

**SISTEMATIZACIÓN Y ANALISIS DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL
REFERENTE A LOS ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA
RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DE LA MODALIDAD DE PRÁCTICA
JURÍDICA SOCIAL EN LA CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA**

FREDY ALEXIS CARDOZO ORTIZ

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2013

**SISTEMATIZACIÓN Y ANALISIS DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL
REFERENTE A LOS ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA
RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DE LA MODALIDAD DE PRÁCTICA
JURÍDICA SOCIAL EN LA CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA**

AUTOR:

FREDY ALEXIS CARDOZO ORTIZ

**TRABAJO DE GRADO COMO REQUISITO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

Tutor de la Organización:

JORGE ELIECER GÓMEZ TOLOZA

Director:

FERNANDO RINCÓN CLAVIJO

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2013

AGRADECIMIENTOS

EL AUTOR AGRADECE:

A la Contraloría Municipal de Bucaramanga bajo la dirección del Sub Contralor el Abogado Dr. Jorge Eliecer Gómez Toloza quien me brindó la oportunidad de ejercer mi práctica Jurídica social en la Entidad, además de brindarme el apoyo, confianza y ser guía Fundamental durante todo este tiempo de actividades.

Al Doctor Fernando Rincón Clavijo, por ser guía y orientador en mí trabajo, además de asumir con responsabilidad y compromiso el desarrollo de mi propuesta.

A la Doctora Leidy Julieth Prada, por brindarme toda su colaboración, por ser una persona que refleja la amabilidad y por todos los consejos brindados durante el proceso.

Finalmente quiero dar mis agradecimientos a la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander, a todos los profesores que de una u otra manera contribuyeron a mi proceso de aprendizaje y un agradecimiento especial al profesor René Álvarez por ser el guía de todo el proceso de práctica jurídica social, por sus consejos y por su compromiso.

DEDICATORIA

A mi madre Flor, quien es mi aliento, mi motor de vida y es quien me motiva en la búsqueda mi objetivo

A mi padre Edgar, quien es el reflejo de la responsabilidad, compromiso y esfuerzo, base fundamental para lograr mis metas

A mi hermana Yuly Andrea, su abrazo es el apoyo incondicional que me impulsa a traspasar nuevas fronteras y conseguir nuevas metas

a mis hermanos Jhon y Andres , también a mis sobrinitos Paula Andrea , Silvia Fernanda , Santiago y melisa Cardozo quienes son mi alegría y el regalo que ha llenado mi familia de felicidad y de motivos para salir adelante

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	16
1. OBJETIVOS	19
1.1 OBJETIVO GENERAL	19
1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	19
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	20
3. CAPITULO I: DESCRIPCIÓN DE LA CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA.....	22
3.1 RESEÑA HISTÓRICA.....	22
3.2 MISIÓN	22
3.3 VISIÓN.....	23
3.4 ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL.....	23
4. CAPITULO II: FUNDAMENTOS TEÓRICOS	27
4.1 MARCO DE ANTECEDENTES JURIDICOS.....	27
4.1.1 Fundamentos Constitucionales y Legales de la Responsabilidad Fiscal ..	27
4.1.2 Ley 610 De 2000.....	29
4.1.3 Ley 1474 de 2011	31
4.1.4 Ley 136 de 1994: Las Contralorías Municipales y Distritales	31
4.1.5 La Responsabilidad Fiscal como Estatuto Autónomo de Responsabilidad y como Función Complementaria del Control Fiscal.....	32
4.2 MARCO CONCEPTUAL	34
5. CAPITULO III: ANALISIS JURIDICO DE LOS ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL	36
5.1 ASPECTOS SUSTANCIALES	36
5.1.1 El objeto de la Responsabilidad Fiscal.....	36
5.1.2 Características de la Responsabilidad Fiscal.....	37
5.1.3 Elementos de la Responsabilidad Fiscal.....	37
5.1.3.1 Conducta Dolosa o Culposa.....	38

5.1.3.2	El Daño Al Patrimonio Público.	39
5.1.3.3	Nexo Causal.....	39
5.1.4	La Gestión Fiscal (Presupuesto Sustancial).....	40
5.1.5	La Imputación del Daño en la Responsabilidad Fiscal.....	41
5.1.6	El Patrimonio Público	41
5.2	ASPECTOS PROCESALES DE LA REPOSABILIDAD FISCAL	42
5.2.1	Iniciación del Proceso.	42
5.2.2	Instancias.	42
5.2.3	Procedencia de la Cesación De La Acción Fiscal.	42
5.2.4	Notificaciones.....	43
5.2.5	Citaciones Y Notificaciones.....	43
5.2.6	Recursos	43
5.2.7	Nulidades	45
5.2.8	Caducidad de La Acción Fiscal	46
5.2.9	Prescripción de la Acción Fiscal.....	47
5.2.10	Pólizas.....	48
5.2.11	Medidas Cautelares en el Tramite del Proceso Por Ley 610/2000	48
5.2.12	Muerte del Implicado y Emplazamiento A Herederos.....	48
5.3	ETAPAS DEL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	49
5.3.1	Trámite del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal.....	49
5.3.2	La Indagación Preliminar.....	49
5.3.3	Objetivo de la Indagación Preliminar.....	49
5.3.4	Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal	50
5.3.5	Auto de Apertura de Investigación	50
5.3.6	Tramite Posterior a la Apertura Del Proceso.....	51
5.3.7	Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal.....	52
5.3.8	Fallo Con Responsabilidad Fiscal	53
5.3.9	Consecuencias de la Declaración De Responsabilidad Fiscal.....	53
5.4	ASPECTOS PROBATORIOS	54

5.4.1	Necesidad de la Prueba.....	54
5.4.2	Prueba para Responsabilizar.....	54
5.4.3	Petición De Pruebas.....	54
5.5	EL PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL DE LA LEY 1474 DE 2011	56
5.5.1	Audiencia de descargos	57
5.5.2	La audiencia de decisión.....	58
6.	CAPITULO III: METODOLOGIA.....	59
6.1	EJECUCIÓN DE LA PRÁCTICA JURÍDICA SOCIAL EN LA CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA.....	59
6.2	CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES REALIZADAS.....	60
6.3	INFORME No 1: CONOCIMIENTO Y DOCUMENTACIÓN SOBRE LA ENTIDAD	61
6.3.1	ACTIVIDAD No1:labor de conocimiento e inducción en la contraloría municipal de Bucaramanga.....	61
6.3.2	ACTIVIDAD No 2: Estudio y apropiación de conceptos, del proceso de control fiscal selectivo y posterior manejoado Por La Contraloría Municipal De Bucaramanga.....	63
6.3.3	El Proceso Auditor.....	64
6.3.3.1	Enfoque de Auditoria.....	64
6.3.4	ACTIVIDAD No3: revisión de la normatividad jurídica vigente respecto de los aspectos sustanciales y procesales de la responsabilidad fiscal en Colombia	
	70	
6.3.4.1	Elementos de la Responsabilidad Fiscal.....	73
6.3.4.2	La Conducta y el grado de Imputación:.....	73
6.3.4.3	El Daño Patrimonial al Estado.....	75
6.3.4.4	Nexo Causal. La.....	75
6.3.4.5	La Imputación Del Daño en La Responsabilidad Fiscal	75
6.3.4.6	Prescripción De la Acción Fiscal	76
6.3.4.7	La Gestión Fiscal Como presupuesto Sustancial.....	76

6.4	INFORME No 2: IDENTIFICACIÓN Y RECOLECCIÓN DE JURISPRUDENCIA	77
6.4.1	ACTIVIDAD No 5: Selección y Determinación de los Temas que Refieren A Los Aspectos Sustanciales y Procesales de la Responsabilidad Fiscal, en los Cuales Se Pretende Enfatizar.....	78
6.4.2	ACTIVIDAD No 6: Búsqueda, identificación y organización de sentencias que refieran a temas de los criterios sustanciales y procesales que han sido determinados y seleccionados.....	80
6.4.3	ACTIVIDAD No 7: Análisis de la Jurisprudencia referente a los Aspectos generales de la Responsabilidad Fiscal Emitida Por El Consejo de Estado y La Corte Constitucional. (Ver Anexo No 2)	84
6.5	INFORME No 3: SISTEMATIZACIÓN, UNIFICACIÓN Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL REFERENTE A LOS ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. (Ver Anexo No 2)	85
6.5.1	ACTIVIDAD No 8: Extracción de los conceptos técnicos y jurídicos identificados en cada jurisprudencia de las Altas Cortes leída y analizada	86
6.5.2	ACTIVIDAD No 9: Análisis de los conceptos técnicos y jurídicos referente a aspectos sustanciales y procesales de la responsabilidad Fiscal.....	87
6.5.3	ACTIVIDAD No 10: Sistematización y unificación de los criterios técnicos y jurídicos identificados sobre los aspectos sustanciales y los aspectos procesales, de la responsabilidad fiscal determinados en la ley 610 de 2000.	88
6.6	INFORME No 4: APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES UNIFICADOS Y SISTEMATIZADOS A LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL.....	88
6.6.1	ACTIVIDAD No 11: Análisis del Recurso de Reposición Interpuesto por el Abogado De la Dra. Helga Johana Ríos Duran contra de la resolución No 000005 de cinco (5) de junio de 2013 que la declara Responsable Fiscal. (Ver Anexo No 3)	89
6.6.2	ACTIVIDAD No 12: Análisis Del Recurso de Reposición y Subsidio de Apelación Interpuesto por el Abogado del Señor Rodrigo Zambrano Pinto	

(Gerente de la EMAB. S.A E.S.P) En Contra de la Resolución Por la Cual lo Declara Responsable Fiscal, recurso interpuesto el día 29 De Julio De 2013. (Ver Anexo No 4).....	90
6.6.3 ACTIVIDAD No 13: Análisis del fallo de Tutela Del Diez (10) De Octubre De 2013 del Juzgado Octavo Civil Municipal A Favor De La Contraloría Municipal De Bucaramanga E Interpuesto Por PROACTIVA CHICAMOCHA S.A ESP (ver anexo No 5)	90
CONCLUSIONES	92
BIBLIOGRAFIA.....	94
ANEXOS.....	97

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Estructura Organizacional de la Contraloría Municipal de Bucaramanga.....	26
Figura 2. Procedimiento de responsabilidad fiscal	55
Figura 3. Actividades Realizadas En Orden Cronologico.....	60
Figura 4. Evaluación y validación del hallazgo	69

LISTA DE ANEXOS

Anexos A.	Análisis del fallo del Tribunal Administrativo De Santander- Fallo Del 26 De Agosto De 2010 Mp Mp: Julio Edison Ramos Salazar	97
Anexos B.	Trabajo escrito de sistematización, unificación y análisis del precedente Jurisprudencia referente a los aspectos procesales y sustanciales de la Responsabilida.....	100
Anexos C.	Análisis del Recurso de Reposición Interpuesto por el Abogado De la Dra. Helga Johana Ríos Duran contra de la resolución No 000005 de cinco (5) de junio de 2013 que la declara Responsable Fiscal.....	249
Anexos D.	Análisis Del Recurso de Reposición y Subsidio de Apelación Interpuesto por el Abogado del Señor Rodrigo Zambrano Pinto (Gerente de la EMAB. S.A E.S.P) En Contra de la Resolución Por la Cual Lo Declara Responsable Fiscal, recurso interpuesto el día 29 De Julio De 2013	260
Anexos E.	Análisis del fallo de tutela del diez (10) de octubre de 2013 del juzgado octavo civil municipal a favor de la Contraloria Municipal De Bucaramanga E Interpuesto Por Proactiva Chicamocha S.A Esp	270

RESUMEN

TITULO:

SISTEMATIZACIÓN Y ANALISIS DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL REFERENTE A LOS ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DE LA MODALIDAD DE PRÁCTICA JURÍDICA SOCIAL EN LA CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA*

AUTOR:

CARDOZO Ortiz Fredy Alexis**

PALABRAS CLAVE:

Responsabilidad Fiscal, servidor público, patrimonio público, función administrativa, gestión fiscal, Proceso Fiscal, Gestor Fiscal, detrimento patrimonial.

DESCRIPCIÓN:

La Acción Fiscal procede, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, por parte de un servidor público o un particular, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado, el titular de esta acción es la Contraloría general de la república igualmente las del orden departamental o municipal

La finalidad de la acción Fiscal es exclusivamente *reparatoria* esto significa que si con ocasión de la función de vigilancia y control por parte de la Contraloría aparece información que permite establecer que existió un daño patrimonial al Estado, la autoridad debe dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal como tal, el cual tiene como finalidad principal resarcir el perjuicio causado.

Cabe agregar que la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma de otros tipos de responsabilidad. Significa entonces que es diferente a la responsabilidad disciplinaria o responsabilidad penal que puedan ocasionarse en virtud de los mismos hechos, es por ello que tiene gran acierto constitucional que coexistan diferentes tipos de responsabilidad aclaración, hecha ya por la Corte, de que si se persigue la indemnización de perjuicios a favor del Estado dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de tales perjuicios a través de un proceso fiscal.

* Trabajo de grado

** Facultad de ciencias Humanas. Escuela de Derecho y ciencia Política UIS. Director Fernando Rincón Clavijo

SUMMARY

TITLE:

SYSTEMATIC ANALYSIS OF THE JURISPRUDENTIAL PRECEDENT PERTAINING TO THE SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS OF THE FISCAL RESPONSIBILITY, THROUGH THE SOCIAL PRACTICE IN THE MUNICIPAL COMPTROLLER OF BUCARAMANGA*

AUTHORS:

CARDOZO Ortiz Fredy Alexis**

KEY WORKS:

Fiscal Responsibility, public servant, public property, administrative function, fiscal management, Process Attorney, Tax Manager, property loss.

DESCRIPTION:

Fiscal Action comes, when in the exercise of fiscal management or on the occasion of the latter, by a public or a private server, by action or omission as intentional causes negligent damage to the property of the State, the holder of this action is the Comptroller General's Office also the departmental or municipal

The purpose of the fiscal action is purely reparative, this means that if at the time of the monitoring and control function by the Comptroller, there is an information that allows establishing that there was a financial loss to the State, the authority must begin the fiscal responsibility process as such, the primary purpose of which is to compensate the damage caused.

It added that fiscal responsibility is independent and autonomous from other types of liability. It means then that is different in disciplinary or criminal liability that may arise under the same facts, that is why we have good constitutional acceptability in the way that different types of liability coexist, clarification already made it by the Court, that if he pursues the compensation for damages to the State in criminal proceedings, it is not appropriate at the same time get a new recognition of such damages through a fiscal process.

* Work degree

** Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Science. Manager Fernando Rincón Clavijo

INTRODUCCIÓN

Por medio del presente trabajo se pretende dar a conocer las diversas actividades que se ejecutaron en Etapas mensuales, a través de una práctica Jurídica Social en la Contraloría Municipal de Bucaramanga en mi calidad de estudiante, este ciclo de aprendizaje tuvo una duración de dos semestres académicos en lo tocante al primero se realizó la propuesta de práctica jurídica social y en el segundo semestre se ejecutaron las actividades plasmadas en la propuesta es decir la sistematización y análisis Jurisprudencial referente a aspectos sustanciales y procesales de la Responsabilidad Fiscal.

La persecución de sistematizar, unificar y analizar el precedente jurisprudencial en todos los aspectos de responsabilidad fiscal se enfocó en la necesidad de construir una Herramienta Jurídica unificada y coordinada a través de la presentación de un trabajo escrito organizado abarcando conceptos jurisprudenciales técnicos y jurídicos de las altas Cortes , fijando en este sentido un límite al alcance de la discrecionalidad de las contralorías en especial a la Contraloría Municipal de Bucaramanga, en el ejercicio de sus funciones específicamente al declarar una responsabilidad fiscal a un funcionario por medio de un fallo .

En tal sentido se procedió con el acompañamiento del Sub Contralor de la Contraloría Municipal de Bucaramanga el Dr. Jorge Gómez Toloza a dar respuesta a aquellos vacios normativos que el legislador no previó en su ejercicio legislativo dándole solución a la problemática actual de diversidad de criterios que han sido acogidos por las Contralorías Territoriales y departamentales al emitir un fallo con o sin responsabilidad fiscal generando inseguridad jurídica al no existir uniformidad de criterios.

Como resultado de lo anterior se procederá a materializar dichos conceptos y criterios técnicos extraídos de la jurisprudencia a través de una fase que propone por la efectividad de los procesos de responsabilidad fiscal de la contraloría de Bucaramanga en un marco de garantías, esto es análisis de recursos de reposición, contra los fallos de responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Bucaramanga, así como autos de imputación con base en la jurisprudencia extraída.

En el presente trabajo de grado se dará a conocer los fundamentos Constitucionales del control fiscal y de la responsabilidad fiscal, de igual manera se expone la legislación, jurisprudencia y doctrina como base fundamental para la ejecución de actividades mencionadas anteriormente, ya que a través del estudio y apropiación de la normatividad Jurídica vigente proporciona mayor visibilidad y entendimiento para proceder a desarrollar el objetivo primordial de esta práctica jurídica social, se puso en práctica temas de derecho administrativo y constitucional de igual manera se accedió a nuevos conocimientos específicamente sobre el derecho Fiscal y todos los aspectos que engloban ésta área del derecho temas pocos conocidos y tocados durante la carrera.

Finalmente el presente trabajo de grado será abarcado mediante cinco capítulos que comprenden:

El primer capítulo corresponde a la descripción de la Contraloría Municipal de Bucaramanga, su reseña histórica, su misión, Su visión como institución del Estado, su organización y sus funciones adjudicadas constitucionalmente

El segundo capítulo comprende todo el marco teórico pieza fundamental que impulsa el desarrollo de los temas a través de los fundamentos jurídicos y constitucionales que se necesitaron para el desarrollo de actividades y la jurisprudencia de las altas Cortes que abarcan el tema de responsabilidad Fiscal.

En el tercer capítulo se realiza un análisis desde el punto de vista jurídico, la normatividad que desarrolla la responsabilidad fiscal en todos sus aspectos, esto es la ley 610 de 2000 y la ley 1434 de 2011

En el cuarto capítulo se recopilan los informes mensuales que fueron elaborados durante el desarrollo de la práctica, donde se describen las actividades realizadas en cada una de las diferentes fases que se realizaron en la Contraloría Municipal de Bucaramanga

El quinto capítulo comprende las recomendaciones y conclusiones como resultado de todo el periodo de actividades, esto es 16 semanas de trabajo intelectual, materializado de manera inmediata a algunos procesos de responsabilidad Fiscal que lleva la Contraloría Municipal de Bucaramanga

Por lo anterior, se contribuyó a través de mi trabajo de investigación como practicante en la Contraloría Municipal de Bucaramanga, unificar, sistematizar y analizar los conceptos técnicos y jurídicos referente a los aspectos sustanciales y procesales extraídos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y de los Tribunales Administrativos materializando dicho trabajo en un trabajo escrito de información organizado y analizado.

1. OBJETIVOS

1.1 OBJETIVO GENERAL

Contribuir a la sistematización, unificación y Análisis de los criterios sustanciales y procesales, además de los conceptos técnicos y jurídicos extraídos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y Tribunales Administrativos, que se tienen en cuenta en los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las contralorías mediante una práctica jurídica social en la contraloría Municipal de Bucaramanga.

