artículo 32).
- Tiene derecho a que, hasta antes del fallo, se declare la nulidad de lo actuado, entre otros motivos, por la violación del derecho de defensa (Artículo 36) y a recurrir el auto que decida la petición de nulidad (Artículo 38).
- Tiene derecho a que se le notifique la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (Artículos 40 y 41).
- Tiene derecho a que se le escuche en exposición libre y espontánea y a que, en caso de no haber comparecido o de no haber sido localizado, se le designe apoderado de oficio (Artículo 42).
- Tiene derecho a que se le notifique el auto de imputación de responsabilidad fiscal y si tal notificación no es posible y no está asistido por apoderado, a que se le designe un apoderado de oficio (Artículo 49).
- Durante el término de traslado tiene derecho a exponer argumentos defensivos y a solicitar y presentar pruebas (Artículo 50).
- Tiene derecho a que se le notifique y a recurrir la decisión que rechace las pruebas solicitadas (Artículo 51).
- Tiene derecho a que se le notifique el fallo y a interponer contra él los recursos de reposición y apelación (Artículo 55).

Como puede advertirse, entonces, el régimen legal vigente del proceso de responsabilidad fiscal prevé amplios espacios para el ejercicio del derecho de defensa. Esos derechos existen a lo largo de todo el proceso, incluso desde la etapa de indagación preliminar y tras la ejecutoria del fallo con declaratoria de responsabilidad fiscal. Todas esas oportunidades permiten que el investigado se oponga a la pretensión que alienta la entidad de control fiscal y que lo haga bien directamente o a través de apoderado. Ese cúmulo de oportunidades hacen que todo el peso de la defensa no recaiga necesariamente en la presencia del apoderado en la diligencia de exposición libre y espontánea. O, lo que es lo mismo, que en el proceso de responsabilidad fiscal, el derecho de defensa no se agote en la presencia del apoderado en la referida diligencia pues por fuera

de esa oportunidad existen muchos espacios para el ejercicio de una serie de facultades que concretizan suficientemente el derecho de defensa⁴⁶.

Como se recuerda, la anterior legislación configuraba espacios más estrechos para el ejercicio del derecho de defensa en el proceso de responsabilidad fiscal. Ello era así al punto de que la indagación preliminar no contemplaba la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y que la investigación fiscal si bien expresamente no permitía el ejercicio de ese derecho, tal ejercicio era posible, de acuerdo con lo definido por esta Corporación, sólo a las puertas de lo que se conocía como juicio fiscal, esto es, luego de vencido el término de investigación o la prórroga dispuesta por el funcionario correspondiente.

La legislación vigente, por el contrario, configura unos espacios mucho más amplios para el ejercicio del derecho de defensa. Adviértase que el preliminarmente investigado tiene derecho a conocer de la actuación, a solicitar se le reciba exposición libre y espontánea y a controvertir la prueba. Y es claro que ese ejercicio de la capacidad de configuración normativa no merece reparos pues es el legislador el que, teniendo en cuenta la naturaleza de los distintos procedimientos y los distintos fines que en ellos se persiguen, se halla legitimado para hacerlo.

12. De lo expuesto se infiere que el carácter facultativo de la defensa técnica durante la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en el proceso de responsabilidad fiscal y que la validez de esa diligencia a pesar de no haber estado el investigado asistido por un apoderado no vulneran el Texto

⁴⁶ En la Sentencia SU-620-96 se hicieron detenidas consideraciones sobre el derecho de defensa. No obstante, en manera alguna se circunscribió el ejercicio de ese derecho a la defensa técnica ni mucho menos se dijo que tal derecho fundamental se agotaba en ella. Obsérvese: “a) *El derecho de defensa en los procesos por responsabilidad fiscal, en los cuales la administración, a través de las contralorías, declara que una persona debe cargar con las consecuencias de su gestión fiscal y reparar el perjuicio sufrido por una entidad estatal, constituye un presupuesto indispensable para su regularidad, eficacia y validez. Por lo tanto, debe gobernar y garantizarse en cada una de las etapas del proceso, es decir, tanto en la investigación como en el juicio fiscal, más aún cuando la Constitución (art. 29) advierte perentoriamente que se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas.* b) *La defensa en el referido proceso requiere ser unitaria, continua y permanente, dada la íntima relación causal que existe entre la investigación y el juicio fiscal. En efecto, en la investigación se va a establecer la certeza de los hechos investigados, la incidencia de estos en la gestión fiscal y a qué personas en concreto se les puede imputar la responsabilidad por las irregularidades cometidas en dicha gestión; cuando se inicia el juicio, es porque existe evidencia en relación con las situaciones mencionadas y porque se pone en tela de juicio la presunción de inocencia del imputado o investigado. En tales condiciones, a éste se le debe dar la oportunidad, no sólo en la etapa del juicio, sino en la investigación - luego de agotada la actuación unilateral de la administración- de ser oído en relación con hechos investigados, de solicitar y aportar pruebas e intervenir en su práctica...c) Razones de eficiencia y eficacia justifican, además, la garantía del derecho de defensa en las dos etapas del proceso fiscal, porque la vinculación de los imputados al proceso fiscal durante la investigación, mediante la oportunidad que se les brinda de suministrar su versión de los hechos y de la conducta observada en desarrollo de la gestión fiscal y de solicitar y aportar pruebas e intervenir en su práctica contribuye a la certeza y solidez de la evidencia recogida y puede determinar que no sea necesaria la tramitación del juicio fiscal, con lo cual se logra una economía procesal, en todo sentido, en trámites y en tiempo. Se combina de este modo la eficiencia y la eficacia de la actuación procesal, sin desconocer el derecho de defensa. La eficiencia y la eficacia de la administración no exige que en todos los procesos se adelante necesariamente el juicio fiscal para determinar si existe o no la responsabilidad de los imputados, sino que ésta se pueda definir lo más pronto posible. Por tanto, lo más útil y conveniente para el servicio administrativo e igualmente para los imputados o investigados que ven comprometida su responsabilidad patrimonial y el goce de sus derechos fundamentales es que ello se haga dentro de la investigación, pues tanto la administración como los imputados o investigados en un proceso de responsabilidad fiscal tienen un interés cierto en que la verdad se establezca y se de a conocer dentro del menor tiempo posible*”⁴⁶.

Fundamental pues tales situaciones resultan compatibles con la manera como la Constitución Política ha consagrado el derecho de defensa técnica; con la inexistencia de referencias expresas del constituyente a las condiciones de ejercicio del derecho de defensa técnica en el proceso de responsabilidad fiscal; con la consecuente remisión de ese punto a la capacidad de configuración normativa del legislativo; con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal; con la relación que se advierte entre los fines pretendidos por el legislador y los medios dispuestos para ello y con el espacio que para el ejercicio de ese derecho suministra el régimen legal del proceso de responsabilidad fiscal. Por tales motivos, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 42 de la Ley 610 de 2000.

DECISION

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, en lo demandado, el artículo 42 de la Ley 610 de 2000.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

Sentencia C-131/03

Referencia: expediente D-4211

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

ACTORA: Ana Lucia Padrón Carvajal

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil tres (2003).

La sala plena de la corte constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos de trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad la ciudadana ana lucia padrón carvajal demandó el artículo 19 de la ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la corte constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

el texto de la disposición demandada es el siguiente:

Ley 610 de 2000
(agosto 15)

por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

el congreso de colombia

decreta:

(...)

“artículo 19. Muerte del implicado y emplazamiento a herederos. en el evento en que sobrevenga la muerte del presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, se citarán y emplazarán a sus herederos con quienes se seguirá el trámite del proceso y quienes responderán hasta concurrencia con su participación en la sucesión.”

III. LA DEMANDA

La demandante solicita a la corte constitucional declarar la inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley 610 de 2000, por ser violatorio de los artículos 29, 83, 229 y 268 numeral 5º de la constitución política.

Estima la demandante que la disposición acusada viola el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 c.p.), por no existir fundamento constitucional ni legal que legitime vincular a los herederos al proceso de responsabilidad fiscal una vez ha fallecido la persona contra la cual se adelanta un proceso de responsabilidad fiscal.

Para fundamentar la vulneración del artículo 229 de la constitución la demandante se apoya en la sentencia de esta corporación c-540 de 1997, en la cual se sostiene que el desconocimiento del derecho al debido proceso comporta igualmente una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia.

El artículo demandando, a juicio de la actora, extralimita la atribución prevista en el artículo 268, numeral 5, de la constitución. esta atribuye al contralor general de la república establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal de los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren fondos públicos, pero no de los herederos de éstos. los efectos de una conducta dolosa o culposa, aún no demostrada, no son transmisibles a los herederos, como tampoco lo es la condición de gestor fiscal que es un requisito de procedibilidad en los procesos de responsabilidad fiscal.