1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Asistir en la Revisión e identificación de los criterios jurídicos sustanciales y procesales en materia de responsabilidad fiscal emitidos por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los tribunales administrativos.
- Contribuir a generar y divulgar líneas conceptuales técnicas y jurídicas que unifiquen los criterios procesales y sustanciales del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por las contralorías.
- Contribuir a la elaboración de una herramienta de información jurídica a través de un trabajo escrito referente a los elementos sustanciales, procesales, conceptos técnicos y jurídicos que se tienen en cuenta en el proceso de responsabilidad fiscal
- Materializar los conceptos técnicos y jurídicos obtenidos aplicándolos a los procesos de responsabilidad fiscal llevados por la Contraloría Municipal de Bucaramanga en aras de propender por efectividad de los procesos en un marco de garantías.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La contraloría municipal de Bucaramanga es un órgano de control, del orden municipal, encargado de la Función Pública de Control Fiscal y, por ello, de emitir fallos de responsabilidad fiscal en contra de funcionarios o particulares que realicen gestión fiscal, es decir, que manejen o administren recursos públicos. Sin embargo no existe una actuación sistémica y unificadora respecto de los criterios sustanciales y procesales en el proceso de responsabilidad fiscal ya establecidos por la corte constitucional y el consejo de Estado a la que deben acogerse las contralorías al emitir un fallo con responsabilidad fiscal por lo que se considera necesario construir un instrumento único jurisprudencial unificado y coordinado que fije en este mismo sentido un límite al alcance de la discrecionalidad de las contralorías a la hora de emitir un fallo de responsabilidad fiscal o fallo sin responsabilidad fiscal, armonizando de esta manera los aspectos sustanciales y procesales que tienen en cuenta las contralorías en sus fallos de responsabilidad fiscal según sea el caso

Por otro lado los fallos emitidos por las contralorías demuestran poca homogenización y poca coordinación consensuada por parte de la contraloría general y contralorías territoriales, tampoco existe un sistema de información jurídica que promueva y garantice resultados eficientes dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva y sancionatorios adelantado por las contralorías. En ocasiones, los criterios utilizados para emitir esos fallos no cuentan con una base sólida en cuanto a criterios unificadores que sirvan de precedente para la toma de cada decisión. Así, se requiere contar con un trabajo académico que compile, sistematice y divulgue líneas conceptuales que unifiquen el precedente jurisprudencial sobre los aspectos sustanciales y procesales que se tienen en cuenta en el proceso de responsabilidad fiscal emitidos por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y la Corte Constitucional en aras de

garantizar la independencia e imparcialidad del investigador logrando de esta manera el mejoramiento institucional , respaldando a las contralorías su legitimidad respetando en un marco de garantías su independencia y su autonomía que les otorga la constitución nacional.

3. CAPITULO I: DESCRIPCIÓN DE LA CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

3.1 RESEÑA HISTÓRICA

La Contraloría Municipal de Bucaramanga es un órgano autónomo e independiente dentro de la estructura del Estado, encargado de la Función Pública del Control Fiscal. Fue organizada mediante Acuerdo Municipal No. 015 de 1993. Dentro de su estructura orgánica cuenta con la Subcontraloría, dependencia encargada de adelantar los procesos misionales dentro de los que se encuentra el área de Responsabilidad Fiscal. El fundamento de sus funciones y competencias se encuentra en la Constitución Política (artículos 267 y siguientes)

3.2 MISIÓN

La contraloría municipal de Bucaramanga es un organismo autónomo de control fiscal técnico y ambiental, que tiene como misión contribuir a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, garantizando la conservación y buen uso del patrimonio fiscal en el ámbito de los bienes y fondos del ente territorial, contribuyendo al desarrollo social, la convivencia pacífica, el crecimiento económico y la sostenibilidad ambiental.

Todo ello fundamentado en la aplicación de los principios de eficacia, eficiencia, economía, equidad y la ecología o valoración de los costos ambientales, así como la participación ciudadana y la generación de los

productos y servicios con calidad y oportunidad, para satisfacer las expectativas de la comunicad en general¹

3.3 VISION

La contraloría municipal de Bucaramanga será un organismo modelo en elejercicio de control fiscal, mediante la implementación de los sistemas financieros, legal, técnico, ambiental y participativo, caracterizado por la aplicación de los productos y de la prestación de sus servicios, para lo cual se gestionará la certificación del sistema de gestión de la calidad ntc – iso 9001:2000, con el propósito final de contribuir al mejoramiento continuo y al desarrollo de la cooperación económica, intelectual, científica y tecnológica mediante la implementación de alianzas, y la contribución del bienestar de la población bumanguesa²

3.4 ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

La Contraloría Municipal de Bucaramanga es una institución del Estado del nivel municipal que tiene la facultad constitucional y legal de ejercer control fiscal sobre las entidades y personas que administren recursos y bienes públicos.

Ejerce control fiscal sobre la gestión realizada por la administración municipal e Institutos Descentralizados en la ejecución del presupuesto

¹CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA. Tomado de la pagina web de la Contraloría <http://www.contraloriabga.gov.co/site/index.php/contraloria/mision>

²CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA. Tomado de la pagina web de la Contraloría <http://www.contraloriabga.gov.co/site/index.php/contraloria/mision>

e inversión de recursos, acorde con el ordenamiento legal, financiero y contable.

La Contraloría Municipal de Bucaramanga se encuentra constituida organizacionalmente por:

CONTRALORA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA: La actual Contralora de Bucaramanga es la Dra. Magda Milena Amado Gaona, abogada egresada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga como representante legal de la entidad, es una funcionaria que fue elegida por el concejo Municipal, de terna integrada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, para un periodo de cuatro (4) años, por mandato constitucional y legal, es quien tiene la facultad para realizar el Control Fiscal, a través de estrategias, planes, programas y procesos de Auditoria, sobre todas las acciones del Gobierno Municipal, donde se ejecuten o administren recursos y bienes públicos, así como endilgar la responsabilidad fiscal a los servidores públicos o particulares que en el ejercicio de sus funciones incurran en un detrimento patrimonial al Estado, investigación iniciada previos hallazgos realizados en el ejercicio del proceso de Auditoria.

SUBCONTRALOR: Actualmente ostenta este cargo el abogado DR. JORGE GÓMEZ TOLOZA, quien es el encargado de direccionar el proceso misional de la entidad, sus principales Funciones en la Contraloría Municipal de Bucaramanga son las siguientes:

- Direcciona el proceso misional de la entidad
- Coordina la vigilancia fiscal
- Revisa la rendición de las cuentas

- Adelanta las correspondientes investigaciones fiscales y los procesos de jurisdicción coactiva
- Orienta la revisión de la administración de los recursos naturales del municipio de Bucaramanga

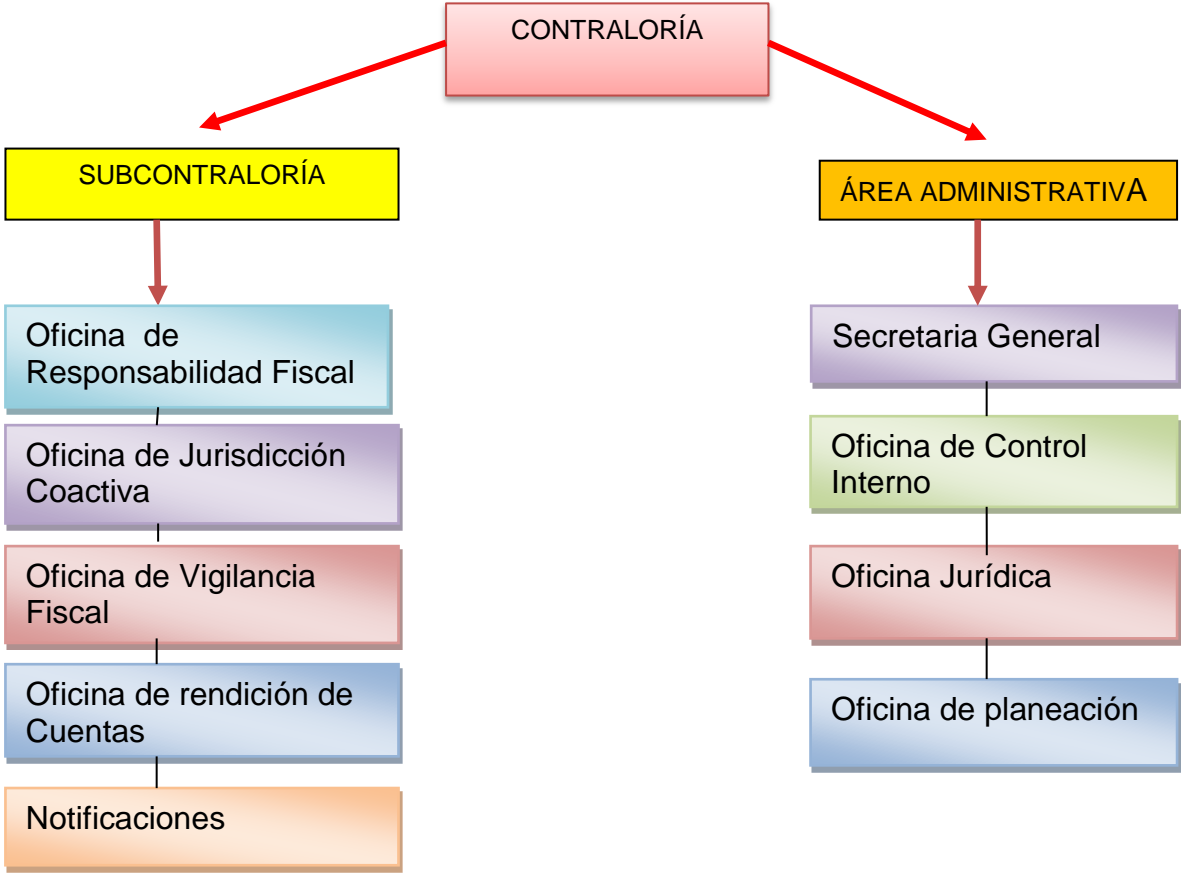
OFICINA DE RESPONSABILIDAD FISCAL:

Esta oficina es dependencia de la Sub contraloría, en esta área se adelantan los procesos de responsabilidad fiscal bajo los rituales prescritos en la ley 610 de 2000 y 1474 de 2011. Este proceso comprende el conjunto de actuaciones administrativas que adelanta la Contraloría 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 gravemente culposa un daño al patrimonio del Estado.

Sus actuaciones en ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal son respetuosas y garantizan el debido proceso sujetándose a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en la ley 1437 de 2011. Las profesionales encargadas de esta área son las Abogadas sustanciadoras la Dra. Leydy Julieth Prada y la Dra. Andrea Juliana Castañeda.

ÁREA ADMINISTRATIVA: Bajo éste título se agrupan la Secretaría General, el área de presupuesto y las oficinas Asesoras. Planeación, Jurídica y Control Interno.

Figura 1. Estructura Organizacional de la Contraloría Municipal de Bucaramanga



(Estructura Organizacional)

4. CAPITULO II: FUNDAMENTOS TEÓRICOS

En este capítulo me enfocaré en realizar un arqueo de los fundamentos teóricos , que sirven de soporte conceptual al objetivo de la práctica jurídica social, la cual consisten en sistematizar, unificar y analizar el precedente Jurisprudencial referente a los aspectos sustanciales y procesales de la Responsabilidad Fiscal proporcionando cimientos conceptuales que coadyuvan en el desarrollo de actividades

4.1 MARCO DE ANTECEDENTES JURIDICOS

En relación con la legislación relevante para ejecutar mis actividades de práctica jurídica social en la Contraloría Municipal de Bucaramanga se darán a conocer los fundamentos constitucionales de la responsabilidad fiscal, así como la normatividad jurídica vigente que regula dicha materia , de igual manera más adelante se darán a conocer otros fundamentos jurídicos que fueron fundamentales en el desarrollo de este proyecto específicamente en el capítulo III que corresponde a un estudio desde el punto de vista Jurídico referente a los aspectos sustanciales y procesales de la responsabilidad fiscal, de igual manera en el Capítulo IV donde se mencionan los informes presentados al director de practica nombrado por el Comité de grado el Profesor Fernando Rincón Clavijo.

4.1.1 Fundamentos Constitucionales y Legales de la Responsabilidad Fiscal

La carta política otorgó la competencia para determinar la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal al Contralor General de la República, según lo indica su artículo 268 numeral 5 “el contralor general de la república tendrá las siguientes

atribuciones [...] *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*”³. Dicha atribución misional se repite textualmente para los contralores departamentales en la ley 330 de 1996, “por lo cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la constitución y se dictan otras disposiciones relativas a las contralorías departamentales” en el artículo 9 numeral 5 señala como una de las atribuciones del contralor departamental además de lo establecido en el artículo 272 de la carta la de “*Establecer las responsabilidades que deriven 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*”. Del mismo modo en relación con los contralores distritales y municipales la ley 136 de 1994, “ por el cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” prescribió en su artículo 165 numeral 4, como una atribución de aquellos contralores la de “*Establecer las responsabilidades que deriven 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*”.⁴ Es así como las contralorías son entidades de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal que en ningún caso podrían realizar otras funciones administrativas, los municipios, según su capacidad, crean y organizan sus propias contralorías, con arreglo a los parámetros señalados por la ley. Las contralorías distritales y municipales solo podrán suprimirse, cuando desaparezcan los requisitos para su creación, demostrando su incapacidad Económica refrendada por la oficina de planeación departamental o Municipal según el caso. En los municipios en los cuales no hubiese contraloría, la

³ Constitución política de Colombia. Artículo 268

⁴AMAYA, OLAYA. Uriel Alberto. teoría de la responsabilidad fiscal 1 ed. Bogotá. Colombia .Universidad externado de Colombia 2002 ISBN 958-616-641-4

vigilancia de la gestión fiscal correspondería a la respectiva contraloría departamental.⁵

4.1.2 Ley 610 De 2000

El marco de la responsabilidad fiscal opera dentro de un límite precisado por la carta política en su artículo 268 numeral 5.

En similar sentido la ley 610 de 2000 otorga el desarrollo legislativo reiterando en su artículo 4, que *‘la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al erario como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realicen una gestión fiscal’*.⁶

A partir de la vigencia del nuevo esquema constitucional sobre el control fiscal y la contraloría, dicha responsabilidad fiscal adquiere su propia identidad jurídica, diversa de la responsabilidad civil aunque desde el punto de vista técnico compartan los mismos elementos; así lo ha entendido la jurisprudencia a través del Consejo de Estado, delimitando las características de la misma en el siguiente concepto: *“todo ello permite deducir que la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencian de los demás tipos de responsabilidad , incluyendo la civil donde se desprendió para adquirir su propia personalidad . En nuestro país la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir*

5 AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Sistema nacional de control fiscal territorial. Bogotá Colombia 2011 p. 38 ISBN 978-958-99001-3-0

⁶ Ley 610 de 2000. artículo 4

*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”*⁷

De igual manera en su artículo 7 la citada ley 610 de 2000 presupone la responsabilidad fiscal en eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes en servicio o “inservibles ” no dados de baja, por causas distintas al desgaste natural, solo cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables.

La anterior perspectiva normativa superior indica que la responsabilidad fiscal solo comprende las conductas derivadas de la gestión fiscal, En donde La jurisprudencia constitucional ha definido la gestión fiscal como: *El concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de ‘ la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración*⁸

Dadas las condiciones anteriores la gestión fiscal es un presupuesto fundamental para determinar la responsabilidad fiscal de quienes administren bienes y recursos de la nación.

⁷Consejo de estado, sala de consulta y servicio civil. concepto 3 de octubre de 1995, CP : HENAO, HIDRON .Javier

⁸Corte constitucional. Sentencia C 529 DE 1993, M P: CIFUENTES, MUÑOZ. Eduardo.

4.1.3 Ley 1474 de 2011

La Ley 1474 de 2011, incluye un procedimiento verbal de responsabilidad fiscal que determina el inicio del mismo con auto de apertura e imputación y se desarrolla en dos audiencias, una primera de descargos y una segunda denominada de decisión. Este nuevo procedimiento implica ser de única o de doble instancia dependiendo de si la cuantía del daño patrimonial al Estado es igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos. Así mismo cuenta con la facultad de vincular al Garante en calidad de tercero civilmente responsable y de decretar medidas cautelares desde el inicio del proceso.

4.1.4 Ley 136 de 1994: Las Contralorías Municipales y Distritales

La Contraloría Municipal de Bucaramanga se encuentra Categorizada como contraloría Territorial del Orden Municipal para ello se toma en cuenta la ley 136 de 1994, la cual establece normas la organización y funcionamiento de los Municipios de igual manera se contempla el tema de las Contralorías Territoriales: Municipales y distritales.

Las Contralorías son Entidades de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal que en ningún caso podrán realizar otras funciones administrativas, en dicha ley se consideran pautas importantes para la creación de las Contralorías más tarde estos considerados fueron modificados por el artículo 21 de la ley 617 del año 2000. Los municipios se clasifican según categorías, que crean y organizan sus propias contralorías, con arreglo a los parámetros señalados en la ley.⁹

⁹ Sistema nacional de control Fiscal en Colombia. Auditoría General de la república, Bogotá . Colombia 2011

Las contralorías Distritales y municipales sólo podrán suprimirse, cuando desaparezcan los requisitos para su creación, demostrando su incapacidad económica refrenada por la Contaduría General de la Nación¹⁰. En los municipios en los cuales no hubiese contraloría, la vigilancia de la Gestión fiscal correspondería a la respectiva contraloría departamental.

La elección de los Contralores Municipales se realiza en ternas integradas por dos candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno (1) por el Tribunal Contencioso Administrativo, que ejercerá Jurisdicción en el respectivo Municipio, con no menos de un mes de antelación, el periodo del contralor será el mismo del Alcalde.

Respecto al Régimen del Contralor municipal se menciona que quien ejerza el cargo de contralor distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno del correspondiente Distrito o Municipio, salvo el ejercicio de la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular si no un año después de haber cesado sus funciones.¹¹

4.1.5 La Responsabilidad Fiscal como Estatuto Autónomo de Responsabilidad y como Función Complementaria del Control Fiscal

El estatuto orgánico del presupuesto o La ley 38 de 1989 es el escenario normativo donde tiene su fundamento la autonomía de la responsabilidad fiscal , establece que es autónoma es independiente de los demás tipos de responsabilidad que se aplican a los servidores Públicos, la formula contenida en la encontramos específicamente en el artículo 88, donde consagra "*En desarrollo del inciso 3o. del artículo 211 de la Constitución Política, contra los directores o gerentes de las entidades descentralizadas que no apropien y ordenen girar*

¹⁰ Ley 617 de 2000, artículo 21

¹¹ Ley 617 de 2000.

oportunamente las partidas presupuestales necesarias para el Servicio de la Deuda, según las cuantías pactadas en los respectivos contratos, la Contraloría General de la República iniciará juicio fiscal de cuentas y podrá imponer las multas que estime necesarias hasta que se garantice el normal cumplimiento de los contratos de empréstito, de igual manera el artículo 89 describe las conductas irregulares en las que pueden incurrir algunos funcionarios para ser sancionados fiscalmente .

A partir de la Constitución de 1991 con su nuevo enfoque constitucional la Responsabilidad fiscal adquiere su propia identidad Jurídica diferente de la Responsabilidad civil, ahora bien se ha reiterado dicha autonomía por parte el Consejo de Estado señalando “ *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 que actúa en ejercicio de la Gestión fiscal de la administración o por particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad fiscal 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*”¹²

En tal sentido el instituto de la responsabilidad fiscal es un estatuto autónomo e independiente de los demás tipos de responsabilidad, de igual manera es una herramienta con que cuentan las contralorías para desplegar la actividad misional básica que le otorga la constitución política de Colombia, dicha herramienta se encuentra fundamentada específicamente en el artículo 4 de la ley 610 de 2000.

¹²Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, concepto del 3 de octubre de 1995 M:P Javier Henao Hidron.