IV. INTERVENCIONES

1. Contraloría general de la nación

Milton alberto villota ocaña, en representación de la contraloría general de la república, estima que la norma acusada vulnera “los preceptos constitucionales del debido proceso, de la naturaleza de la acción fiscal y de la responsabilidad que puede predicarse de los servidores públicos y de los particulares, por lo cual debe ser excluida del orden jurídico”.

La responsabilidad fiscal tiene su fundamento en el numeral 5º del artículo 268 de la constitución que faculta al contralor general de la república para establecer la responsabilidad fiscal y sancionar patrimonialmente al servidor público o al particular que maneja o administra fondos públicos. los sujetos pasivos del proceso de responsabilidad fiscal son exclusivamente los particulares o los servidores públicos que desarrollen gestión fiscal, sin que la fuente de tal responsabilidad sea trasmisible a sus herederos.

La norma no sólo persigue un interés patrimonial consistente en el resarcimiento con base en la masa herencial, sino que desde el punto de vista fiscal, “implica que los herederos se hagan parte en el proceso de responsabilidad fiscal, al cual resultan ser ajenos, y que puedan ser declarados responsables fiscalmente a fin de iniciar la respectiva acción resarcitoria en su contra, desconociendo de esta forma la esencia y naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal...”. finalmente, advierte que este proceso es de naturaleza administrativa, siendo improcedente llamar a los herederos a responder por una actuación de la cual no tuvieron el menor conocimiento.

2. Auditoria general de la nación

Doris pinzón amado, en representación de la auditoria general de la nación, en extenso memorial, solicita a la corte declarar la exequibilidad del artículo 19 de la ley 610 de 2000. basa su petición en las siguientes argumentos:

Considera que la norma acusada se ajusta a la constitución, dado que la naturaleza de la acción de responsabilidad fiscal es resarcitoria y patrimonial y no sancionatoria. en efecto, su objeto no es “castigar a quien ha incurrido en el comportamiento que ha dado lugar a la afectación del patrimonio público, sino garantizarle al estado la recuperación del valor de las pérdidas, mermas o deterioros ocasionados por la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones fiscales ...”.

Además, siempre que se establece una responsabilidad fiscal a cargo de un gestor fiscal, tal decisión tiene incidencia en su patrimonio, estando garantizada su satisfacción por los bienes que lo conforman. “la naturaleza patrimonial atribuida a la responsabilidad fiscal permite afirmar que el deceso del responsable (...) no puede ser

causa para dar por extinguida la obligación, toda vez que como ya se indicó, su satisfacción se encuentra garantizada con los bienes que conforman el patrimonio del responsabilizado, a los cuales se integra como parte de los pasivos que se deben atender con la masa herencial.”

Finalmente, la reglas que se aplican en materia civil son las mismas en materia de responsabilidad fiscal en cuanto a que producido el deceso del causante, es admisible la sucesión procesal dentro de las actuaciones en curso mediante la vinculación de los herederos o quienes representen la masa sucesoral. con la ley 610 de 2000 el legislador ha querido que “los daños ocasionados al erario como consecuencia de una actuación negligente se satisfagan con los bienes del responsable, aun cuando éste haya fallecido y sin que ello conlleve desconocimiento de los derechos de los herederos del causante”.

3. Academia colombiana de jurisprudencia

Ernesto gamboa morales, en representación de la academia colombiana de jurisprudencia, entidad a la que se comunicó la iniciación del presente proceso, conceptúa a favor de la exequibilidad de la norma demandada. considera que dicho precepto es constitucional por las siguientes razones:

La responsabilidad fiscal tiene una naturaleza resarcitoria y no una penal o penal-administrativa. si la acción de responsabilidad tuviera este último perfil, “sería indiscutible su extinción con la muerte del presunto responsable, sin que fuera predicable ningún tipo de transmisión a los herederos del imputado”.

Dado el carácter resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal, “es indudable que la eventual condena pecuniaria a cargo del imputado sería trasmisible a sus herederos como simple corolario del fenómeno de la transmisión de obligaciones a título universal (*universitas defuncti*), construcción jurídica romana que ha conservado su plenitud en el derecho occidental moderno y en la cual cada heredero participa en proporción a su cuota hereditaria (artículo 411 del código civil).”

La muerte del implicado en el proceso de responsabilidad fiscal y el emplazamiento a sus herederos tiene el simple carácter de sucesión procesal, institución válidamente reconocida por las normas procesales de nuestro país.

El carácter simplemente resarcitorio del proceso de responsabilidad fiscal “despoja al proceso fiscal del ámbito de la responsabilidad personal intransmisible a los herederos y lo coloca como una obligación eventual a cargo del causante, frente a la cual sus herederos, como responsables universales del causante, pueden ser obligados a través de la respectiva sentencia, previa su citación y audiencia.”

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El procurador general de la nación, en concepto del treinta (30) de septiembre de dos mil dos (2002), solicita a la corte declarar la exequibilidad del artículo 19 de la ley 610 de 2000, por los cargos analizados, “en el entendido que los herederos del presunto responsable se le garanticen sus derechos constitucionales en igualdad de condiciones que a aquél.”

El jefe del ministerio público señala que la responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa, subjetiva, patrimonial, sin carácter sancionatorio pues su finalidad es resarcitoria, por cuanto busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial que sufrió el estado por la acción u omisión atribuible a una persona que cumple la gestión fiscal. en el respectivo proceso deben demostrarse los elementos de la

responsabilidad fiscal –conducta dolosa o culposa del gestor fiscal, daño patrimonial y nexo de causalidad entre los dos elementos– dentro del pleno respeto y garantía de los derechos fundamentales del investigado, entre otros el debido proceso.

Por otra parte, advierte que la responsabilidad fiscal, siendo de carácter resarcitorio, “es transmisible por causa de muerte, y los herederos que se vincularen al proceso con tal fin, deben gozar de las garantías que el presunto responsable fallecido”, porque de lo contrario se contraviene la constitución. según la norma acusada, la responsabilidad de los herederos se limita al monto de su participación en la sucesión, por lo que el patrimonio individual o personal del heredero no resulta afectado, sino los bienes que eran del causante investigado. en todo caso, las causales de cesación de la acción fiscal pueden ser invocadas por el presunto implicado o en caso de su deceso por sus herederos. propugna así por una interpretación sistemática de la norma acusada con las demás normas que regulan el proceso de la responsabilidad fiscal, con prevalencia de la garantía constitucional el debido proceso, teniendo los herederos intervinientes las mismas prerrogativas que el presunto responsable.

El concepto fiscal “la preceptiva demandada no transgrede el derecho fundamental del debido proceso, siempre y cuando los herederos vinculados al proceso de responsabilidad fiscal tengan los mismos derechos del sujeto pasivo de la acción fiscal, en cuya representación intervienen, ya que de lo contrario la norma estaría estableciendo un trato discriminatorio que no resulta razonable, ni justificado, frente a las otras partes que actúan o intervienen en el mismo proceso.” solicita, en consecuencia, que se condicione la exequibilidad relativa de la norma acusada a que a los herederos del presunto responsable fiscal se les garantice sus derechos constitucionales en igualdad de condiciones a aquél.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241–4 de la constitución política, la corte es competente para conocer de la presente demanda.

2. Problema jurídico

Dos son los cargos que se presentan en contra del artículo 19 de la ley 610 de 2.000. el primero hace relación a la calidad que se le transmite a los herederos; la demandante y el representante de la contraloría general de la república señalan que el gestor fiscal es el único sujeto pasivo contra el cual puede dirigirse el proceso, y que la calidad de tal no se transmite a los herederos. el segundo de los cargos señala que con este procedimiento se violan los derechos a la defensa y al debido proceso de los herederos por cuanto se les vincula a un proceso del cual son ajenos.

El problema jurídico que se plantea en la demanda consiste entonces en lo siguiente: ¿vulnera la constitución, particularmente los derechos constitucionales de los herederos, la norma legal que ordena citarlos y emplazarlos para seguir con ellos el trámite del proceso de responsabilidad fiscal y para que respondan hasta concurrencia de su participación en la sucesión, en el evento de la muerte del gestor fiscal antes de proferirse fallo en su contra debidamente ejecutoriado?

Para efectos de resolver el anterior problema la corte se referirá inicialmente a la naturaleza resarcitoria del proceso de responsabilidad fiscal; luego entrará a precisar en qué calidad se vincula a los herederos al

proceso de responsabilidad fiscal que se seguía al *de cujus*; y, finalmente analizará si la norma acusada viola los derechos fundamentales de los herederos u otras normas constitucionales.

3. Naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

En sucesivos pronunciamientos la corte constitucional ha reiterado el criterio según el cual la responsabilidad fiscal “no tiene un carácter sancionatorio ni penal”. al respecto ha sostenido la corte 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.”⁴⁷

Como lo ha advertido la corte, dicho proceso de responsabilidad fiscal es de carácter administrativo, se rige por las normas de la ley 610 de 2000 y, en los asuntos no previstos por ella, remite, en su orden, a las disposiciones del código contencioso administrativo, al código de procedimiento civil y al código de procedimiento penal, “en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal” (artículo 66 de la ley 610 de 2000).