En cuanto a la complementariedad que tiene la responsabilidad fiscal con el control fiscal se entiende que si con el ejercicio de los sistemas de control (de legalidad, financiero, de gestión, de resultados, físico y de rendición de cuentas) se determinan situaciones irregulares administrativas que evidencien un deterioro patrimonial al Estado, es deber de la contraloría de manera oportuna y concomitante, activar la correspondiente indagación preliminar, o el proceso mismo en contra de los servidores públicos o particulares comprometidos, con el fin de obtener el restablecimiento económico de los fondos o bienes del Estado lesionados con aquellas conductas dañinas, ha dicho la jurisprudencia constitucional sobre este punto afirmando *“ como función complementaria del control y de la vigilancia de la Gestión fiscal que ejercen la contraloría General de la República y las Contralorías departamentales, distritales y municipales, existe igualmente a cargo de estas, la de establecer la Responsabilidad que se derive de la Gestión fiscal”*¹³

4.2 MARCO CONCEPTUAL

La ley 610 de 200 ha marcado las pautas que deben guiar el desempeño de la función constitucional de determinar la responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías; sin embargo, existen serios desajustes institucionales, ambigüedades procesales y sustanciales que exigen a las contralorías territoriales hacer esfuerzos a efectos de unificar los criterios técnicos en materia de la responsabilidad fiscal para que a través de esta herramienta se puedan alcanzar los objetivos constitucionales asignados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, siendo relevante introducir conceptos propios de la materia y definiciones que sirvió como apoyo al desarrollo de la práctica empresarial.

¹³Corte Constitucional Sentencia SU 620- DE 1996 MP Antonio Barrera Carbonel

La responsabilidad fiscal es un estatuto autónomo dentro de los diversos estatutos a que puede someterse un servidor público o un particular, además es una función atribuida a los contralores de manera específica e independiente con relación a las demás funciones que les competen a ellos, y a las contralorías, incluyendo al mismo control fiscal como función genérica de dichos organismos de control.

En tal sentido, este instituto de la responsabilidad –con el marco de autonomía señalado– es una de las herramientas con que cuentan las contralorías para desplegar la actividad misional básica que le confiere la carta política de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal (artículo 267)¹⁴

La Ley 610 de 2000 en el Artículo 4º delimita el objeto de la responsabilidad fiscal al “resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”.

La Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado expresó en alguna oportunidad lo siguiente: *“El objeto de la responsabilidad fiscal consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por su acción u omisión y en forma dolosa o culposa, asuman una conducta que no está acorde con la ley – o cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órgano oficiales obligaciones no autorizadas por aquella -, deberán reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que como consecuencia se hayan producido.”*¹⁵

¹⁴AMAYA, OLAYA. Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad fiscal 1 ed. Bogotá. Colombia .universidad externado de Colombia 2002. ISBN 958-616-641-4

¹⁵Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 732 de Octubre 3 de 1995. C.P. Dr. HENAO HIDRÓN. Javier.

5. CAPITULO III: ANALISIS JURIDICO DE LOS ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

5.1 ASPECTOS SUSTANCIALES

A continuación se procederá a realizar un recuento a nivel sustancial en materia de responsabilidad Fiscal, con desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios, ahora bien estos conceptos sirvieron para el desarrollo de la práctica jurídica social, pues permitió una mejor visibilidad y mayor apropiación de la normatividad Jurídica.

5.1.1 El objeto de la Responsabilidad Fiscal

La responsabilidad fiscal tiene como finalidad esencial la de resarcir el daño al patrimonio público del Estado, por un detrimento que se le haya causado, significa entonces que es una responsabilidad de estricto contenido patrimonial. Pues con ella se ampara el bien jurídico del patrimonio público. Así lo ha precisado la Corte Constitucional en diversas jurisprudencia que se refieren a esta materia "*dicha responsabilidad es además patrimonial por que 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*"¹⁶

¹⁶ Corte Constitucional Sentencia SU -620 de 1996 MP: Antonio Barrera Carbonel

5.1.2 Características de la Responsabilidad Fiscal

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido las Características del proceso de responsabilidad Fiscal, específicamente en la Sentencia C- 382 de 2008 aduciendo lo siguiente;

- I) Su Finalidad es eminentemente resarcitoria y no sancionatoria,;
- II) Es autónoma e independiente y opera sin perjuicio de que subsistan por unos mismos hechos cualquier otro tipo de responsabilidad -penal y disciplinaria-;
- III) Se delimita por unas pautas normativas de imputación de carácter subjetivo basadas en el dolo y la culpa grave del agente, y se origina en el daño antijurídico sufrido por el estado y el nexo causal entre dicho daño y la conducta activa u omisiva del sujeto respecto del manejo inadecuado de recursos públicos;
- IV) el decreto de la responsabilidad fiscal está a las garantías sustanciales y procesales del debido proceso y a los principios que orientan la función administrativa.¹⁷

5.1.3 Elementos de la Responsabilidad Fiscal

Los elementos de la responsabilidad fiscal son los supuestos sustanciales necesarios que deben ser acreditados probatoriamente por el Ente investigador en este caso la Contraloría, dentro del proceso para proceder a atribuir una responsabilidad fiscal a un particular o servidor público.

Según lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, “la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

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

¹⁷Corte Constitucional Sentencia C -382 de 2008

5.1.3.1 Conducta Dolosa o Culposa. La conducta se refiere al comportamiento activo u omisivo, doloso o culposo que provoca un daño al patrimonio público, atribuible a un agente que realiza gestión fiscal”, es decir no es suficiente que la persona haya cometido una conducta dolosa o culposa – causante del daño patrimonial – si no que esa conducta tiene que estar directamente referida a dicha gestión fiscal como indicó el doctrinante AMAYA

De otro lado, el párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 indica que “el Grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve.”La corte constitucional se pronunció sobre la culpa leve en el grado de imputación de la conducta declarando inexecutable dicho párrafo en lo siguiente

“ Es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.”

Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un

fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo¹⁸. Significa entonces que la responsabilidad fiscal del servidor público deriva de que su conducta o de su actuar doloso o culposo únicamente pues el legislador al plantear que la responsabilidad se originara desde la culpa leve era contraria a la carta política.

5.1.3.2 El Daño Al Patrimonio Público. Al definir el **daño**, la norma busca incorporar todas las modalidades posibles en la cuales se puede concretar el daño y la existencia del mismo es lo que justifica y le da razón de ser al ejercicio de la acción fiscal, ya que de no existir daño no es procedente el inicio o la conclusión del proceso pues la inexistencia del detrimento desvirtúa la existencia de la acción. Para la exigencia de que el daño sea reparado, es necesario que el mismo se encuentre consolidado y sea de carácter real, cuantificable.¹⁹

5.1.3.3 Nexo Causal A su vez, la relación de causalidad o el nexo causal, implica que entre la conducta desplegada por el gestor fiscal, o entre la acción relevante omitida, y el daño producido debe existir una relación determinante y condicionante de causa y efecto, nexo cuya ruptura se produce

¹⁸Corte Constitucional mediante Sentencia C-619-02 de 8 de agosto de 2002, Magistrados Ponentes Drs. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹SANTAFE, ALFONSO. Lidia Yolanda La declaratoria de la Responsabilidad Fiscal: ¿Función Administrativa o Jurisdiccional? Maestría en derecho. Bogotá dc .Universidad nacional de Colombia. facultad de derecho 2012. P 45

cuando opera la llamada causa extraña que abarca la fuerza mayor y el caso fortuito.²⁰

5.1.4 La Gestión Fiscal (Presupuesto Sustancial)

La ley 610 de 2000 reitera en su artículo 4 indica que la responsabilidad fiscal tiene como finalidad el resarcimiento de los daños ocasionados al erario como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realicen una **gestión Fiscal**. De igual manera el artículo 7 de la citada ley presupone la responsabilidad fiscal en eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes en servicio o inservibles “ no dados de baja, por causas distintas al desgaste natural, solo cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables.

Con los preceptos normativos anteriormente mencionados se señala que la responsabilidad fiscal solo comprende las conductas derivadas de la Gestión Fiscal, en otras palabras aquellas actuaciones administrativas o contractuales por medio del cual el servidor público o particular administrando los bienes o fondos públicos causa un daño patrimonial²¹

²⁰AMAYA, OLAYA. Uriel Alberto. teoría de la responsabilidad fiscal 1 ed. Bogotá. Colombia .universidad externado de Colombia 2002. P.204 ISBN 958-616-641-4

²¹ AMAYA, OLAYA, Uriel. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. P 167, 168.

5.1.5 La Imputación del Daño en la Responsabilidad Fiscal

La imputación es la atribución jurídica de un daño causado al patrimonio público a una conducta de un servidor público o un particular, según la propuesta de JUAN CARLOS HENAO, imputación que él entiende no solo como la atribución del daño a un comportamiento material o activo pues igualmente incluye los hechos omisivos. Para efectos específicos de la responsabilidad fiscal el autor lo utiliza con un sentido amplio, como un mecanismo valorativo de antijuricidad objetiva, cuyo desvalor respecto de la conducta determina la imputación del daño, mediante unos criterios o factores, que ponderan la posición funcional (o contractual) del agente frente a sus obligaciones jurídicas derivadas del ámbito reglado (normativo o contractual) de la gestión fiscal²².

5.1.6 El Patrimonio Público

Se ha expresado que el bien jurídico tutelado por la acción de responsabilidad fiscal corresponde al patrimonio público; esto es, el conjunto integral de Bienes y fondos que poseen esa cualidad distintiva, y cuyo régimen, tanto para su determinación como para su administración y manejo, se encuentra predeterminado en la constitución y las leyes de manera especial, e igualmente cumple un papel finalístico en términos de gestión y servicios públicos.

Sobre dicho patrimonio se produce la Gestión Fiscal, comprendida como se ha advertido, por los actos reglados de la administración y manejo que sobre el realizan los servidores públicos, y excepcionalmente los particulares en aras de alcanzar los fines Estatales.²³

²²HENAO. Juan Carlos. responsabilidad del estado p 164

²³ AMAYA, OLAYA. Uriel Alberto. teoría de la responsabilidad fiscal 1 ed. Bogotá. Colombia .universidad externado de Colombia 2002. P.204 ISBN 958-616-641-4 P .147

5.2 ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

5.2.1 Iniciación del Proceso.

El proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o de las denuncias quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000

5.2.2 Instancias.

El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada.²⁴

5.2.3 Procedencia de la Cesación De La Acción Fiscal.

En el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal únicamente procederá la terminación anticipada de la acción cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad.

²⁴Ley 1474 de 2011 artículo 110

5.2.4 Notificaciones.

En los procesos de responsabilidad fiscal que se tramiten en su integridad por lo dispuesto en la Ley 610 de 2000 únicamente deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el auto de imputación de responsabilidad fiscal y el fallo de primera o única instancia; para estas providencias se aplicará el sistema de notificación personal y por aviso previsto para las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011. Las demás decisiones que se profieran dentro del proceso serán notificadas por estado.

5.2.5 Citaciones Y Notificaciones.

Cuando se deba notificar personalmente una decisión, o convocarse a la celebración de una audiencia se citará oportunamente a las partes, al garante, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación

5.2.6 Recursos

Los recursos son un medio impugnativo pero no el único, el doctor Devis Echandía señala que la Impugnación es el género y el recurso es la especie²⁵, por consiguiente el recurso es uno de los principales medios de impugnación, el cual ha sido definido como una pretensión o un acto procesal²⁶ mediante el cual la persona que tenga la legitimación para actuar solicita su revisión dentro del mismo proceso, de una resolución o acto que ha sido perjudicial para que se sustituya por otro más beneficioso.

²⁵ ECHANDÍA, HERNANDO DEVIS. Nociones Generales de derecho procesal Civil, Madrid. 1996 P 664

²⁶ Lopez Blanco. Instituciones de derecho procesal Civil. P 385

Ahora bien dentro del proceso de Responsabilidad fiscal encontramos los recursos de reposición, de apelación y de queja , dichos recursos se interponen dentro de la vía gubernativa , termino establecido en el numeral 2 del artículo 56 de la ley 610 de 2000 esto es dentro de los cinco (5) días hábiles después de la última Notificación

El recurso de reposición de acuerdo a lo establecido en el Numeral 1 del artículo 50 de CCA indica que el recurso de reposición se interpone ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare la modifique o la revoque. Cabe señalar que los recursos pueden ser presentados por cualquier parte que participa en el proceso, es decir los terceros civilmente responsables tienen legitimación para interponerlos, significa entonces que las aseguradoras cuando sean perjudicadas mediante un fallo con responsabilidad fiscal al implicado pueden interponerlos dentro del término.

La ley 610 enuncia el momento y la procedencia de recurso de reposición dentro del proceso de responsabilidad fiscal:

El artículo 15: En relación con la acumulación de procesos, expresa que contra la decisión de denegar total o parcialmente las pruebas solicitadas procede el recurso de reposición.

El artículo 24, respecto de las pruebas precisa que en contra de la decisión de denegar total o parcialmente las solicitadas o allegadas proceden los recursos de reposición y apelación.

El artículo 38 Dispone que contra el auto que resuelva las nulidades procederán los recursos de reposición y apelación.

El artículo 51, en cuanto a las pruebas solicitadas por los implicados, luego del traslado del auto de imputación de responsabilidad fiscal, establece que contra el

auto que rechace la solicitud de pruebas procederán los recursos de reposición y apelación.

Y contra la providencia que decide el proceso de responsabilidad fiscal proceden los recursos establecidos en el código contencioso administrativo²⁷(ley 1437 de 2011)

El recurso de apelación Dentro del proceso de responsabilidad fiscal, se concede con efecto suspensivo según disposición expresa del Código Contencioso Administrativo en su artículo 55 (“Los recursos se concederán en el efecto suspensivo”) y debido a que los procesos de responsabilidad fiscal son de carácter administrativo. Sin embargo, según preceptos expresos de la Ley 610, el recurso de apelación es concedido con efectos diferentes.

Cuando el Contralor respectivo se encuentre dirigiendo el proceso de responsabilidad fiscal, contra los actos que profiera no procede recurso de apelación. Sólo procederá el de reposición ya que él no tiene superior jerárquico alguno.²⁸

Frente al recurso de queja se puede decir que es facultativo, es decir, no es obligatorio. Procede cuando es rechazado el recurso de apelación

5.2.7 Nulidades

Las nulidades durante el transcurso del proceso pueden afectar tanto a los sujetos procesales (nulidad subjetiva), como a los actos procesales (nulidad objetiva).

²⁷ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad Fiscal, Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2002

²⁸RIAÑO, CORTÉS. EdwinCómo Entender Los Recursos Procedentes En La Vía Gubernativa Dentro De Los Procesos De Responsabilidad Fiscal A La Luz De La Ley 1474 De 2011?

Las nulidades en los procesos de responsabilidad Fiscal pueden ser absolutas o insanables, las primeras deben ser declaradas una vez sean conocidas por el funcionario o por solicitud de una de las partes pertenecientes al proceso, las segundas no aceptan confirmación de los sujetos procesales.²⁹

Las causales de nulidad deben encontrarse establecidas de forma expresa para que se consideren como válidas (principio de taxatividad). Por ello la ley 610 de 2000 en su artículo 36 señala como causales de nulidad las siguientes:

- 1) Falta de competencia del funcionario para conocer y fallar
- 2) Violación al derecho de defensa del implicado: respecto a este punto es importante aclarar que se constituye cuando no se le brinda la oportunidad de participar en el proceso fiscal al implicado, esto es por no permitir la actuación administrativa de practicar pruebas decretadas, o por no permitir la versión libre del indiciado o por qué no se le asignó apoderado para su derecho de defensa
- 3) La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso: ocurre cuando no se ejecutan las actuaciones necesarias o no se cumple con los requisitos indispensables para una correcta ejecución del debido proceso

5.2.8 Caducidad de La Acción Fiscal

La Caducidad, es la 'acción y efecto de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho' así la define el .Diccionario de la lengua española, dándole un sentido bien distinto del propio de la expresión 'decadencia' ('declinación, menoscabo, principio de debilidad o de ruina')

²⁹RIAÑO, CORTÉS. EdwinCómo Entender Los Recursos Procedentes En La Vía Gubernativa Dentro De Los Procesos De Responsabilidad Fiscal A La Luz De La Ley 1474 De 2011? P. 82

De igual manera la Jurisprudencia ha definido el término señalando al respecto: "La caducidad es una institución jurídica procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico, En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general"³⁰

Por su parte, la Ley 610 de 2000, en el inciso primero de su artículo 9°, establece para este efecto, un término de cinco años contados desde el momento en que ocurran los hechos que provoquen el detrimento del patrimonio público. En tal sentido, la norma señaló: "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".

5.2.9 Prescripción de la Acción Fiscal

Al igual que el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal la ley estableció que la responsabilidad fiscal prescribirá en cinco años contados a partir de la fecha en que se profiera el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término la contraloría no ha dictado providencia en firme que lo declare. "Lo anterior significa que si los organismos de control fiscal a pesar de haber iniciado en debida forma el proceso de responsabilidad fiscal, no culminan o no deciden de fondo y mediante providencia en firme que declare la existencia en

³⁰ Corte Constitucional Sentencia C-394 de 2002

firme de una responsabilidad fiscal en término de cinco años, se considerara que la acción ha prescrito.”³¹

5.2.10 Pólizas

Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000.

5.2.11 Medidas Cautelares en el Trámite del Proceso Por Ley 610/2000

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.³²

5.2.12 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.

³¹ VASQUES, MIRANDA. Willian. Control fiscal y auditoria del Estado en Colombia. 1 edi . Fundación universidad Jorge Tadeo Lozano Bogotá. 2000 ISBN 958-9029-31-0

³² Ley 610 de 2000. Artículo 12

5.3 ETAPAS DEL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL (LEY 620 DE 2000)

5.3.1 Trámite del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal

- Requisitos para Iniciallo:

Que se encuentre establecida la existencia del daño Patrimonial del Estado

- Indicios serios sobre los posibles autores del daño patrimonial del Estado

5.3.2 La Indagación Preliminar

La indagación preliminar que adelantan los órganos de control fiscal tiene fundamento constitucional en el artículo 271 y en el artículo 39 de Ley 610 de 2000. “Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal”.

5.3.3 Objetivo de la Indagación Preliminar

Tiene por objeto 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/o particulares que hayan causado el detrimento patrimonial, intervenido o contribuido a él.

5.3.4 Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal

El artículo 8 de la ley 610 de 2000 precisa que el proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio por las siguientes circunstancias:

- De oficio como consecuencia de los sistemas de control fiscal.
- A solicitud de las entidades vigiladas.
- Por queja o denuncia que formulen las personas u organizaciones ciudadanas,
- Especialmente como ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana.
- De oficio con base en informes de prensa.
- De oficio como resultado de las indagaciones preliminares o actuaciones especiales

5.3.5 Auto de Apertura de Investigación

El auto que ordena la apertura del proceso de responsabilidad Fiscal (auto de trámite en el cual no procede recurso alguno) da inicio formal al proceso, y como consecuencia interrumpe el término de caducidad de la acción Fiscal.

Como se apreció en otro aparte en el evento que se haya identificado a los presuntos responsables, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso.

El artículo 41 de la ley incorpora los siguientes requisitos formales y de fondo del auto de apertura 1) competencia del funcionario de conocimiento 2) fundamentos de hecho 3) fundamentos de derecho 4) identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales 5) determinación del daño patrimonial al estado y estimación de su cuantía 6) decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes 7) decreto de las medidas cautelares que dieron lugar , las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del

auto de apertura a los presuntos responsables 8) solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vinculado para que esta 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 y 9) orden de notificar a los presuntos responsables de esta decisión.

De igual manera agrega la norma que 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.³³

5.3.6 Tramite Posterior a la Apertura Del Proceso

En primer lugar la implicada cuenta con la posibilidad de ejercer plenamente el derecho de defensa (art 42 de la ley 610), de conformidad con dicho artículo puede solicitar y aportar pruebas que considere conducentes, y en el evento en que se le nieguen total o parcialmente podrá interponer en contra de esta decisión los recursos de reposición y apelación.³⁴ Incluso se pueden proponer nulidades por violaciones sustanciales del debido proceso e interponer los recursos contra el acto que las decida.³⁵

De igual manera Una vez proferido el fallo de Apertura de Investigación La contraloría cuenta con un término de tres (3) meses para adelantar diligencias procesales y probatorias prorrogables hasta por dos (2) meses más cuando las circunstancias lo ameriten , prorroga que deberá ser ordenado mediante Auto motivado según lo dispone el artículo 45 de la ley 610 de 2000.