Sobre la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal ha sostenido esta corporación:

“El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa;⁴⁸ de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa.”⁴⁹

Más recientemente, la corte ha resumido la doctrina constitucional sobre la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, subrayando el carácter no penal o disciplinario del mismo:

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencias SU-620 de 1996 y C-046 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁸ Ciertamente, la Corte ha entendido que los órganos de control llevan a cabo una administración pasiva que consiste en la verificación de la legalidad, eficacia y eficiencia de la gestión de la administración activa, esto es, aquella que es esencial y propia de la rama ejecutiva, aunque no exclusiva de ella, pues los otros órganos del Estado también deben adelantar actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines. En este sentido, “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. (...) Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina 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.” Sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también Op Cit. SU 620 de 1996, C-540 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴⁹ Sentencia C-840 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

“Cabe destacar que este tipo de responsabilidad -la fiscal- se establece mediante el trámite de un proceso eminentemente administrativo, inicialmente regulado en la ley 42 de 1993 para el ámbito financiero y después en la ley 610 de 2000 para todos los casos, definido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que, con la observancia plena de las garantías propias del debido proceso, le compete adelantar a las contralorías a fin de determinar la responsabilidad que les asiste a los servidores públicos y a los particulares, por la mala administración o manejo de los dineros o bienes públicos a su cargo. a través del mencionado proceso, se persigue pues una declaración jurídica mediante la cual se defina que un determinado servidor público, ex-servidor o particular, debe responder patrimonialmente por la conducta dolosa o culposa en la realización de su gestión fiscal.

5.4. En la sentencia su-620 de 1996, la corte constitucional hizo referencia a las principales características que identifican el proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

“a) 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 a 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.

b) 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, el patrimonio estatal.

Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque 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 compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.).

c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). en efecto, 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, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, 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-046/94⁵⁰.

⁵⁰ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

d) A lo anterior se agregó en dicho fallo que la responsabilidad fiscal “es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa”.⁵¹

4. Calidad de los herederos en el proceso de responsabilidad fiscal según el artículo 19 de la ley 610 de 2.000

4.1 El objeto de la ley 610 de 2.000 es desarrollar la responsabilidad fiscal de quienes realizan gestión fiscal (artículo 4 de la ley 610 de 2000). tal gestión es, como allí mismo se señala, “la actividad que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos” (artículo 3 de la ley 610 de 2000). resulta claro entonces que el sujeto pasivo dentro del proceso de responsabilidad fiscal sólo puede ser aquel quien tenga la calidad de gestor fiscal en los términos que señala la ley; es decir, si la conducta no fue realizada por un gestor fiscal no podrá iniciarse proceso fiscal en su contra o, de iniciarse, operaría una causal de cesación de la acción fiscal.⁵² por ello no es dable confundir la calidad – en sentido sustancial– del gestor contra el que se adelanta un proceso de responsabilidad fiscal con la calidad de otras personas llamadas a vincularse al proceso en virtud de una sucesión procesal.

4.2 La sucesión procesal es una institución consagrada en el libro 1, título 6 capítulo 3 del código de procedimiento civil, específicamente en el artículo 60 del mismo⁵³. opera en los casos en los que iniciado un proceso civil una de las partes desaparece, es decir, siendo una persona natural muere, o si es una persona jurídica se extingue o fusiona; la consecuencia que el ordenamiento jurídico imputa a dicha situación es la de que sus herederos, el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes o el curador, sustituyan en el proceso al sujeto de derecho fallecido o jurídicamente inexistente, con el fin de ocupar su posición procesal y permitir la defensa de sus intereses.

La sucesión procesal es la regla general en el caso de la muerte de una de las partes dentro de un proceso. ella opera *ipso jure*, aunque el reconocimiento de los herederos en el proceso depende de la prueba que aporten de su condición.⁵⁴ ahora bien, existen procesos civiles en los que están en juego derechos personalísimos y en los que a la muerte de una de las partes no puede operar la sucesión procesal, como por ejemplo en los procesos de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad del matrimonio. en ellos la muerte de una de las partes implica la culminación de la actuación procesal. de tales casos es necesario distinguir, entre otros, los relativos a la responsabilidad fiscal, pues si su objeto es resarcir el perjuicio que con la gestión fiscal ha tenido lugar, esto es, siendo su interés patrimonial, la muerte del gestor fiscal no impide dicha finalidad, puesto que la respectiva acción persigue es el patrimonio de la persona y no a la persona misma.