³³ AMAYA, OLAYA. Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. P. 550 y ss.

³⁴ Ley 610 de 2000. Artículo 24 y 32

³⁵ *Ibidem*, artículo 36 y ss.

Una vez vencido el termino anterior, la Contraloría debe proceder, o bien a proferir un auto que ordene el archivo del proceso, o bien por el contrario a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso³⁶

5.3.7 Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal

Una vez finalizado el ciclo anterior y de conformidad con las pruebas practicadas en la anterior actuación, la contraloría podrá proferir auto de imputación de responsabilidad fiscal si se cumplen los requisitos estipulados en el artículo 48 de la Ley 610. “El funcionario Competente proferirá auto de Imputación de responsabilidad Fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o el 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.

Según la misma disposición, el auto de imputación deberá contener 1) la identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del numero 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.³⁷.

De acuerdo con el artículo 49 de la ley, dicho auto de imputación de responsabilidad Fiscal se deberá Notificar a los presuntos responsables o a sus apoderados, si los tuvieren, y a la compañía de seguros, si la hubiere, en la forma y términos establecidos en el código contencioso administrativo.

³⁶ *Ibidem* , artículo 46

³⁷ AMAYA, OLAYA. Uriel Alberto. Teoria de la Responsabilidad Fiscal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. P. 551 y ss

5.3.8 Fallo Con Responsabilidad Fiscal

El fallo con responsabilidad Fiscal debe ser motivado y fundamentado en los requisitos condicionantes establecidos en el artículo 53 *“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 grave del gestor Fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño causado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable”*

El fallo con responsabilidad fiscal es “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 se ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa”³⁸

5.3.9 Consecuencias de la Declaración De Responsabilidad Fiscal

- El fallo con responsabilidad fiscal presta mérito ejecutivo a través del proceso de cobro coactivo.
- Los responsables fiscales son incluidos en el Boletín de Responsables Fiscales. Quienes figuren en el Boletín de Responsables Fiscales no podrán contratar con el Estado ni desempeñar cargo público, pues genera inhabilidad sobreviniente.
- Se debe solicitar la caducidad del Contrato.³⁹

³⁸ Corte Constitucional Sentencia SU- 620 de 1996

³⁹<http://186.116.129.40/induccion-2013/assets/como-lo-hacemos-responsabilidad-fiscal.pdf>

5.4 ASPECTOS PROBATORIOS

Respecto del tipo de prueba con el cual se puede presentar certeza sobre la concurrencia de los hechos que dieron lugar al proceso de responsabilidad fiscal, la norma no determina específicamente cuáles; pues en la Ley 610 de 2000, en su artículo 25, se menciona que hay libertad de prueba, por lo cual son válidos todos los medios de prueba legalmente reconocidos y se ha de remitirse al artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala como medios de prueba a la declaración de parte, al juramento, al testimonio de terceros, al dictamen pericial, a la inspección judicial, a los documentos, indicios y cualesquiera otros medios que puedan ser útiles para el convencimiento del Juez⁴⁰

5.4.1 Necesidad de la Prueba.

Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso.⁴¹

5.4.2 Prueba para Responsabilizar.

El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del in

5.4.3 Petición De Pruebas

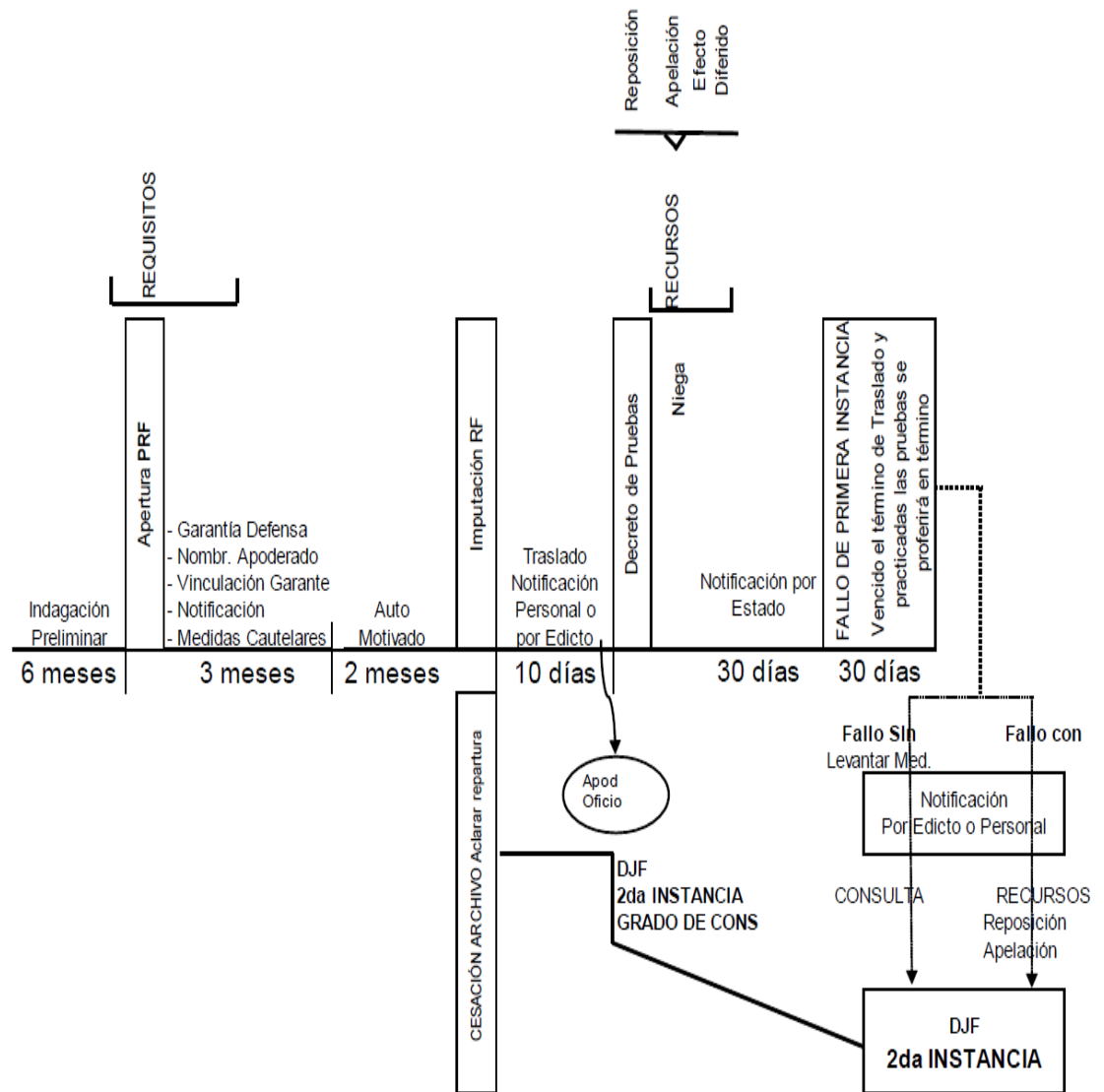
El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas. La denegación total o parcial de las solicitadas o allegadas deberá ser motivada y notificarse al

⁴⁰ Riaño, Cortes Edwin. cómo entender los recursos procedentes en la vía gubernativa dentro de los procesos de responsabilidad fiscal a la luz de la ley 1474 de 2011? P, 77 y ss. extraído de pagina web http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/boletin_32/como_entender_los_recursos.pdf

⁴¹ ley 610 de 2000. artículo 22

petionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación.⁴²

Figura 2. Procedimiento de responsabilidad fiscal



⁴² Ley 610 de 2000. Artículo 24

5.5 EL PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL DE LA LEY 1474 DE 2011

La mencionada Ley 1474 de 12 de julio de 2011 estipuló una serie de mecanismos para la eficiencia y la eficacia en el ejercicio del control fiscal, por lo anterior realizó una serie de modificaciones con relación al proceso de responsabilidad fiscal ordinario desarrollado por la Ley 610 de 2000 y a su vez estableció como uno de los mecanismos tendientes a lograr el efectivo control de la gestión fiscal del Estado el proceso de Responsabilidad Fiscal Verbal señalando las reglas de procedibilidad y procedimiento al cual debe sujetarse dicho trámite.

El artículo 97 de la citada ley aduce que se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando:

- Del dictamen del proceso Auditor
- Aplicación de sistemas de control Fiscal
- O denuncias

Se determine que están dados los elementos (conducta dolosa o culposa, daño y nexo causal) para proferir auto de apertura e imputación.

Cabe agregar que éste nuevo procedimiento se encuentra desarrollado en dos etapas o audiencias públicas es decir una vez expedido el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal en el mismo se indicará fecha y hora para la audiencia de descargos, y la segunda etapa que se denomina Audiencia de decisión.

5.5.1 Audiencia de descargos

La audiencia de descargos tiene como finalidad de acuerdo a lo estipulado en el artículo 99 de la ley 1474 de 2011 que los sujetos procesales puedan intervenir, con todas las garantías procesales, y que se realicen las siguientes actuaciones:

1. Ejercer el derecho de defensa.
2. Presentar descargos a la imputación.
3. Rendir versión libre.
4. Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago.
5. Notificar medidas cautelares.
6. Interponer recurso de reposición.
7. Aportar y solicitar pruebas.
8. Decretar o denegar la práctica de pruebas.
9. Declarar, aceptar o denegar impedimentos.
10. Formular recusaciones.
11. Interponer y resolver nulidades.
12. Vincular nuevo presunto responsable.
13. Decidir acumulación de actuaciones.
14. Decidir cualquier otra actuación conducente y pertinente.

En esta audiencia las partes tienen la facultad de controvertir las pruebas incorporadas al proceso en el auto de apertura e imputación, las decretadas en la Audiencia de Descargos y practicadas dentro o fuera de la misma, de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente.

5.5.2 La audiencia de decisión

Entre los aspectos más importantes que se adelantan en esta audiencia de acuerdo a lo estipulado en el artículo 101 de la ley 1474 de 2011 encontramos:

- El funcionario al endilgar una responsabilidad debe exponer ampliamente los hechos, pruebas, defensa, alegatos de conclusión, determinando existen pruebas que conduzcan a la certeza de la existencia o no del daño al patrimonio público; de su cuantificación; de la individualización y actuación del gestor fiscal a título de dolo o culpa grave; de la relación de causalidad entre la conducta del presunto responsable fiscal y el daño ocasionado, y determinará también si surge una obligación de pagar una suma líquida de dinero por concepto de resarcimiento;
- Terminadas las intervenciones el funcionario competente declarará que el debate ha culminado, y proferirá en la misma audiencia de manera motivada fallo con o sin responsabilidad fiscal. Para tal efecto, la audiencia se podrá suspender por un término máximo de veinte (20) días, al cabo de los cuales la reanudará y se procederá a dictar el fallo correspondiente, el cual se notificará en estrados. El responsable fiscal, su defensor, apoderado de oficio o el tercero declarado civilmente responsable, deberán manifestar en la audiencia si interponen recurso de reposición o apelación según fuere procedente, caso en el cual lo sustentará dentro de los diez (10) días siguientes.

6. CAPITULO III: METODOLOGIA

6.1 EJECUCIÓN DE LA PRÁCTICA JURÍDICA SOCIAL EN LA CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

En el presente capítulo se hará referencia al informe final de la práctica jurídica social en la Contraloría Municipal de Bucaramanga como modalidad de grado para optar por el título de Abogado de la Universidad Industrial de Santander desarrollado en la Contraloría Municipal de Bucaramanga

En Dicho informe final se recopila organizadamente los cuatro informes que fueron presentados mensualmente al director de la Práctica el profesor Fernando Rincón Clavijo previo visto bueno del tutor de la Entidad el Dr. Jorge Gómez Toloza

La práctica jurídica social tuvo una duración de 16 semanas. Se inició el 10 de julio y culminó el 1 de Noviembre de 2013.

Como Director de la Práctica se nombró por parte de la Escuela de Derecho y Ciencia Política al Doctor Fernando Rincón Clavijo, abogado, Economista y profesor de la Universidad Industrial de Santander.

Como Tutor de la práctica y el encargado de orientar y direccionar las actividades propuestas, el Abogado Dr. Jorge Eliecer Gómez Toloza en el cargo de Subcontralor de la Entidad

La práctica jurídica social se desarrollo en 4 etapas mensuales

1. Conocimiento y Documentación Sobre la Responsabilidad Fiscal y La Entidad

2. Identificación y Recolección De Jurisprudencia
3. Sistematización, unificación y Análisis Jurisprudencial
4. Aplicación De Los Conceptos Jurisprudenciales unificados y sistematizados A Los Procesos De Responsabilidad Fiscal

6.2 CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES REALIZADAS

Figura 3. Actividades Realizadas En Orden Cronologico



6.3 INFORME No 1: CONOCIMIENTO Y DOCUMENTACIÓN SOBRE LA ENTIDAD

En este primer informe se describe la normatividad jurídica que comprende el régimen del control fiscal , además de los procesos internos de auditoría que realiza la contraloría en aras de cumplir con esta función constitucional del Control fiscal previo y selectivo a las Entidades que manejan bienes o fondos del Estado a nivel Municipal por consiguiente en esta primera Actividad se realizó una metodología de inducción , investigación y práctica en aras de proceder a adquirir mayor conocimiento en el tema , mayor visibilidad y apropiación del mismo , actividad necesaria para generar mayor entendimiento en el proceso de sistematización unificación , y análisis de los criterios jurisprudenciales de las altas Cortes y Tribunales Administrativos.

6.3.1 ACTIVIDAD No1:labor de conocimiento e inducción en la contraloría municipal de Bucaramanga

Para esta labor de conocimiento e inducción se contó con la ayuda de las Dras. Abogadas sustanciadoras en los procesos de responsabilidad fiscal de la Contraloría Municipal de Bucaramanga Dra. Leidy Julieth Prada y la Dra. Juliana Castañeda con una charla sobre cómo se implementa el sistema de Auditoria en la contraloría y así mismo me permitieron recorrer las instalaciones comprender como se materializaba lo dicho por las Abogadas sustanciadoras en el proceso de Auditoria que es importante ya que por medio de ello se puede evaluar la gestión y los resultados fiscales mediante la aplicación de los sistemas de control fiscal a las Entidades que administren recursos del Estado en el Municipio de Bucaramanga, dicho proceso es importante de allí surge el inicio a un proceso de responsabilidad fiscal cuando se evidencie una situación irregular que conlleve a

un detrimento patrimonial por parte de servidores públicos o particulares que administran recursos

Hay que tener en cuenta que los sistemas de control reconocidos y aplicados por las contralorías son: el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas, y la evaluación del control interno:

CONTROL FINANCIERO: el control financiero es el examen que se realiza con base en las normas de auditoría de aceptación general , para establecer si los Estados financieros de las Entidades que manejen recursos del Estado reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, si observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el contralor general.

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 hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

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 los indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como la de sus beneficiarios de su actividad.

CONTROL DE RESULTADOS: Es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de vigilancia logran sus objetivos y cumplen sus planes, programas y proyectos adoptados por la administración en periodos determinados.

REVISIÓN DE CUENTAS: es el estudio especializado de los documentos que soportan, legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un periodo determinado, con miras a establecer la economía la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

EVALUACION DEL CONTROL INTERNO: es el análisis de los sistemas de control de las Entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les puede otorgar y si son eficientes con el cumplimiento de sus objetivos.

Dentro de estos sistemas de control se incluyen temas relacionados con la evaluación ambiental, la participación ciudadana, las TIC (tecnologías de la información y comunicación), el control fiscal interno y los seguimientos a las funciones de advertencia que entre otros impliquen actos de gestión fiscal.⁴³

6.3.2 ACTIVIDAD No 2: Estudio y apropiación de conceptos, del proceso de control fiscal selectivo y posterior manejado Por La Contraloría Municipal De Bucaramanga.

Esta Actividad se inició con el estudio y conocimiento de conceptos referentes al Control Fiscal, posterior a la inducción realizada por las Abogadas Sustanciadoras de la oficina de responsabilidad Fiscal en la contraloría Municipal de Bucaramanga con el objeto de lograr la apropiación y dominación de algunos conceptos básicos referentes al control Fiscal posterior y selectivo, que incluyen los procesos internos de auditoría pues es importante conocer dicho procedimiento para tener en cuenta cuales son los métodos para realizar hallazgos respecto de alguna situación irregular que conlleve al detrimento patrimonial en las Entidades de estado por conducta de acción u omisión de los servidores públicos, dicha apropiación y conocimiento de conceptos y del procedimiento del control fiscal

⁴³Contraloría General de la República. Guía de Auditoria para las Contralorías Territoriales. Imprenta Nacional de Colombia. 2012 .P. 20 y ss.

resulta importante para entender y tener mayor claridad en algunas situaciones o hechos que se encuentren en las sentencias para posteriormente proceder con eficiencia a realizar una unificación de los criterios jurisprudenciales.

6.3.3 El Proceso Auditor

La contraloría Municipal de Bucaramanga en cumplimiento de su plan Estratégico ha venido trabajando para darle un nuevo enfoque al ejercicio del control fiscal en el Municipio de Bucaramanga, que permita mayor efectividad y oportunidad en el logro de los resultados que genera el proceso Auditor

6.3.3.1 Enfoque de Auditoria. Las auditorias que adelante la contraloría territorial se desarrollaran mediante la aplicación individual, combinada o simultánea de los sistemas de control de acuerdo a las necesidades que se determinen

El enfoque de auditoría de la contraloría Municipal de Bucaramanga se divide en cuatro fases

- a) Fase de Planeación Estratégica Del Proceso Auditor
- b) Fase De Planeación
- c) Fase De Ejecución
- d) Fase De Informe De Auditoria

De las fases del enfoque de Auditoria mencionadas, procederemos a explicar brevemente el objetivo que se busca y las técnicas que se utilizan en cada fase

a) Fase De Planeación Estratégica Del Proceso Auditor

En esta Fase la contraloría elabora una "MATRIZ DE RIESGO FISCAL" que es la herramienta base para determinar los entes o asuntos a ser auditados, de igual

manera lo que se busca en esta fase es identificar las necesidades de talento humano y los recursos para ejecutar eficientemente el proceso auditor.

La matriz de riesgo fiscal: Es una herramienta donde se contempla todo lo relacionado con los riesgos institucionales que se detecten, los requerimientos o necesidades de control y las denuncias presentadas por la ciudadanía, las corporaciones administrativas los medios de Comunicación , así como la magnitud de los recursos administrados , con base en la metodología y los términos que se definan por cada ente de control .

b) Fase De Planeación:

Hace referencia al conocimiento del ente o asunto a auditar para determinar la estrategia de auditoría y focalizar los componentes y factores a examinar, de igual manera tiene como objetivo definir el alcance y la estrategia auditora a partir del conocimiento del equipo auditor sobre la entidad o asunto a auditar.

El Equipo auditor en esta fase tiene una comprensión de la entidad o asunto a auditar y su entorno, es un proceso continuo y dinámico. Esta comprensión implica conocer el direccionamiento estratégico, marco y naturaleza jurídica vigente; el bien o servicio a prestar, la naturaleza, las características, las actividades y procesos; los riesgos de pérdida o inadecuada utilización de recursos , que se pueden presentar en el desarrollo del objeto principal y la existencia o no de controles establecidos; informe de auditorías anteriores y funciones de advertencia; demandas y litigios en contra de la entidad , quejas recibidas, procesos de responsabilidad fiscal fallados y pendientes ; el plan de mejoramiento anterior e informes de evaluación de las oficinas de control interno

Por otro lado se realiza un estudio y análisis de la cuenta de informes de la entidad o asunto a auditar con base en la rendición de cuentas , informe o anexos que soportan legal , técnica , financiera y legalmente las operaciones

c) Fase De Ejecución De Auditoria

En esta etapa se practican las pruebas de auditoría utilizando técnicas y procedimientos para encontrar las evidencias de auditoría que sustentarán el informe siguiendo las directrices del plan de trabajo y los programas de auditoría para las fases de ejecución e informe.

En esta fase el equipo auditor ajusta y desarrolla los programas de auditoría para los componentes y factores , aplicando pruebas mediante las diferentes técnicas de auditoría que conduzcan a determinar las observaciones y hallazgos.

1. Evaluación De Gestión Y Resultados

La evaluación de gestión y resultados se realiza con el objeto de analizar integralmente la gestión y se fundamenta en la calificación de uno o más de los siguientes factores : ejecución contractual, rendición y revisión de la cuenta, legalidad, gestión ambiental, tecnologías de la comunicación y la información (TICS) relacionados con los componentes y factores a auditar , cumplimiento y efectividad del plan de mejoramiento , control fiscal interno, cumplimiento de planes programas y proyectos las cuales contemplan las variables que son verificadas con el equipo auditor, mediante la aplicación de programas de auditoria utilizando como insumo las fuentes internas y externas de información.

En esta evaluación se deben tener en cuenta los principios de la gestión fiscal fundamentados en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de costos ambientales, además de la evaluación de la efectividad , acorde con la cadena de valor de la gestión pública, así

ECONOMIA

Que en igualdad de condiciones de calidad, los bienes y servicios se obtengan en menor costo.

Consiste en evaluar la adecuada adquisición y asignación de recursos financieros, humanos, físicos, técnicos y tecnológicos, entre otros, efectuada por el gestor fiscal.

La gestión se inicia desde el momento en que le son asignados unos recursos a un administrador para ser transformados en un bien o servicio, este hecho le demanda una serie de acciones directas como las de planear el manejo, adquisición, mantenimiento, adecuación, captación y conservación de los mismos.

EFICIENCIA

Establecer que en un periodo determinado la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados.

Evalúa la relación existente entre los recursos e insumos utilizados frente a los resultados obtenidos.

Una operación eficiente produce una máxima cantidad de bienes o servicios con una cantidad adecuada de recursos en iguales condiciones de calidad y oportunidad.

EFICACIA

Se trata de que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas.

Es la evaluación de un programa o actividad en el logro de objetivos y metas , en términos de cantidad, calidad y oportunidad.

EQUIDAD Identifica los receptores de la acción económica y analiza la distribución de costos y beneficios entre diferentes sectores económicos y sociales entre entidades territoriales.

VALORACIÓN DE COSTOS AMBIENTALES

Cuantifica el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar gestión de protección, conservación uso y explotación de los mismos.

La gestión de programas, proyectos y actividades del Estado deben conducir al crecimiento económico , a la elevación de calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales en que se sustentan , ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlos para la satisfacción de sus propias necesidades.

Igualmente corresponde al compromiso (política) del ente auditado desarrollar sus actividades misionales y de apoyo con el debido respeto de la protección del medio ambiente, implementando, manteniendo y mejorando continuamente principios y prácticas medioambientales, de conformidad con las políticas, normas y regulaciones aplicables.

EFFECTIVIDAD:

Es el grado de satisfacción o impacto que produce un bien o servicio dentro de una comunidad o población objeto.

Este impacto debe medirse en la comunidad receptora de dicho bien o servicio, la que generalmente se encuentra fuera de la organización que lo produce.

COHERENCIA:

Hace referencia a la articulación de los planes programas y proyectos frente al plan de desarrollo y estratégico.

1. Determinar Los Hallazgos

EL hallazgo de auditoría es un hecho relevante que se constituye en un resultado determinante en la evaluación de un asunto en particular, al comparar la condición, con el criterio. Igualmente es una situación determinada al aplicar pruebas de auditoría que se complementará estableciendo sus causas y efectos.

Todos los hallazgos en la contraloría territorial son administrativos, sin perjuicio de sus efectos fiscales, penales, disciplinarios o de otra índole y corresponden a todas aquellas situaciones que hagan ineficaz, ineficiente, inequitativa, antieconómico o insostenible ambientalmente, la actuación del auditado, o que viole la normatividad legal y reglamentaria o impacte la gestión y el resultado auditado (efecto)

2. Características y Requisitos del Hallazgo:

La determinación, análisis, evaluación y validación del hallazgo, debe ser un proceso cuidadoso, para que este se cumpla con las características que lo identifican, las cuales exigen que este debe ser:

Figura 4. Evaluación y validación del hallazgo

Características/Requisitos	Concepto
objetivo	El hallazgo se debe establecer con fundamento en la comparación entre el criterio y la condición
Factico	Debe estar basado en hechos y Evidencias precisas que figuren en los papeles de trabajo. Presentados como son, independientemente del valor emocional o subjetivo.
relevante	Que la materialidad y frecuencia merezca su comunicación e interprete la percepción colectiva del equipo auditor
Claro	Que contenga afirmaciones inequívocas libres de ambigüedades, que este argumentado y que sea válido para los interesados.
Verificable	Que se pueda confrontar con hechos, evidencias o pruebas.
Util	Que su establecimiento contribuya a la economía, eficiencia, eficacia, equidad y a la sostenibilidad ambiental en la utilización de los recursos públicos, a la racionalidad de la administración para la toma de decisiones y que en general sirva al mejoramiento continuo de la organización.

d) Fase de Informe de la Auditoría

Hace referencia a la elaboración del informe preliminar y al informe final que contienen los conceptos, pronunciamientos, opiniones y los resultados de la evaluación de la Gestión fiscal

El informe de auditoría es el documento final del proceso auditor, que sintetiza el resultado del cumplimiento de los objetivos definidos en el memorando de asignación de auditoría, en el plan de trabajo y el resultado de las pruebas adelantadas en la ejecución.

Los propósitos del informe definitivo son:

- Registrar los resultados de la auditoría adelantada
- Describir de manera precisa, clara, conciso los hallazgos determinados durante el proceso auditor.
- Apoyar el control político que ejercen las respectivas corporaciones públicas
- Servir el insumo para que el ente auditado formule el plan de mejoramiento
- Comunicar e informar públicamente los resultados de la auditoría.

6.3.4 ACTIVIDAD No3: revisión de la normatividad jurídica vigente respecto de los aspectos sustanciales y procesales de la responsabilidad fiscal en Colombia

En la presente Actividad se realizó una revisión de la normativa respecto de la ley 610 de 2000 la cual es el fundamento de las condiciones necesarias requeridas para el ejercicio del control fiscal y la responsabilidad fiscal.

De igual manera se examinó el contexto constitucional y legal de la responsabilidad fiscal, donde se dedujeron los aspectos como conceptos y características relevantes, así mismo se identificaron los elementos los cuales

configuran la responsabilidad fiscal, sin los cuales es imposible concretar la responsabilidad a un servidor Público.

Cabe señalar que dichos lineamientos jurídicos ya fueron mencionados el capítulo II sobre los fundamentos teóricos y en el capítulo III referente al análisis Jurídico de los aspectos sustanciales y procesales de la Responsabilidad Fiscal.

Ante la situación planteada indicaré únicamente los aspectos más importantes en que se hizo énfasis:

La ley 610 de 200 ha marcado las pautas que deben guiar el desempeño de la función constitucional de determinar la responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías; sin embargo, existen serios desajustes institucionales, ambigüedades procesales y sustanciales que exigen a las contralorías territoriales hacer esfuerzos a efectos de unificar los criterios técnicos en materia de la responsabilidad fiscal para que a través de esta herramienta se puedan alcanzar los objetivos constitucionales asignados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, siendo relevante introducir conceptos propios de la materia y definiciones que servirán como apoyo al desarrollo de la práctica empresarial.

La responsabilidad fiscal es un estatuto autónomo, en el entendido de que es distinta de la responsabilidad disciplinaria o de la responsabilidad penal que puedan generarse por unos mismos hechos, resultando constitucionalmente admisible el fenómeno de la acumulación de responsabilidades, fiscal, disciplinaria y penal⁴⁴, con la aclaración que dentro de los diversos estatutos a que puede someterse un servidor público o un particular, además es una función atribuida a los contralores de manera específica e independiente con relación a las demás funciones que les competen a ellos, y a las contralorías, incluyendo al mismo control fiscal como función genérica de dichos organismos de control.

⁴⁴ Corte Constitucional Sentencia C- 382 de 2008 M.P SIERRA. PORTO, Humberto Antonio.

En tal sentido, este instituto de la responsabilidad –con el marco de autonomía señalado– es una de las herramientas con que cuentan las contralorías para desplegar la actividad misional básica que le confiere la carta política de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal (artículo 267)⁴⁵

La Ley 610 de 2000 en el Artículo 4º delimita el objeto de la responsabilidad fiscal al “resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”.

La Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado expresó en alguna oportunidad lo siguiente: “El objeto de la responsabilidad fiscal consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por su acción u omisión y en forma dolosa o culposa, asuman una conducta que no está acorde con la ley – o cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órgano oficiales obligaciones no autorizadas por aquella -, deberán reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que como consecuencia se hayan producido.”⁴⁶

⁴⁵AMAYA, OLAYA. Uriel Alberto. teoría de la responsabilidad fiscal 1 edi. Bogotá. Colombia .universidad externado de Colombia 2002. ISBN 958-616-641-4

⁴⁶Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 732 de Octubre 3 de 1995. C.P. Dr. HENAO HIDRÓN. Javier.

6.3.4.1 Elementos de la Responsabilidad Fiscal Se entiende por elementos de la responsabilidad fiscal aquellos supuestos sustanciales necesarios, que deben ser probados en el transcurso del proceso fiscal para poder endilgar y adecuar una responsabilidad fiscal a un servidor Público o particular. Según lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, “la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Un daño patrimonial al Estado.

Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.”

6.3.4.2 La Conducta y el grado de Imputación: “La conducta se refiere al comportamiento activo u omisivo, doloso o culposo que provoca un daño al patrimonio público, atribuible a un agente que realiza gestión fiscal”, es decir no es suficiente que la persona haya cometido una conducta dolosa o culposa – causante del daño patrimonial – si no que esa conducta tiene que estar directamente referida a dicha gestión fiscal como indicó el doctrinante AMAYA

De otro lado, el párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 indica que “el Grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve.”

La corte constitucional se pronunció sobre la culpa leve en el grado de imputación de la conducta declarando inexecutable dicho párrafo en lo siguiente:

“ Es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por

el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.”

Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.”⁴⁷ Significa entonces que la responsabilidad fiscal del servidor público deriva de que su conducta o de su actuar doloso o culposo únicamente pues el legislador al plantear que la responsabilidad se originara desde la culpa leve era contraria a la carta política.

⁴⁷Corte Constitucional mediante Sentencia C-619-02 de 8 de agosto de 2002, Magistrados Ponentes Drs. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

6.3.4.3 El Daño Patrimonial al Estado. Al definir el daño, la norma busca incorporar todas las modalidades posibles en la cuales se puede concretar el daño y la existencia del mismo es lo que justifica y le da razón de ser al ejercicio de la acción fiscal, ya que de no existir daño no es procedente el inicio o la conclusión del proceso pues la inexistencia del detrimento desvirtúa la existencia de la acción. Para la exigencia de que el daño sea reparado, es necesario que el mismo se encuentre consolidado y sea de carácter real, cuantificable.⁴⁸

6.3.4.4 Nexo Causal. La relación de causalidad o el nexo causal , implica que entre la conducta desplegada por el gestor fiscal, o entre la acción relevante omitida, y el daño producido debe existir una relación determinante y condicionante de causa y efecto ,nexo cuya ruptura se produce cuando opera la llamada causa extraña que abarca la fuerza mayor y el caso fortuito.⁴⁹

6.3.4.5 La Imputación Del Daño en La Responsabilidad Fiscal La imputación es la atribución jurídica de un daño causado al patrimonio público a una conducta de un servidor público o un particular, según la propuesta de JUAN CARLOS HENAO, imputación que él entiende no solo como la atribución del daño a un comportamiento material o activo pues igualmente incluye los hechos omisivos. Para efectos específicos de la responsabilidad fiscal el autor lo utiliza con un sentido amplio, como un mecanismo valorativo de antijuricidad objetiva, cuyo desvalor respecto de la conducta determina la imputación del daño, mediante unos criterios o factores, que ponderan la posición funcional (o contractual) del agente frente a sus obligaciones jurídicas derivadas del ámbito reglado (normativo o contractual) de la gestión fiscal⁵⁰

⁴⁸SANTAFE, ALFONSO. Lidia Yolanda La declaratoria de la Responsabilidad Fiscal: ¿Función Administrativa o Jurisdiccional? Maestría en derecho. Bogotá dc .Universidad nacional de Colombia. facultad de derecho 2012. P 45

⁴⁹AMAYA, OLAYA. Uriel Alberto.teoría de la responsabilidad fiscal 1 edi. Bogotá. Colombia .universidad externado de Colombia 2002. P.204 ISBN 958-616-641-4

⁵⁰HENAO. Juan Carlos. responsabilidad del estado p 164

6.3.4.6 Prescripción De la Acción Fiscal Al igual que el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal la ley estableció que la responsabilidad fiscal prescribirá en cinco años contados a partir de la fecha en que se profiera el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término la contraloría no ha dictado providencia en firme que lo declare . “Lo anterior significa que si los organismos de control fiscal a pesar de haber iniciado en debida forma el proceso de responsabilidad fiscal, no culminan o no deciden de fondo y mediante en providencia en firme que declare la existencia en firme de una responsabilidad fiscal en término de cinco años, se considerara que la acción ha prescrito.”⁵¹

6.3.4.7 La Gestión Fiscal Como presupuesto Sustancial El término de gestión fiscal refiera a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las diferentes fases de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición. A su turno, según la Corte, la vigilancia de esta gestión se sustrae a “... establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración”⁵²

⁵¹ VASQUES, MIRANDA. Willian. Control fiscal y auditoria del Estado en Colombia. 1 edi . Fundación universidad Jorge Tadeo Lozano Bogotá. 2000 ISBN 958-9029-31-0

⁵² 6 Sentencia C-499/98 de septiembre quince(15) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

ACTIVIDAD No 4: Revisión De Expedientes y fallos de responsabilidad fiscal emitidos por la Contraloría Municipal De Bucaramangadel año 2011 al 2013 y fallos de lo contencioso administrativo donde es parte la Contraloría Municipal De Bucaramanga

En ésta actividad se realizó una Observación y diagnostico de los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por la contraloría específicamente fallos del año 2011, 2012 y 2013 para materializar los conceptos, procesos internos y normatividad estudiada, se revisan, los autos de apertura de la investigación, autos de imputación de responsabilidad fiscal, formas de iniciación de proceso, el régimen probatorio, nulidades, términos de caducidad y prescripción, así mismo se revisaron y se realizó el ejercicio de análisis de un fallo de nulidad y restablecimiento del derecho ante del tribunal administrativo de Santander en el cual la contraloría Municipal era la demandada, fallo del 28 del 26 de Agosto de 2010, en el cual se analizó y se introdujo al proyecto de sistematización y análisis. (Ver anexo No 1)

6.4 INFORME No 2: IDENTIFICACIÓN Y RECOLECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

En este segundo informese presentarán Las actividades correspondientes que contribuyeron a la organización y búsqueda de toda la jurisprudencia y bibliografía requerida para realizar el respectivo proceso de unificación, sistematización y análisis de los conceptos técnicos y jurídicos en el proceso de responsabilidad fiscal, emitidos por Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y la Corte Constitucional.

Los métodos de recolección de información para diagnosticar el problema planteado se realizaron primero a través de una selección de temas importantes que deben tocarse en el proyecto, de unificación y sistematización posteriormente una vez seleccionados se procede a realizar la búsqueda en vía web, bases de datos y doctrina de la Contraloría general de la república la jurisprudencia sobre los temas mencionados, jurisprudencia de las Altas Cortes (Corte Constitucional y Consejo de Estado, Tribunales Administrativos)posteriormente, se organizó y se incorporó las sentencias encontradas por temas específicos , cabe agregar que esta etapa es fundamental ya que delimita o se realiza un marco sobre los temas más importantes a desarrollar jurisprudencialmente

6.4.1 ACTIVIDAD No 5: Selección y Determinación de los Temas que Refieren A Los Aspectos Sustanciales y Procesales de la Responsabilidad Fiscal, en los Cuales Se Pretende Enfatizar

En esta Actividad se realizó un bosquejo o tabla de los temas más importantes en los que se va a hacer énfasis referente a aspectos sustanciales y procesales de la Responsabilidad Fiscal que tienen las Contralorías; así mismo, para esta labor de la determinación de los temas se contó con una orientación de las Abogadas Sustanciadoras en los procesos de responsabilidad fiscal de la Contraloría Municipal de Bucaramanga; Dra. LEIDY JULLIED PRADA ÁLVAREZ y la Dra. ANDREA JULIANA CASTAÑEDA, de igual manera se contó con la orientación del tutor de la Entidad, Dr. JORGE ELIÉCER GÓMEZ TOLOZA; dicha orientación fue encaminada a cuales temas son lo que resulta importante ahondar siendo necesarios para las funciones de las Abogadas Sustanciadoras en aras de proceder a aplicarlos en algunos casos que muchas veces no son temas que son tocados o no se tiene conocimiento y las Altas Cortes y Tribunales Administrativos definen y conceptualizan; es por ello, que a través del bosquejo se pretende implementar una guía de búsqueda por temas importantes que se implementan dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

Con fundamento en lo anterior, se procedió a delimitar y seleccionar los temas más relevantes dentro del proceso de responsabilidad fiscal a investigar, en la jurisprudencia de las Altas Cortes de la siguiente manera:

1. LA RESPONSABILIDAD FISCAL, FINALIDAD, CARÁCTER PATRIMONIAL Y CARACTERISTICAS.
2. NATURALEZA JURÍDICA
3. SUJETOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL
4. LA GESTIÓN FISCAL: ¿quiénes son gestores fiscales?
5. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.
6. EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
7. INDAGACION PRELIMINAR
8. APERTURA DE INVESTIGACIÓN
9. EMPLAZAMIENTO A HEREDEROS
10. AUTO DE IMPUTACIÓN
11. CARGA DE LA PRUEBA
12. DEBIDO PROCESO
13. DEFENSA TECNICA
14. VERSIÓN LIBRE Y EXPONTANEA
15. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
16. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL
17. DOLO y CULPA GRAVE
18. DAÑO PATRIMONIAL
19. NEXO CAUSAL
20. COMPETENCIA
21. TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE (VINCULACIÓN A GARANTE)
22. RECURSOS
23. MEDIDAS CAUTELARES
24. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

- 25. CESACIÓN DE LA ACCIÓN Y ARCHIVO DE LA ACCIÓN FISCAL
- 26. REAPERTURA DE LA ACCIÓN FISCAL
- 27. EL PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL
- 28. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL PROCESO FISCAL Y DISCIPLINARIO

6.4.2 ACTIVIDAD No 6: Búsqueda, identificación y organización de sentencias que refieran a temas de los criterios sustanciales y procesales que han sido determinados y seleccionados.

Esta Actividad se realizó la búsqueda e identificación de las sentencias que hacen hincapié en los temas ya delimitados y seleccionados, se recopila información relacionada sobre los temas, se recopiló información en libros , bases de datos de la página de la Contraloría General de la República, jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, así como en la vía web, también se realizaron algunas preguntas sobre los temas a las Abogadas Sustanciadoras y al Subcontralor sobre aspectos en los cuales se podía ahondar como lo es las diferencias que pueden existir entre el proceso de responsabilidad fiscal y el proceso disciplinario en vista de que muchos abogados en sus argumentos de defensa proceden a confundir algunos términos que pertenecen al ámbito disciplinario no siendo estos importantes para la responsabilidad fiscal. De igual manera en vista de que la materia propia del proceso de responsabilidad fiscal no ha sido objeto de suficientes desarrollos Jurisprudenciales, para el número de sentencias que se desarrollaran por cada tema se tomo como referencia una base de datos descargada de la página de la Contraloría General de la república, de igual manera se tuvo en cuenta el libro “ teoría de la responsabilidad Fiscal” del autor Amaya Olaya edición 2002.