La doctrina⁵⁵, es recurrente al señalar que de lo que se trata es de una sucesión meramente procesal que en nada modifica la relación sustancial inherente al derecho que se controvierte. de allí entonces que se pueda

⁵¹ Sentencia C-619 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil (salvamento de voto de Manuel José Cepeda), (salvamento de voto Álvaro Tafur Galvis), (salvamento de voto de Clara Inés Vargas y Jaime Araujo).

⁵² Ley 610 de 2.000, artículo 16. “Cesación de la acción fiscal. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando que establezca que la acción fiscal.... no comporta el ejercicio de gestión fiscal”.

⁵³ Código de Procedimiento Civil, artículo 60. “Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.”

⁵⁴ Devis Echandia, Hernando. Compendio de derecho procesal, Tomo I., p. 328.

⁵⁵ Hernando Devis Echandia en su Compendio de Derecho Procesal, Tomo I., p. 325, anota: “(S)e entiende por partes en sentido material, los sujetos del litigio o de la relación jurídica sustancial sobre que versa, y por partes en sentido formal, las que son del proceso. El proceso tiene sus partes, no obstante que los sujetos de la relación jurídica sustancial sean personas distintas y estén ausentes de él”.

afirmar que el sujeto pasivo dentro del proceso de responsabilidad sólo puede ser aquel que tenga la calidad de gestor fiscal, y al mismo tiempo señalar que en caso de muerte del gestor el proceso se seguirá con sus herederos, sin que haya lugar a confundir al eventual obligado en la relación sustancial con la parte procesal, por sucesión, en el respectivo proceso de responsabilidad patrimonial.

5. No violación del derecho a la defensa y al debido proceso de los herederos mediante la sucesión procesal en el proceso de responsabilidad fiscal

La sucesión procesal se basa en varios de los principios que nutren el derecho civil en Colombia. Uno de ellos es que “el patrimonio sirve de prenda general del cumplimiento de las obligaciones”. De tal principio se derivan otros, a saber, el principio de que “los bienes del difunto están destinados al pago de las deudas” –que se evidencia en varias de las posibilidades que el ordenamiento civil les ofrece a los acreedores⁵⁶–, y el principio de que “las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas.”⁵⁷ En efecto, ante la muerte de una de las partes lo que se busca con esta institución es una oportunidad tanto para los acreedores obtener la cancelación de sus créditos, así como para los herederos de participar en un proceso que podría llegar a perjudicar su cuota hereditaria en caso de un fallo definitivo adverso.

De igual modo, en el proceso de responsabilidad fiscal, siendo su naturaleza resarcitoria y patrimonial, el interés es garantizar que se puedan satisfacer con el patrimonio del responsable, los daños ocasionados al erario como consecuencia de una actuación culposa o dolosa que haya causado un detrimento patrimonial al erario público. La muerte del responsable no es obstáculo para la realización de tal objetivo; ello porque la sucesión procesal permite la vinculación de los herederos, como directos interesados en la protección de la universalidad patrimonial de la cual tienen parte, para que intervengan en el proceso, con lo cual también se protegen plenamente sus derechos constitucionales, en especial los derechos a la propiedad, a la defensa y al debido proceso.

De esta figura procesal se derivan varias consecuencias; dentro de las más importantes se encuentra la de que el heredero sucesor adquiere la calidad de parte con todas las consecuencias que ello genera. Así lo señala el mismo artículo 60 del código de procedimiento civil al señalar que “...en todo caso la sentencia producirá efectos contra ellos aunque no concurren”. Tan cierta es su necesaria vinculación al proceso, que al momento de morir el deudor –aquí el gestor fiscal– opera la sucesión procesal en forma *forzosa*,⁵⁸ debiéndose

⁵⁶ Ver entre otros los artículos 1279, 1297, 1289, 1312, 1343, 1346 y 1393 del Código Civil. Además ver la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 4 de agosto de 1959.

⁵⁷ Código Civil, artículos 1411 y 1397.