Dadas las condiciones anteriores se realizó la identificación y organización de las sentencias por temas de la siguiente manera:

1. **LA RESPONSABILIDAD FISCAL, FINALIDAD, CARÁCTER PATRIMONIAL Y SUS CARACTERISTICAS**
 - Corte Constitucional Sentencia C-382/08

2. **NATURALEZA JURÍDICA**
 - Corte Constitucional Sentencia Sentencia SU - 620 DE 1996
 - Corte Constitucional Sentencia C- 189 de 1998
 - Consejo de Estado sección primera Sentencia de Febrero 7 de 2008. Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrade

3. **SUJETOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL**
 - Consejo de Estado Sección primera Sentencia de veintiocho (28) de abril del dos mil cinco (2005) MP: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

4. **LA GESTIÓN FISCAL: ¿quiénes son gestores fiscales?**
 - Corte Constitucional -Sentencia C-840 DE 2001
 - Consejo de Estado- Sentencia de 26 de agosto de 2004

5. **PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

6. **INDAGACION PRELIMINAR**
 - Sentencia C - 840 DE 2001
 - Sentencia T-029 DE 2007

7. **APERTURA DE INVESTIGACIÓN**
 - Corte Constitucional Sentencia T -297 DE 2006

8. **EMPLAZAMIENTO A HEREDEROS**

- Corte constitucional Sentencia C – 131 DE 2003

9. PRUEBAS

- Corte Constitucional SU- 620 DE 1996
- Consejo De Estado -Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Primera -Consejera Ponente: Maria Claudia Rojas Lasso Fallo del trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009)

10. DEBIDO PROCESO

- Corte Constitucional Sentencia C- 832 DE **2008**
- Corte Constitucional Sentencia T -752 de 2009
- Corte Constitucional Sentencia T – 297 DE 2006

11. DEFENSA TECNICA

- Corte Constitucional Sentencia C-131 DE 2002
- Defensa en Etapa de INVESTIGACIÓN C-540 DE 1997

12. VERSIÓN LIBRE Y EXPONTANEA

- Corte Constitucional Sentencia C- 131 DE 2002

13. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

- Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Primera- Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO- Fallo del trece (13) De Agosto De Dos Mil Nueve (2009)

14. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

15. DOLO y CULPA GRAVE

- Corte Constitucional Sentencia C-6 19 de 2002
- Corte Constitucional Sentencia C-840 DE 2001

- Tribunal Administrativo de Santander

16. DAÑO PATRIMONIAL

- Consejo de Estado –Sección Primera fallo dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012): **M P MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**
- Corte Constitucional SU -620 DE 1996
- Corte Constitucional Sentencia C-840 DE 2001

17. NEXO CAUSAL

- Consejo de Estado Sección primera Sentencia de veintiocho (28) de abril del dos mil cinco (2005) MP: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

18. COMPETENCIA

- Corte Constitucional Sentencia T-610/10

19. TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE (VINCULACIÓN A GARANTE)

- Corte Constitucional Sentencia C- 735 de 2003
- Consejo de Estado -sección primera MP: Rafael e. Ostau de Lafont Pianeta, fallo del 29 de septiembre de dos mil once (2011)

20. RECURSOS

- Corte Constitucional sentencia C -557 de 2001
- Consejo De Estado -Sala De Lo Contencioso Administrativo -Sección Primera Fallo Del Veintiocho (28) De Abril De Dos Mil Once (2011).
Consejera Ponente: Doctora María ElizabethGarcía Gonzales

21. MEDIDAS CAUTELARES

- Corte Constitucional Sentencia C- 054 DE 1997
- Corte constitucional Sentencia C -840 DE 2001

22. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

- DIFERENCIAS Sentencia C- 574 de 1998
- Corte Constitucional Sentencia T -767 DE 2006

23. REAPERTURA DE LA ACCIÓN FISCAL

- Corte Constitucional -Sentencia C 832 DE 2008

24. EL PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL

- Corte Constitucional SENTENCIA C 512 DE 2013

25. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL PROCESO FISCAL Y DISCIPLINARIO

- Sentencia C- 077 de 2007

6.4.3 ACTIVIDAD No 7: Análisis de la Jurisprudencia referente a los Aspectos generales de la Responsabilidad Fiscal Emitida Por El Consejo de Estado y La Corte Constitucional. (Ver Anexo No 2)

En esta actividad se realizó la primera parte del objetivo general , esto es el análisis jurisprudencial de las sentencias que abordaban los aspectos generales de la responsabilidad Fiscal , tales como su finalidad, sus características, su naturaleza Jurídica , se analizaron un total de cuatro (4) sentencias extrayendo los conceptos jurídicos y técnicos referente a los aspectos generales y principios constitucionales que deben reflejarse en las funciones administrativas y en el proceso de responsabilidad fiscal, aspectos que han sido objeto de estudio por parte de las altas Cortes (ver anexo No 2)

6.5 INFORME No 3: SISTEMATIZACIÓN, UNIFICACIÓN Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL REFERENTE A LOS ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. (Ver Anexo No 2)

Una vez analizada jurisprudencialmente los aspectos generales de la responsabilidad Fiscal, en este tercer informe se presentará la forma como se realizaron y se generaron las líneas conceptuales respecto de los aspectos procesales y sustanciales de la responsabilidad fiscal, para de ésta manera unificar los criterios jurisprudenciales de las altas cortes en temas de responsabilidad fiscal. Por consiguiente se presentará mediante un trabajo escrito (VER ANEXO No 1) la Sistematización o compilación de los conceptos técnicos y jurídicos identificados sobre los aspectos sustanciales tales como los elementos de la responsabilidad fiscal, la gestión fiscal como presupuesto sustancial para la responsabilidad fiscal y demás aspectos procesales, de la responsabilidad fiscal determinados en la ley 610 de 2000, conceptos extraídos a través de un análisis de la jurisprudencia de las altas cortes

El proceso de sistematización se realizó a través de un escrito organizado, donde se clasificaron los aspectos de la responsabilidad a abordar, a partir de allí se efectuó un análisis de cada jurisprudencia, extrayendo los conceptos técnicos y jurídicos de la responsabilidad fiscal mediante la Jurisprudencia de las altas Cortes como la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y Los Tribunales Administrativos.

Para la implementación de esta fase además del apoyo interinstitucional establecido entre la Contraloría Municipal de Bucaramanga y la Universidad Industrial de Santander, se contó con el apoyo de un abogado experto en la materia, Dr. Jorge Eliécer Gómez Toloza, quien se encargó de guiar y asesorar el

proceso de sistematización y unificación de los criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad fiscal.

Las actividades que se llevaron a cabo de este tercer mes que han sido Ejecutadas para la consecución de este objetivo, son las siguientes:

- 1 Extracción de los conceptos técnicos y jurídicos identificados en cada jurisprudencia de las Altas Cortes leída y analizada
- 2 Análisis de los conceptos técnicos y jurídicos referente a aspectos sustanciales y procesales de la responsabilidad Fiscal.
- 3 Sistematización y unificación de los criterios técnicos y jurídicos identificados sobre los aspectos sustanciales y los aspectos procesales, de la responsabilidad fiscal determinados en la ley 610 de 2000

6.5.1 ACTIVIDAD No 8: Extracción de los conceptos técnicos y jurídicos identificados en cada jurisprudencia de las Altas Cortes leída y analizada

En esta etapa se tuvo en cuenta los temas que se establecieron en la tabla de contenido o bosquejo de los temas más importantes anteriormente delimitados para empezar a realizar un análisis en el orden establecido

Posteriormente se descubre el contenido del texto, se determina cada idea contenida en él, se identifica el problema jurídico y lo que expone de manera concreta, precisa, por parte de la Corporación.

De igual manera se realiza el ejercicio intelectual de extraer los conceptos técnicos que brinda la jurisprudencia específicamente en las Consideraciones de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, por lo anterior se extrae sin modificaciones los conceptos técnicos y jurídicos en las consideraciones de cada jurisprudencia, se resumen los elementos facticos y

el problema jurídico a resolver, para finalmente extraer los conceptos técnicos de cada tema, aclarando ciertos vacíos normativos de la ley 610 de 2000. (Ver anexo No 2)

Para la implementación de este proyecto se contó con el apoyo del abogado experto en la materia, Dr. Jorge Eliécer Gómez Toloza, quien se encargó de brindar pautas y orientar del proceso de sistematización y unificación de los criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad fiscal.

6.5.2 ACTIVIDAD No 9: Análisis de los conceptos técnicos y jurídicos referente a aspectos sustanciales y procesales de la responsabilidad Fiscal.

En vista de que en el anterior informe se da inicio al proyecto de sistematización y análisis respecto de la naturaleza jurídica de la responsabilidad fiscal y demás aspectos generales, en esta segunda etapa se realiza el ejercicio intelectual de analizar los conceptos técnicos y jurídicos específicamente de los elementos de la responsabilidad fiscal, sus aspectos sustanciales y sus aspectos procesales es decir se analizan también las diferentes etapas del procesos así como las actuaciones administrativas que se generan dentro del mismo.

Para dar continuidad en esta etapa se analiza mediante un breve recuento los extractos jurisprudenciales de las altas cortes en relación con el problema jurídico planteado en cada sentencia, para de esta manera generar una unificación de criterios sobre los aspectos sustanciales y procesales que se aplican durante todo el proceso de responsabilidad Fiscal. En total se analizaron treinta y ocho (38) sentencias en las cuales se hacía referencia a conceptos técnicos y jurídicos de todo el ámbito (procesal y sustancial) de la responsabilidad Fiscal en Colombia (ver anexo No 2)

6.5.3 ACTIVIDAD No 10: Sistematización y unificación de los criterios técnicos y jurídicos identificados sobre los aspectos sustanciales y los aspectos procesales, de la responsabilidad fiscal determinados en la ley 610 de 2000.

En esta Actividad que se realiza concomitantemente con las atrás mencionadas , se da continuidad al proceso organizando la jurisprudencia por temas analizados de acuerdo al problema jurídico planteado, de esta manera se sistematiza y se unifican los criterios jurisprudenciales, sin embargo respecto al tema de gestores Fiscales que resaltan las altas Cortes existen dos teorías por lo que se hace una conclusión al final y se recalcan las dos posturas de las corporaciones específicamente en el punto siete (7) sobre quiénes son los gestores fiscales dentro del ejercicio de la función pública. (Ver anexo No 2).

6.6 INFORME No 4: APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES UNIFICADOS Y SISTEMATIZADOS A LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

Con el objeto de dar continuidad a lo realizado en la tercera etapa o informe No tres , donde se desarrolló el objeto primordial de la práctica jurídica social, esto es unificar, sistematizar y analizar la jurisprudencia de las altas cortes referente a los aspectos sustanciales y procesales de la responsabilidad fiscal, en esta cuarta etapa o informe No 4 se pretende materializar el trabajo intelectual anteriormente mencionado y realizado, a través de la implementación de esta herramienta a los procesos de responsabilidad fiscal, específicamente aplicando dicha jurisprudencia en los recursos de reposición, empleando estos conceptos técnicos y jurídicos extraídos y unificados como base fundamental en la respuesta a los cargos planteados por la defensa en los recursos de reposición interpuestos en contra los fallos que declaran como responsables fiscales a servidores públicos

que incurrieron en un daño patrimonial al Estado, dichos fallos emitido por la Contraloría Municipal de Bucaramanga.

De igual manera por estos días específicamente el Diez (10) de octubre de 2013 el Juzgado Octavo civil del circuito falló a favor de la Contraloría Municipal De Bucaramanga mediante acción de tutela interpuesta por PROACTIVA CHICAMOCHA S.A, por lo que se procedió a analizar esta jurisprudencia aunque no es jurisprudencia de las altas Cortes, contribuye a ampliar más los conceptos jurídicos y técnicos que se tienen por parte de los jueces en el proceso de Responsabilidad Fiscal por lo que se añade dicha jurisprudencia a la herramienta realizada en la fase tres, es decir se incluyó en el trabajo escrito de sistematización y análisis jurisprudencial.

En síntesis las actividades realizadas en lo transcurrido en el mes de octubre tienen como objetivo aplicar los conceptos técnicos jurídicos extraídos de la jurisprudencia mediante el análisis y respuesta a los recursos de reposición basados en la herramienta Construida, además de extraer los conceptos mediante el análisis de un fallo de tutela emitido por el Juzgado octavo civil municipal a favor de la Contraloría Municipal de Bucaramanga el (10) Diez de octubre de 2013

6.6.1 ACTIVIDAD No 11: Análisis del Recurso de Reposición Interpuesto por el Abogado De la Dra. Helga Johana Ríos Duran contra de la resolución No 000005 de cinco (5) de junio de 2013 que la declara Responsable Fiscal. (Ver Anexo No 3)

Para esta labor se realizó el análisis del recurso de reposición acorde a los conceptos técnicos y jurídicos extraídos de la jurisprudencia , dicho recurso se interpuso mediante el apoderado de la responsable fiscal la DRA HELGA JOHANA RIOS DURAN por incurrir en daño fiscal ocasionado al patrimonio público por cuantía de cuarenta millones ciento noventa y cuatro mil treinta y

siete pesos (\$40.194.137) como consecuencia de la conducta dolosa consistente en estructurar planeación , llevar hasta la suscripción, ejecución y consecuente pago del contrato de prestación de servicios No 531 de 2011, Actividad que resultó Contraria a los principios de la Función Administrativa, de la Gestión Fiscal, especialmente los de eficiencia y eficacia, además de contrariar el ordenamiento Jurídico Colombiano. (Ver Anexo No 3)

Para esta labor se contó con la orientación del Sub contralor, Abogado experto en la materia Dr. Jorge Gómez Toloza

6.6.2 ACTIVIDAD No 12: Análisis Del Recurso de Reposición y Subsidio de Apelación Interpuesto por el Abogado del Señor Rodrigo Zambrano Pinto (Gerente de la EMAB. S.A E.S.P) En Contra de la Resolución Por la Cual lo Declara Responsable Fiscal, recurso interpuesto el día 29 De Julio De 2013. (Ver Anexo No 4)

Para esta actividad se realizó un análisis referente a los cargos sustentados por la defensa, trayendo a colación los conceptos jurisprudenciales técnicos y jurídicos de las altas Cortes Anteriormente sistematizados y compilados, del mismo modo que el recurso de reposición anterior se contó con la orientación y apoyo del Sub contralor, el Abogado, Dr. Jorge Gómez Toloza quien orientó sobre las pertinentes correcciones.

6.6.3 ACTIVIDAD No 13: Análisis del fallo de Tutela Del Diez (10) De Octubre De 2013 del Juzgado Octavo Civil Municipal A Favor De La Contraloría Municipal De Bucaramanga E Interpuesto Por PROACTIVA CHICAMOCHA S.A ESP (ver anexo No 5)

En esta actividad se realiza un análisis jurisprudencial del fallo, se extraen los conceptos realizados por el Juzgado octavo civil Municipal de las consideraciones

que tuvo para no tutelar el debido proceso de la accionante PROACTIVA CHICAMOCHA S.A ESP, de igual manera se introduce dicho análisis al trabajo escrito realizado en la tercera etapa del proyecto de práctica (ver anexo No 4)

CONCLUSIONES

- Se analizaron los temas que caracterizan a la Responsabilidad Fiscal desde el punto de vista constitucional, con el fin de demostrar que es diferente autónoma e independiente de los demás tipos de responsabilidad sea penal, disciplinaria, civil etc.
- Respecto al presupuesto sustancial de la Gestión fiscal para que la responsabilidad fiscal pueda darse en cabeza de un servidor público o particular, la Corte Constitucional extiende un poco el concepto sobre quien es gestor fiscal añadiendo que no solo el que maneja recursos es gestor fiscal es decir no solo se aplica dicho criterio al funcionario que ejecuta el presupuesto u ordena el gasto sino también pueden incurrir en responsabilidad aquellos servidores o particulares que realicen gestiones ineficientes antieconómicas que deriven una lesión patrimonial, a diferencia lado el Consejo de Estado sí mantiene su posición en darle solo el atributo de gestor fiscal a quien maneje ,administre y ejerza los demás verbos que coexisten en el tráfico económico en los recursos del Estado.
- Se analizó jurisprudencialmente tema de la Responsabilidad Fiscal, específicamente sus aspectos sustanciales y procesales con la finalidad de analizar su soporte constitucional, sus semejanzas y diferencias con la responsabilidad disciplinaria y de igual manera se unificaron criterios jurisprudenciales en el tema, construyendo una herramienta jurídica en aras de garantizar la independencia e imparcialidad del investigador logrando de esta manera el mejoramiento institucional en la Contraloría Municipal de Bucaramanga.
- Se aplicaron dichos conceptos técnicos y jurídicos extraídos jurisprudencialmente a los procesos de responsabilidad fiscal que se llevan actualmente en la contraloría, específicamente al analizar los recursos de reposición actuales interpuestos por abogados defensores de los investigados dentro del proceso fiscal, con base en la jurisprudencia extraída, contribuyendo

a la eficiencia de los procesos y el respeto al debido proceso de los investigados.

- Por lo anterior, se demostró la ineficiencia desde el punto de vista de la realidad práctica en el proceso fiscal al no existir un instrumento único jurisprudencial unificado y coordinado que fije en este mismo sentido un límite al alcance de la discrecionalidad de las contralorías a la hora de emitir un fallo de responsabilidad fiscal

BIBLIOGRAFIA

- AMAYA, OLAYA .Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad Fiscal, aspectos sustanciales y procesales. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Universidad externado de Colombia .Bogotá 2002
- Sistema nacional de control Fiscal en Colombia. Auditoría General de la república, Bogotá. Colombia 2011
- SANTAFE, ALFONSO. Lidia Yolanda La declaratoria de la Responsabilidad Fiscal: ¿Función Administrativa o Jurisdiccional? Maestría en derecho. Bogotá D.c .Universidad nacional de Colombia. Facultad de derecho 2012.
- ECHANDÍA, HERNANDO Devis. Nociones Generales de derecho procesal Civil, Madrid. 1996
- LOPEZ, Blanco. Instituciones de derecho procesal Civil
- RIAÑO, CORTÉS. Edwin¿Cómo Entender Los Recursos Procedentes En La Via Gubernativa Dentro De Los Procesos De Responsabilidad Fiscal A La Luz De La Ley 1474 De 2011? Encontrado en http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/boletin_32/como_entender_los_recursos.pdf
- Contraloría General de la República. Guía de Auditoria para las Contralorías Territoriales. Imprenta Nacional de Colombia. 2012
- ROMERO, CALVO. Diana. La responsabilidad Fiscal. Tesis de grado. Bogotá. Universidad de la Sabana. 2001
- VASQUES, MIRANDA. Willian. Control fiscal y auditoría del Estado en Colombia. 1 edi . Fundación universidad Jorge Tadeo Lozano Bogotá. 2000 ISBN 958-9029-31-0.
- Consejo de estado, sala de consulta y servicio civil. Concepto 3 de octubre de 1995, MP: HENAO, HIDRON .Javier

- Corte constitucional. Sentencia C 529 DE 1993, M P: CIFUENTES, MUÑOZ. Eduardo.
- Corte Constitucional sentencia su 620- de 1996 MP Antonio Barrera Carbonel
- Corte Constitucional Sentencia C -382 de 2008 MP HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO encontrado en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-382_2008.html
- Corte Constitucional mediante Sentencia C-619-02 de 8 de agosto de 2002, Magistrados Ponentes Dr. Jaime Córdoba Triviño y Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional Sentencia T- 549 De 2010
- Corte Constitucional Sentencia T- 1450 De 2000
- Corte Constitucional Sentencia C-394 de 2002
- Corte Constitucional Sentencia T-029 de 2007
- Corte Constitucional Sentencia C- 189 de 1998
- Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) Radicado número: 25000-23-24-000-2007-00209-01 del 3 de noviembre de 2011 CP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta
- Consejo de Estado sección primera Sentencia de Febrero 7 de 2008. Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrad
- Corte Constitucional -SENTENCIA C 840 DE 2001 MP Jairo Araujo Renteria
- Consejo de Estado- Sentencia de 26 de agosto de 2004 : MP GABRIEDUARDO MENDOZA MARTELO
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA encontrada en <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>

- CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA. Tomado de la pagina web de la Contraloría encontrado en <http://www.contraloriabga.gov.co/site/index.php/contraloria/mision>
- LEY 610 DE 2000 encontrado en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html
- LEY 1474 DE 2011 encontrado en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html
- LEY 136 DE 1994 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=329>
- LEY 617 DE 2000 encontrado en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0617_2000.html

ANEXOS

Anexos A. Análisis del fallo del Tribunal Administrativo De Santander- Fallo Del 26 De Agosto De 2010 Mp Mp: Julio Edison Ramos Salazar

El presente fallo fue promovido por el Dr. Alejandro Mulford Martinez quien fue director de Transito de Bucaramanga mediante acción de Nulidad y restablecimiento del derecho quien fue declarado responsable Fiscalmente por parte de la Contraloría Municipal de Bucaramanga mediante resolución No 001 de fecha 6 de febrero de 2007 por la suma de \$ 142.156.400.

HECHOS

El Dr Alejandro Mulford Martinez fue designado Director de Transito de Bucaramanga del 9 de julio de 2003 al 4 de Enero de 2004 ,en ejercicio de su cargo suscribió tres (3) títulos o cédulas de capitalización con cuotas mensuales de \$ 20.000.000 y \$ 25.000.000 respectivamente y a 18 meses de plazo cada una , en aras de generar un ahorro financiero a la entidad , dichos títulos se suscribieron previa consulta del estado financiero de la entidad, la cual tuvo viabilidad financiera por parte del jefe financiero de la dirección de transito.

Una vez terminado su periodo el Nuevo Director de Transito de Bucaramanga decidió rescindir los títulos o cédulas de capitalización, lo que conllevó a la entidad a obtener un detrimento patrimonial puesto que se ocasionó una pérdida de \$ 114.148.234 por concepto de Multa que se tuvo que pagar al rescindirlos con anterioridad al plazo pactado.

La contraloría profirió Resolución No 0001 de fecha 6 de febrero de 2007 declarando responsablemente al señor Alejandro Mulford por valor de \$ 142.146.400 pesos.

El señor Alejandro Mulford demanda la resolución alegando que la Contraloría no analiza la modalidad de la conducta pues éste obró de buena fé por lo que no se configura dicha actuación bajo la modalidad dolosa o culposa es decir no lo hizo con el ánimo de causar detrimento patrimonial por el contrario buscó generar posibilidades de ahorro a la Entidad.

De igual manera sustenta que la entidad pasaba por un buen momento económico o superávit que sirvió de soporte para la suscripción de dichos títulos y que dichos títulos fueron terminados por el nuevo director de tránsito y él fue el responsable que generó el detrimento a la Entidad.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En lo que respecta de la actuación dolosa o culposa del demandante el Tribunal entra a valorar algunas pruebas , observa que *el demandante no realizó un estudio con el fin de establecer las mejores posibilidades Financieras a la Entidad al momento de suscribir los títulos de capitalización*, no obstante el demandante consideró factible la suscripción de los títulos de capitalización , continuando con el modelo de los pasados Directores, quienes así lo venían haciendo solo que en esta ocasión el demandante los suscribió por sumas muy superiores.

Como se aprecia, la conducta del demandante recae en la No realización de un estudio o análisis que verifique el verdadero riesgo Económico en que pudiere haber entrado la Entidad con la suscripción de dichas cédulas, pero sobre todo de la necesidad de las mismas para mejorar las condiciones económicas y financieras de la Entidad.

El Tribunal basa sus argumentos en las declaraciones rendidas en el proceso de Responsabilidad Fiscal Adelantado por la Contraloría Municipal de Bucaramanga donde uno de los declarantes afirma “de acuerdo a las obligaciones constituidas a

31 de diciembre de 2003 , se concluye que la entidad comprometió más gastos de los que realmente ingresaron por valor de \$ 517,165.751 millones de pesos al cierre de la vigencia de 2003”⁵³ así mismo se verifica que la entidad en el año mostró superávit presupuestal los primeros cinco meses del año y déficit los siete meses restantes”⁵⁴

Concluye el tribunal *que la omisión del estudio para determinar la viabilidad de suscribir dichos títulos fue un factor determinante para el detrimento patrimonial de la Entidad Estatal,* como se observa se acreditó el elemento culposo en la conducta del demandante ,para endilgar responsabilidad fiscal, puesto que su falta de precaución ocasionó que la entidad se viera obligada, a los pocos meses del suscrito el último de los títulos de capitalización a solicitar un préstamo a la capitalizadora COLPATRIA por valor de \$ 286.720.852 puesto que ese ahorro le generaba un déficit , déficit que aumento al terminar el

⁵³Dr Jose Manuel Hernandez Ruiz, folio 958 y ss Cuaderno No 8 del proceso de Responsabilidad Fiscal, adelantado por la contraloría de Bucaramanga

⁵⁴ Tribunal Administrativo de Santander Fallo del 26 de Agosto de 2010 MP: JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

Anexos B. Trabajo escrito de sistematización, unificación y análisis del precedente Jurisprudencia referente a los aspectos procesales y sustanciales de la Responsabilidad

**SISTEMATIZACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL REFERENTE A LOS
ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DEL PROCESO DE LA
RESPONSABILIDAD FISCAL**

**PRÁCTICA JURÍDICO-SOCIAL
CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA**

**AUTOR:
FREDY ALEXIS CARDOZO ORTIZ**

**TUTOR:
JORGE ELIECER GÓMEZ TOLOZA
(SUBCONTRALOR)**

**CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA
BUCARAMANGA
2013**

1 INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene gran importancia puesto que tiene como finalidad realizar una unificación, compilación y análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, Corte Constitucional y Tribunales administrativos referente al proceso de responsabilidad fiscal en específico a sus aspectos procesales y sustanciales , dando a conocer la forma como el órgano Judicial ha tenido que llenar algunos vacios legales que contiene la ley 610 de 2000 puesto que este precepto normativo fue el que desarrolló y brindo pautas jurídicas y técnicas a la función pública del control fiscal y en general todos sus aspectos sustanciales y procesales , en relación con este último se evidencia entonces que actualmente existen algunos vacíos en la norma y que algunas Contralorías no tienen conocimiento sobre estos conceptos técnicos y jurídicos ya desarrollados por las altas Cortes.

Como consecuencia de lo anterior se procederá a realizar una unificación , compilación y análisis de cada aspecto procesal y sustancial en relación con el proceso de Responsabilidad Fiscal contribuyendo de este manera a generar conceptos técnicos y jurídicos que coadyuvaran a la Contraloría Municipal de Bucaramanga a mejorar los procesos de responsabilidad Fiscal , en cuanto a eficiencia y efectividad de los mismos, en el marco de las garantías del debido proceso que deben aplicarse en todas las actuaciones por parte del Ente investigador.

En tal sentido se procederá a dar respuesta a aquellos vacios normativos que el legislador no previó en su ejercicio legislativo dándole solución a la problemática actual de diversidad de criterios que han sido acogidos por las Contralorías Territoriales y departamentales, generando inseguridad jurídica al no existir uniformidad de criterios

Contenido

1	INTRODUCCIÓN.....	101
2	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	107
3	.OBJETIVOS.....	108
3.1	OBJETIVO GENERAL	108
3.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	108
4	LA RESPONSABILIDAD FISCAL FINALIDAD, CARÁCTER PATRIMONIAL Y CARACTERÍSTICAS.....	109
4.1	Corte Constitucional Sentencia C 382 de 2008	109
5	NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL.....	114
5.1	Corte Constitucional Sentencia SU -620 DE 1996	114
5.2	Corte Constitucional Sentencia C- 189 De 1998	115
5.3	Consejo de Estado sección primera Sentencia de Febrero 7 de 2008. Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrade	118
6	SUJETOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL	120
6.1	Consejo de Estado Sección primera fallo veintiocho (28) de abril del dos mil cinco (2005) MP: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA	120
6.1.1	PROBLEMA JURIDICO	121
6.1.2	CONSIDERACIONES DE LA SALA	122
7	LA GESTIÓN FISCAL ¿QUIENES SON GESTORES FISCALES?.....	124
7.1	Corte Constitucional -Sentencia C 840 De 2001- “ Gestión Fiscal”	124
7.2	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, s M.P. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Fallo del 26 de Agosto de 2004	128
7.2.1	PROBLEMA JURIDICO	128
7.2.2	CONSIDERACIONES	129
7.2.3	Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.	130
7.2.4	No procede por no implicar gestión fiscal frente a recursos o fondos públicos:	131
7.2.5	CONCLUSIONES GENERALES	133
8	PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	133

9	INDAGACION PRELIMINAR	134
9.1.1	Corte Constitucional Sentencia C 840 DE 2001	134
9.2	Corte Constitucional sentencia T-029 DE 2007	135
10	APERTURA DE INVESTIGACIÓN	137
10.1.1	CONSIDERACIONES	138
11	EMPLAZAMIENTO A HEREDEROS	140
11.1	Corte Constitucional Sentencia C -131 de 2003	140
11.1.1	PROBLEMA JURÍDICO	140
11.1.2	CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS	140
11.1.3	NO VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA Y AL DEBIDO PROCESO	141
12	PRUEBAS	144
12.1	Corte Constitucional Sentencia SU -620 DE 1996	144
12.1.1	Consideraciones De La Corte	145
12.2	Consejo De Estado -Sala De Lo Contencioso Administrativo-Seccion Primera Consejera Ponente: Maria Claudia Rojas Lasso Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Nueve (2009)	148
12.2.1	Consideraciones De La Sala	150
13	DEBIDO PROCESO	152
13.1	Corte Constitucional Sentencia C- 382 De 2008	152
13.2	Corte Constitucional Sentencia T - 752 De 2009	152
13.2.1	Consideraciones De La Corte	154
13.3	Corte Constitucional Sentencia T 297 DE 2006	155
13.3.1	Consideraciones De La Corte	156
14	DEFENSA TECNICA	160
14.1	Corte Constitucional Sentencia C- 131 de 2002	161
14.1.1	Consideraciones De La Corte	161
14.2	Corte Constitucional Sentencia T- 549 De 2010	165
14.2.1	Problema Juridico	166
14.2.2	Consideraciones De La Corte	166
15	VERSIÓN LIBRE Y ESPONTANEA.....	169
15.1	Corte Constitucional Sentencia T- 1450 De 2000	169

15.1.1	Problema Jurídico	169
15.1.2	Consideraciones	169
16	PRESUNCION DE INOCENCIA.....	170
16.1	Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Primera- Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO- Fallo del trece (13) De Agosto De Dos Mil Nueve (2009)	170
16.1.1	Hechos	171
16.1.2	PROBLEMA JURÍDICO	172
16.1.3	CONSIDERACIONES DE LA SALA	173
17	. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL:.....	175
18	CONDUCTA DOLOSA O CULPOSA.....	176
18.1	Corte Constitucional Sentencia C-6 19 De 2002	176
18.2	Corte Constitucional Sentencia C 840 De 2001	177
18.3	Tribunal Administrativo De Santander Fallo Del 26 De Agosto De 2010 Mp: Julio Edisson Ramos Salazar	180
18.3.1	Hechos	180
18.3.2	Consideraciones Del Tribunal	180
19	DAÑO PATRIMONIAL.....	181
19.1	CONSEJO DE ESTADO –Sección Primera fallo dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012): M P MARCO ANTONIO VELILLA MORENO	182
19.2	Corte Constitucional Sentencia SU -620 DE 1996	183
19.3	CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA C -840 DE 2001	184
20	NEXO CAUSAL.....	186
20.1	CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN PRIMERA Fallo Veintiocho (28) De Abril Del Dos Mil Cinco (2005) MP: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA	186
20.1.1	RECURSO DE APELACIÓN	187
20.1.2	CONSIDERACIONES DE LA SALA	187
21	COMPETENCIA	190
21.1	Corte Sentencia C-364 de 2001	191
22	TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE (VINCULACIÓN A GARANTE)	196
22.1	Corte Constitucional Sentencia C-735/03	197
22.1.1	Fundamentos De La Demanda	197
22.1.2	Consideraciones	199

22.2	Consejo De Estado -Sección Primera MP: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Fallo Del 29 De Septiembre De Dos Mil Once (2011)	202
22.2.1	Problema Jurídico	205
22.2.2	Consideraciones De La Sala.	205
23	RECURSOS.....	206
23.1	Corte Constitucional Sentencia C-557 De 2001	208
23.1.1	Problema Juridico	209
23.1.2	Consideraciones	209
23.2	Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo -Seccion Primera Fallo Del Veintiocho (28) De Abril De Dos Mil Once (2011). Consejera Ponente: Doctora María Elizabeth	212
23.2.1	Antecedentes	212
23.2.2	Hechos	213
23.2.3	Sentencia Recurrída	214
23.2.4	Problema Jurídico	215
23.2.5	Consideraciones Del Consejo De Estado	215
24	MEDIDAS CAUTELARES	217
24.1	Corte Constitucional Sentencia C -054 De 1997	218
24.1.1	Problema Juridico	219
24.1.2	Consideraciones De La Corte	219
24.2	Corte Constitucional Sentencia C -840 De 2001	222
24.2.1	Consideraciones De La Corte	223
25	PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL	225
25.1	La Prescripción	225
25.2	Caducidad	226
25.3	Diferencias Sentencia C- 574 De 1998	227
25.4	Corte Constitucional Sentencia T 767 De 2006	228
25.4.1	La Sentencia Recurrída	230
25.4.2	Jurídico	230
25.4.3	Consideraciones	231
26	REAPERTURA DE LA ACCIÓN FISCAL	232
26.1	Corte Constitucional Sentencia C -382 De 2008	232

26.1.1	Consideraciones De La Corte	233
27	PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL	237
27.1	Corte Constitucional Sentencia C-512 DE 2013	237
27.1.1	Problema Jurídico	240
27.1.2	Consideraciones De La Corte	240
28	DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL PROCESO FISCAL Y DISCIPLINARIO.....	245
28.1	Corte Constitucional Sentencia C 077 de 2007	245
29	BIBLIOGRAFIA	

2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La contraloría municipal de Bucaramanga es un órgano de control de orden municipal, encargado de la Función Pública de Control Fiscal y, por ello, de emitir fallos de responsabilidad fiscal en contra de funcionarios o particulares que realicen gestión fiscal, es decir, que manejen o administren recursos públicos. Sin embargo no existe una actuación sistémica y unificadora respecto de los criterios sustanciales y procesales en el proceso de responsabilidad fiscal ya establecidos por la corte constitucional y el consejo de Estado a la que deben acogerse las contralorías al emitir un fallo con responsabilidad fiscal por lo que se considera necesario construir un instrumento único jurisprudencial unificado y coordinado que fije en este mismo sentido un límite al alcance de la discrecionalidad de las contralorías a la hora de emitir un fallo de responsabilidad fiscal o fallo sin responsabilidad fiscal, armonizando de esta manera los aspectos sustanciales y procesales que tienen en cuenta las contralorías en sus fallos de responsabilidad fiscal según sea el caso.

Por otro lado los fallos emitidos por las contralorías demuestran poca homogenización y poca coordinación consensuada por parte de la contraloría general y contralorías territoriales, tampoco existe un sistema de información jurídica que promueva y garantice resultados eficientes dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva y sancionatorios adelantado por las contralorías. En ocasiones, los criterios utilizados para emitir esos fallos no cuentan con una base sólida en cuanto a criterios unificadores que sirvan de precedente para la toma de cada decisión. Así, se requiere contar con un trabajo académico que compile, sistematice y divulgue líneas conceptuales que unifiquen el precedente jurisprudencial sobre los aspectos sustanciales y procesales que se tienen en cuenta en el proceso de responsabilidad fiscal emitidos por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y la Corte Constitucional en aras de garantizar la independencia e imparcialidad del investigador logrando de esta manera el mejoramiento institucional, respaldando a las contralorías su legitimidad respetando en un marco de garantías su independencia y su autonomía que les otorga la constitución nacional.

3 .OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Contribuir a la sistematización, unificación y análisis de los criterios sustanciales y procesales, además de los conceptos técnicos y jurídicos extraídos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que se tienen en cuenta en los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las contralorías mediante una práctica jurídica social en la contraloría Municipal de Bucaramanga.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Asistir en la Revisión e identificación de los criterios jurídicos sustanciales y procesales en materia de responsabilidad fiscal emitidos por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los tribunales administrativos.
- Contribuir a generar y divulgar líneas conceptuales técnicas y jurídicas que unifiquen los criterios procesales y sustanciales del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por las contralorías.
- Contribuir a la elaboración de sistema de información jurídica respecto de los elementos sustanciales, procesales , conceptos técnicos y jurídicos que se tienen en cuenta en el proceso de responsabilidad fiscal.
- Propender por la efectividad de los procesos de responsabilidad fiscal de la contraloría de Bucaramanga en un marco de garantías.

4 LA RESPONSABILIDAD FISCAL FINALIDAD, CARÁCTER PATRIMONIAL Y CARACTERÍSTICAS.

A partir de 1991 en la carta política se modifica sustancialmente el concepto de la responsabilidad fiscal por la administración de los bienes y recursos del Estado, abriendo una puerta para consagrar y situar una categoría independiente de cualquier otra, significa entonces que la responsabilidad fiscal adquiere su propia identidad y autonomía por ende la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de fecha 3 de octubre de 1995, con Ponencia del Magistrado Javier Henao Hidrón señaló: *“(...) la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencia de los demás tipos de responsabilidad, incluyendo la civil, de donde se desprendió para adquirir su propia personalidad ...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 (...)*. En consecuencia la responsabilidad fiscal no debe ejercerse en el mismo campo que la responsabilidad civil ni tratada en las mismas condiciones, si no debe ser ejercida como una nueva figura que emana del género de responsabilidad cuyo origen deviene del Artículo 6 de la Constitución.

El fundamento de la Responsabilidad Fiscal la encontramos en la ley 610 de 2010 orientada exclusivamente a los servidores públicos y particulares que ejercen gestión fiscal, esta ley tiene como propósito aclarar algunas lagunas y vacíos que existían en la ley 42 de 1993.

4.1 Corte Constitucional Sentencia C -382 de 2008

El proceso de responsabilidad fiscal encuentra su fundamento en los artículos 268 Numeral 5 y 272-numeral 6 de la carta política, reconociendo al contralor General de La República y a Los Contralores Territoriales para conocer de lo siguiente

- Establecer la responsabilidad que se derive de La Gestión Fiscal
- Recaudar el monto de dichas sanciones
- Ejercer la jurisdicción coactiva una vez establecida la responsabilidad Fiscal

La Corte Constitucional define las características que sobresalen dentro de todo el marco de la responsabilidad fiscal , advirtiendo que el proceso fiscal cumple una función complementaria en el control y la vigilancia de la Gestión Fiscal determinando un mecanismo jurídico idóneo para establecer la responsabilidad fiscal de los servidores Públicos y los particulares cuando manejen fondos o bienes públicos y en ese ejercicio despliegue una conducta que conlleve al detrimento del patrimonio del Estado.