⁵⁸ Código de Procedimiento Civil, artículo 60. Modificado D.E. 2282 de 1989, art. 1º num. 22. “El artículo 60, quedará así: II Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador. II Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren. II El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente. II El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable. II Las controversias que se suscitan con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidente.” (Se subraya fuera de texto).

citar a las personas que tienen la representación del causante, so pena de que se configure una causal de nulidad del proceso.⁵⁹

Algo similar sucede en los procesos ejecutivos cuando el deudor ha muerto. el artículo 1434 del código civil señala que los títulos ejecutivos contra el difunto lo son igualmente contra los herederos. la notificación y vinculación de los herederos cumple una función protectora de sus derechos, en especial del debido proceso y del derecho de defensa.

Al no ser vinculados los herederos al proceso de responsabilidad fiscal, se estaría violando su legítimo derecho a ser escuchados en un proceso que afecta sus intereses patrimoniales sobre la herencia, pues de continuar el proceso sin su presencia, muy probablemente el fallo de responsabilidad fiscal se configuraría en contra del gestor. de otro lado, si el proceso de responsabilidad fiscal no continuara, se estaría creando como nueva causal para la cesación de la acción fiscal la muerte del gestor, con lo cual se cambiaría la naturaleza de este proceso de interés patrimonial a otro de naturaleza personal. es evidente que ninguna de las dos posibilidades son legítimas.

Resumiendo, de la naturaleza resarcitoria y patrimonial del proceso de responsabilidad fiscal se desprende que los principios generales del derecho civil en materia de sucesión procesal tienen plena aplicación. tal institución no desconoce los derechos constitucionales de los herederos. por el contrario, permite al acreedor, en este caso al estado, buscar el resarcimiento del daño así como a los herederos participar en calidad de partes, con todas las consecuencias que ello implica, en especial la de ejercer el derecho de defensa en un proceso que afecta sus legítimos intereses patrimoniales en la herencia del causante. por ello, si no se cumple con el requisito de la citación y emplazamiento, el proceso correspondiente tendría un vicio de nulidad.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la sala plena de la corte constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE**, en relación con los cargos de la presente demanda, el artículo 19 de la ley 610 de 2000.

notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la gaceta de la corte constitucional y archívese el expediente.

⁵⁹ Código de Procedimiento Civil, artículo 140. CAUSALES DE NULIDAD. (...) “9. Cuando no se practica en forma legal la notificación a o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes.”

CONCLUSIONES

- Cabe destacar la labor que ha realizado la Contraloría General de Caldas, frente al Proceso de Responsabilidad Fiscal, desde el momento en que entró en vigencia la Ley 610 de 2000, puesto que frente a la ley 42 de 1993 se ha notado superación de vacíos, en claridad y organización y lo más importante en relación a la protección de las garantías de los presuntos implicados, ya por lo visto en la vigencia de la Ley 42, no se realizaban los procedimientos adecuados que brindaran seguridad jurídica al proceso y al procedimiento como tal, aunque aún la acción fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal conservan limitaciones en cuanto a su efectividad.
- Durante la realización del presente trabajo, se constató que el tema abordado, cuenta con poca normatividad y documentación, aunque es de anotar que la jurisprudencia juega un papel importante, no obstante esta carencia va en perjuicio tanto de las Contralorías como de los implicados dentro del proceso, puesto que por los vacíos existentes, pueden presentarse a procesos largos y carentes de sustento jurídico propio de un procedimiento como tal.
- La falta de organización interna en cuanto a procedimientos, también genera traumatismos a los procesos, razón por la cual, es necesario implementar mejoras de tipo administrativo que incrementen su eficacia en la función de fijar responsabilidades fiscales y hacer efectivo su cobro.

- Se hace necesario dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal y el proceso de Responsabilidad Fiscal en todas las entidades públicas del orden nacional y territorial

- Con el trabajo realizado se vislumbra la necesidad de formar multiplicadores tanto del Control Fiscal como en el tema del proceso de Responsabilidad Fiscal, que aunque es meramente administrativo, es igual de importante a otros judiciales y carece de difusión por parte de las Universidades, cometiéndose el grave error en los Consultorios Jurídicos de enviar a los estudiantes para que representen de oficio a los presuntos implicados que se encuentran ausentes, pidiendo éstos, toda posibilidad de una adecuada defensa, puesto que los estudiantes desconocen el proceso como tal y lo toman como una simple actividad académica sin darle la relevancia que el tema merece.

- Con el presente estudio no pretendemos ofrecer conceptos acabados. El propósito es, más bien, dejar a consideración de los interesados en el tema, algunos planteamientos que consideramos de importancia ya que se trata de una materia de suma trascendencia para la administración pública.

- Con el estudio del tema, pudimos concluir que las Contralorías no solamente son importantes por el recaudo de dineros, sino porque sirve como acompañante a los entes vigilados para prevenir o persuadirlos de fallas administrativas, lo cual se logra con las Auditorias que realiza, es decir existen beneficios derivados del control fiscal

que no son propiamente económicos y que miden la eficacia de la labor de las contralorías.

- Es necesario, formar, promocionar, y estimular el valor ético agregado de la actuación de todo servidor público, sin el cual no puede existir un auténtico control fiscal, además de impartir la capacitación debida, con ello se evita la perdida de grandes sumas de dinero que egresan de las arcas públicas por demandas adelantadas contra la nación por deficiente prestación de servicios. Mientras esta anomalía no se subsane, se enarbolará el principio generalizado de que el Estado es un pésimo administrador, lo cual abre camino a la política de la “privatización de los servicios públicos”

- La eficacia en el control fiscal ha de llevarnos a que no resulten más costosas las investigaciones de bajo monto o gravedad dado el valor de la defraudación investigada frente al costo administrativo del aparato fiscal procesal, recomendándose propiciar en esta forma arreglos directos que eviten procesalismos dilatantes y altamente costosos para la administración fiscal.

- La abolición del control previo y perceptivo en el control fiscal, puede impedir una vigilancia integral, cuando al observarse anomalías o irregularidades durante un proceder administrativo de cualquier acto o contrato, se vean las contralorías maniatadas para actuar y evitar los efectos nocivos en forma oportuna y no cuando ya el daño este causad

BIBLIOGRAFIA

AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Cuatro Tesis sobre Responsabilidad Fiscal. Bogotá. 2003.

BERMUDEZ ZULUAGA, José Fernando. Instructivo sobre Veeduría Ciudadana de Control Fiscal. Manizales. 2000.

BERMÚDEZ ZULUAGA, José Fernando. Manual de Procedimiento Proceso de Responsabilidad Fiscal. Manizales. 2001.

BETANCUR AGUILAR, Jorge Hernán. El Control Fiscal en Colombia. Bogotá. 1995.

BOGOTA MUÑOZ, Mauricio. Control Fiscal Herramienta de gestión. Bogotá 2000.

BUELVAS HOYOS, Jorge Luis. Normas y Procedimientos del Control Fiscal.

CIFUENTES, Eduardo. Sentencia. C-529. 1993

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.

DIAZ MONTIEL, Antonio Rafael. Documento sobre Caducidad de la Acción Fiscal. Bogotá. 2004.

ESCOBAR GÓMEZ, Germán. Revista Brújula Fiscal. Manizales. 2000.

FLOREZ RAMÍREZ, Alfredo Enrique. El Proceso de Responsabilidad Fiscal en la Ley 610 de 2000.

GACETA JUDICIAL. Tomo CXXXVII. N°. 2331.

HERNÁNDEZ, José Gregorio. Sentencia C-276. 1996

LEY 42 DE ENERO DE 1993. Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.

LEY 610 DE AGOSTO DE 2000. Por medio de la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad Fiscal de Competencia de las Contralorías.

LEY 678 DE AGOSTO DE 2001. Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

LOMBO LIEVANO, María Claudia. Documentos aspectos generales del Control Fiscal. Bogotá. 2003.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil en Colombia.

MAZO GIRALDO, Hernán Alonso. Apuntes para una Teoría del Control Fiscal en Colombia. Medellín. 1996.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Sentencia C- 477. 2001.

NARANJO GALVEZ, Rodrigo. Investigador Facultad de Jurisprudencia Línea de Investigación y Control del Gasto Público. Bogotá. 2003.

OSORIO. Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Buenos Aires. 2000.

QUINTERO JIMÉNEZ, Maritza del Socorro. Policia Judicial para el Control Fiscal en Colombia. Bogotá. 2001.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. La Responsabilidad Fiscal. Medellín. 2003.

ROSAS VEGA, Gabriel. El Saneamiento Fiscal un compromiso de la sociedad. Bogotá. 1997.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Responsabilidad Fiscal y el Control del Gasto Público. Bogotá. 2004.

TAFUR Galvis, Álvaro, Sentencia de Tutela T-973. 1999.

WWW.banrep.gov.co

WWW.Contraloriageneraldelarepublica.gov.co

WWW.Juridicacolombiana.gov.co

[WWW. Juriscol.gov.co](http://WWW.Juriscol.gov.co)

WWW. Minjusticia.gov.co

WWW. Ramajudicial.gov.co

WWW. Senado.gov.co