Los propósitos y objetivos que persigue el proceso y la responsabilidad que en él se deriva contienen características muy particulares y por las cuales la corte ha hecho referencia en la sentencia C 382 DE 2008 SEÑALANDO como principales las siguientes:

- a) *El proceso de responsabilidad fiscal se origina única y exclusivamente del ejercicio de una gestión fiscal, esto es, de la conducta de los servidores públicos y de los particulares que están jurídicamente habilitados para administrar y manejar dineros públicos.*

En esos términos, la materia del proceso es determinar y establecer la responsabilidad de tales sujetos, 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. Por este aspecto, cabe destacar que la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, norma que regula actualmente la materia, bajo el entendido de que los actos que materialicen la responsabilidad fiscal deben mantener una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal.⁵⁵

Hecha la observación anterior en concordancia con pronunciamientos Jurisprudenciales que más adelante se expondrán es factible que puedan existir eventos en los cuales un servidor público que no maneje fondos directamente o un contratista del Estado por un incumplimiento contractual pueden llegar a ser Sujeto Pasivo en un proceso de Responsabilidad Fiscal.

⁵⁵ Corte Constitucional Sentencia C 382 de 2008

b) El proceso de responsabilidad fiscal no tiene una naturaleza jurisdiccional sino administrativa. Esto significa que el investigado en el proceso fiscal, en estricto sentido, no es objeto de juzgamiento, pues no se encuentra sometido al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. En realidad, la acción fiscal se desarrolla en el ámbito de la función administrativa, y es a ella a la que se encuentra sometido el investigado, circunstancia que le permite, una vez concluido el proceso fiscal, acudir a la justicia contencioso administrativa para cuestionar la legalidad del procedimiento y la decisión en él proferida, la cual constituye un acto administrativo. Sobre esto último, ha resaltado la Corte que la posibilidad de controvertir el proceso de responsabilidad fiscal por la vía contenciosa “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 uno de ellos son titulares de unos derechos que, aunque con las matizaciones de cada caso, no pueden ser desconocidos.

La Corte Constitucional sostiene en diversas ocasiones que el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa, sin embargo el espíritu de la constitución dota a las contralorías de autonomía orgánica y funcional, de tal modo que comprende el ejercicio de funciones fiscalizadoras. Con respecto a la función fiscalizadora es aquella que consiste en establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal a través del proceso de responsabilidad fiscal el cual se plasma en actos fiscalizadores, de vigilancia o de control.¹⁵⁶

c) La responsabilidad fiscal que se declara en el proceso es esencialmente patrimonial y no sancionatoria, toda vez que tiene una finalidad exclusivamente reparatoria, en cuanto persigue la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado al Estado. Según lo ha explicado esta Corporación, el perjuicio material ocasionado al patrimonio estatal, como consecuencia de un mal manejo de los recursos públicos, se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado, el Estado, quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido.

Cabe precisar sin embargo que “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite.. Y no podría ser de otra manera, ya que en caso de ordenar una indemnización superior al monto total del daño, generaría un enriquecimiento sin causa.

La indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha

⁵⁶ Ardila, Ramirez. Arturo y Otero Leongomez. Maria del Pilar. LA RESPONSABILIDAD FISCAL.

dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante), a lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal, se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610 de 200. Tal indemnización no puede incluir otros factores que desborden el carácter indemnizatorio de la sanción.

d) La responsabilidad fiscal es independiente y autónoma de otros tipos de responsabilidad. En ese sentido, la responsabilidad fiscal es distinta de la responsabilidad disciplinaria o de la responsabilidad penal que puedan generarse por unos mismos hechos, resultando constitucionalmente admisible el fenómeno de la acumulación de responsabilidades, fiscal, disciplinaria y penal, con la aclaración, hecha ya por la Corte, de que si se persigue la indemnización de perjuicios a favor del Estado dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de tales perjuicios a través de un proceso fiscal.

e) La responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, pues para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. Al respecto, ha dicho la Corte que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por tanto, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente.

La jurisprudencia no ha definido de manera expresa unas pautas normativas de imputación de la responsabilidad fiscal, infiriéndose como tal atribuir el daño patrimonial a su autor, significa entonces que determinar ese criterio lo debe realizar el legislador de acuerdo a lo estipulado en el artículo 124 de la constitución política “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

Con base en ello, ha precisado la propia jurisprudencia constitucional, que la responsabilidad fiscal es tan sólo una “*especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público*”, y que, por lo tanto, en ese escenario -el de la responsabilidad fiscal-, el criterio normativo de imputación no puede ser mayor al establecido por la Constitución Política en el inciso 2° de su artículo 90 para el caso de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado (dolo o culpa grave).

f) Finalmente, para establecer la responsabilidad que les asiste a los servidores públicos y a los particulares, por el indebido manejo o administración de los dineros o bienes

públicos a su cargo, los órganos de control fiscal están obligados a obrar con observancia plena de las garantías sustanciales y procesales propias del debido proceso, las cuales deben armonizarse con los principios que gobiernan la función administrativa, es decir, con los principios de igualdad, moralidad eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209).

En ese escenario, la Corte ha dejado claro que el artículo 29 de la Carta Política, en el que se consagra el derecho fundamental al debido proceso para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal con los matices que le son propios a dicha función administrativa, concretamente, en lo que toca con 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 hecho.”⁵⁷

Para concluir lo expresado por la corporación tanto el proceso como la responsabilidad fiscal que se derive tienen como objetivo primordial proteger el patrimonio económico del Estado y es donde el legislador debe entrar a establecer las pautas aplicables, y definidas por la jurisprudencia teniendo en cuenta lo siguiente;

I) Su Finalidad es eminentemente resarcitoria y no sancionatoria,;

II) Es autónoma e independiente y opera sin perjuicio de que subsistan por unos mismos hechos cualquier otro tipo de responsabilidad -penal y disciplinaria-;

III) Se delimita por unas pautas normativas de imputación de carácter subjetivo basadas en el dolo y la culpa grave del agente, y se origina en el daño antijurídico sufrido por el estado y el nexo causal entre dicho daño y la conducta activa u omisiva del sujeto respecto del manejo inadecuado de recursos públicos;

IV) el decreto de la responsabilidad fiscal está a las garantías sustanciales y procesales del debido proceso y a los principios que orientan la función administrativa.

⁵⁷ Corte Constitucional Sentencia C 382 de 2008

5 NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL.

La carta política otorgó autonomía e independencia a la contraloría en el marco de sus funciones específicamente en sus artículos 267 y 268 , incluso le dio su calificativo como órgano de control agregando una naturaleza funcional propia , dicho enunciado lo encontramos en el artículo 268 inciso 4 según el cual " la contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización"

La corte constitucional y el consejo de Estado han enfatizado respecto de la naturaleza jurídica de la responsabilidad fiscal, precisando un análisis conceptual en las siguientes sentencias:

5.1 Corte Constitucional Sentencia SU -620 DE 1996

Aunque dicha sentencia tiene como fin verificar la afectación al debido proceso a las Entidades Ministerio de Defensa e INDUMIL dentro del proceso de responsabilidad fiscal en su contra y alega la contraloría General de la república que en la etapa de investigación según lo estipulado en la ley 442 de 1996 ..."*hay dos etapas en la investigación fiscal: la **investigativa**, que es donde se recogen pruebas, y, de acuerdo con la entidad, se informa al fiscal de la iniciación, al representante de la firma investigada, en este caso el Ministerio de Defensa e Indumil*".

"Se evacuan pruebas para determinar si hubo o no responsabilidad, lo que culmina con el cierre y si de las mismas se desprende posiblemente la hubo, se abre el juicio fiscal, momento en que aparecen los presuntos inculcados, a quienes se les notifica la decisión, constituyen apoderado, pueden pedir las pruebas y controvertir las existentes" la Corte Constitucional antes de entrar a verificar dicha afectación al debido proceso por parte de la contraloría por no concederles el traslado de las pruebas en la etapa de investigación para su refutación, hace un análisis en cuanto a la naturaleza y objetivos, y garantías en el proceso de la Responsabilidad fiscal puntualizando en lo siguiente

"Como función complementaria del control y de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales, existe igualmente, a cargo de éstas, 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", la cual constituye una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones

públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (arts. 6, 29, 90, 121, 123 inciso 2, 124, 267, 268-5 y 272 C.P., 83 y 86 de la ley 42 de 1993).

Es decir, que la responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado.

Dicha especie de responsabilidad es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa.

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. 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 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.⁵⁸

Me parece importante aclarar y precisar, que el proceso de responsabilidad fiscal según la Corte son actuaciones materiales y jurídicas, así mismo en diversas ocasiones sostiene que el proceso de responsabilidad Fiscal es de naturaleza Administrativa lo que conlleva a puntualizar que no es de naturaleza jurisdiccional. Cabe decir que la Ley 610 de 2000 señala que dicho proceso de responsabilidad abarca un conjunto de actuaciones administrativas, lo cual puede llevar a concluir que la Contraloría coadministra, es decir, que el ejercicio del control fiscal y la posterior deducción de responsabilidad fiscal son funciones administrativas.

5.2 Corte Constitucional Sentencia C- 189 De 1998

En esta sentencia se entra a discrepar sobre la constitucionalidad del artículo 80 de la ley 42 de 1993 que establecía como acto administrativo el auto de apertura a juicio Fiscal y el

⁵⁸ Corte Constitucional Sentencia SU 620 de 1996

artículo 81 que permitía los recursos de ley contra el fallo de responsabilidad fiscal, a continuación se transcriben los artículos 80 y 81 de la ley 42 de 1993:

"Artículo 80.- *Si el acto administrativo que da apertura al juicio fiscal no se hubiere podido notificar personalmente, una vez transcurrido el término para su notificación por edicto, la Contraloría designará un apoderado de oficio para que represente al presunto responsable en el juicio.*

Parágrafo. *Los órganos de control fiscal podrán designar para este efecto a los miembros de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho.*

Artículo 81.- *Terminado el proceso se declarará por providencia motivada el fallo respectivo, el cual puede dictarse con o sin responsabilidad fiscal, y será notificado a los interesados.*

El fallo con responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra él proceden los recursos y acciones de ley.

Parágrafo. *La responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que hubiere lugar.*

La actora considera que los apartes demandados violan los artículos 113, 117, 121 y 267 ordinal 4º de la Constitución. Según su criterio, la actividad fiscalizadora es distinta de las otras funciones tradicionales del Estado, por lo cual la Constitución de 1991 no sólo estableció la autonomía de los órganos de control sino que, explícitamente, durante los debates en Subcomisión II de la Asamblea Constituyente, los Constituyentes señalaron con claridad que orgánicamente "las contralorías no forman parte de ninguna de las tradicionales ramas del poder público", por lo cual se entiende que los actos de esta entidad no son legislativos ni jurisdiccionales ni administrativos.

Para sustentar su afirmación, la actora transcribe amplios apartes del Informe Ponencia sobre la estructura del Estado rendido por los Constituyentes, en donde, en particular, se señala que las contralorías expiden "actos administrativos, pero sólo en los asuntos inherentes a su propia organización, de la misma forma que las ramas jurisdiccionales o legislativa expiden este tipo de actos pero sólo de manera secundaria", por lo cual se entiende que en "desarrollo de su función fiscalizadora, sus actos son de naturaleza, contenido y objeto distintos, sus actos son de control, de vigilancia, o en otros términos más precisos, son actos fiscalizadores".

Con base en lo anterior, la demandante considera que el acto proferido dentro de un proceso de responsabilidad fiscal no es inherente a la propia organización de la Contraloría, por lo cual es un "acto fiscalizador, de naturaleza jurisdiccional porque comporta un pronunciamiento del órgano fiscal respecto a determinados sujetos que en

desarrollo de su gestión fiscal quebrantaron los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales, señalados como fundamentos para la vigilancia fiscal."

Por ello, según su criterio, permitir que se instaure "una acción de nulidad y restablecimiento para desestimar los efectos de un fallo con responsabilidad, es someter a juicio de una rama independiente y ajena al órgano de control, los mismos hechos que sirvieron de fundamento para determinar la responsabilidad fiscal". Las normas acusadas vulneran entonces el principio de autonomía e independencia que la Carta otorgó a las contralorías, por lo cual deben ser declaradas inexecutable, sin que ello signifique que la actuación de la contraloría quede sin control, pues subsisten tres, a saber:

La corte realiza un examen conceptual manifestando claramente lo siguiente:

"Las contralorías no hacen parte de la rama administrativa, ni ejercen funciones de gobierno o de ejecución administrativa, salvo aquellas estrictamente referidas a su organización interna, puesto que su tarea constitucional es esencialmente de control.

En general, todo ejercicio de una función administrativa, en el sentido de ejecución administrativa, se hace por medio de actos administrativos, por el contrario no todos los actos administrativos son expresión de una función administrativa, ya que pueden desarrollar otras funciones del Estado, como las funciones de control o de organización electoral. Por ende, no es incompatible con la autonomía de las funciones de control que sus actos sean calificados por la ley como administrativos, pues ello no confiere naturaleza administrativa a la actuación del órgano sino que simplemente señala que, debido a la ausencia de los requisitos de imparcialidad, independencia e inamovilidad de los funcionarios que los emiten, estos actos no son definitivos, pues pueden ser revisados por los jueces en cuestión. Por el contrario, si tales funcionarios reúnen las calidades propias de un juez, bien puede el ordenamiento conferirle efectos definitivos, estos es, jurisdiccionales a su decisión. Es más, la propia Carta y la jurisprudencia de la Corte muestran con claridad esa diferencia en materia de control disciplinario: así, las decisiones de la Procuraduría o de los superiores jerárquicos del investigado son administrativas, mientras que los fallos del Consejo Superior de la Judicatura son judiciales, y eso a pesar de que en todos los casos se trata del desarrollo de una función de control disciplinario. "59

La corte aclara que por regla general cuando se declara un acto administrativo se le asigna dicha función al poder ejecutivo, sin embargo de acuerdo al contenido del acto excepcionalmente otras instituciones estatales pueden producir actos administrativos sin que afecte su naturaleza especial y dentro del ejercicio frecuente de sus funciones.

⁵⁹ Corte Constitucional Sentencia C 189 de 1998

Para el caso en concreto todos los actos administrativos que expidan las contralorías en el ejercicio de sus funciones y para la realización de las mismas sí son actos administrativos en el entendido de que es una manifestación de sus funciones determinadas en la Ley y no en el sentido de ser actos de ejecución administrativa.

5.3 Consejo de Estado sección primera Sentencia de Febrero 7 de 2008. Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrade

El consejo de Estado puso de presente las características del proceso de responsabilidad fiscal, así mismo reitera la naturaleza administrativa del proceso destacando sus principales elementos que lo caracterizan

«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.

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-046/943[3]

Como se observa dicha responsabilidad es de contenido estrictamente patrimonial pues con ella se pretende proteger el bien jurídico del patrimonio público por lo tanto se busca reparar los daños que se le causen al mismo por un funcionario público en el ejercicio de la gestión fiscal.

d) 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.

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 autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho»⁶⁰

El Consejo de Estado reitera que a pesar de que la acción fiscal sea autónoma e independiente por ello no debe apartarse el ente investigador de aplicar las garantías procesales y sustanciales que se brindan constitucionalmente en el transcurso del proceso.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sección primera. Sentencia de Febrero 7 de 2008. Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrade

6 SUJETOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL

El artículo 4 de la ley 610 de 2000 adiciona que la responsabilidad Fiscal “ tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio Público como consecuencia de la Conducta dolosa o culposa como consecuencia de la conducta dolosa de quienes realizan Gestión Fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”

En cuanto a las medidas cautelares el artículo 12 de la mencionada ley prescribe que “ en cualquier momento del proceso de responsabilidad Fiscal se podrían decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público”

Al hablar de sujetos de responsabilidad fiscal hacemos referencia al individuo en quien recae la responsabilidad Fiscal, es decir al servidor público o al particular que ejerza actos de gestión fiscal, esta conclusión nos permite apreciar que el servidor público puede ser sujeto de responsabilidad Fiscal a nivel nacional o a nivel territorial dependiendo del origen de los recursos objeto de investigación.

Respecto del otro grupo de sujeto de responsabilidad Fiscal que son los particulares , solo pueden ser investigados cuando estén investidos , legal o contractualmente del ejercicio de gestor fiscal es decir que pueden quedar investidos para manejar o administrar recursos del Estado y que se cause un perjuicio económico por el mal manejo de este.

6.1 Consejo De Estado Sección Primera Fallo Veintiocho (28) De Abril Del Dos Mil Cinco (2005) Mp: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta

La siguiente jurisprudencia tiene como problema jurídico a resolver, ¿son o no sujetos de responsabilidad fiscal los Bancos que custodian dineros del ESTADO?, análisis que realiza el Consejo de Estado basado en los siguientes Hechos :

- 1) El Ministerio de transporte el 5 de diciembre giro 3 cheques por valor de por \$172.356.700.00, \$147.520.140.00 y \$132.961.200.00 , el Banco EL dia 6 de

diciembre hizo el pago pero un día después verifica la firma del pagador enviando carta con los 3 cheques originales al Ministerio, habiéndose dado la autorización por el Pagador del Ministerio, señor JOAQUIN VARGAS N, quien estampó su sello y chulo en la carta el pago de los cheques generó saldo rojo en la cuenta del Ministerio y a fin de aclarar esa circunstancia éste devolvió la respectiva chequera al Banco, el cual aclaró que tenía 3 cheques aparentemente falsos, adheridos a ella con cinta por la parte de atrás,

- 2) De modo que el cambio se hizo después de que el Banco se la entregara al Ministerio y antes de que éste se la devolviera para esclarecer los hechos, tiempo en el cual la custodia de la chequera estaba a cargo exclusivamente de dicho organismo, por intermedio de la señora CARMEN AMANDA DIAZ GOMEZ, Asistente de la División de Pagaduría
- 3) El 11 de junio de 1996 , la División de Investigaciones Fiscales Bogotá, de la Contraloría General de la República, dictó auto de cierre de investigación y apertura de juicio fiscal, vinculando, entre otros, al Banco Ganadero como presunto responsable fiscal, considerando al efecto que los cheques fueron girados el 5 de diciembre de 1995, consignados el 6 de diciembre para su pago por CANJE en BANCAFE SANTA ISABEL, COLMENA TOBERIN y en COLMENA 7 DE AGOSTO; que según los extractos bancarios fueron descargados el 6 de diciembre, es decir, que se hicieron efectivos el mismo día como si estuviéramos frente a un pago automático.
- 4) Que la confirmación de los cheques se hizo después del pago y que la entidad bancaria no verificó suficientemente la firma del pagador del Ministerio. De allí que se hace ostensible la responsabilidad fiscal en razón a que el Banco, por el contrato de servicios bancarios, realiza a título de contratista las transacciones propia e inherentes por el situado de fondos que gira la Dirección del Tesoro Nacional- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la luz del artículo 83 de la Ley 42 de 1993, produciéndose evidente deterioro y menoscabo del patrimonio estatal.
- 5) El 17 de febrero de 2000 se profirió el fallo 00004 declarando fiscalmente responsable al Banco por el monto ya indicado y exonerando a la señora CARMEN AMANDA DIAZ GOMEZ, decisión contra la cual aquél interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron decididos en el sentido de confirmar dicho fallo.
- 6) El tribunal ad quo confirma la sentencia señalando que En el procedimiento de responsabilidad fiscal se cumplió cabalmente el debido proceso, según se observa en los actos de impulso, posteriormente el banco apela dicha decisión al Consejo de Estado por lo que le compete establecer lo siguiente

6.1.1 PROBLEMA JURIDICO

EL Consejo de Estado entra ESTABLECER si el Banco Ganadero S.A., y todos los bancos son sujetos pasivos del control fiscal por el hecho de tener contrato de cuenta corriente con entidades públicas o estatales, pues de ello depende, según los argumentos de la demanda, que la Contraloría General de la República tenga o no competencia para expedir los actos acusados y que esta jurisdicción pueda examinar el fondo del asunto.

6.1.2 CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *“los contratos propios de la actividad crediticia o financiera que realice una entidad crediticia o financiera estatal con un particular son los únicos que se excluyen de la Ley 80 de 1993, es decir, que no tienen carácter de contrato estatal, mientras que los celebrados por cualquier entidad crediticia o financiera, sea pública o privada, con una entidad estatal que se rija por el derecho público están cobijados por esa ley y tienen carácter de contrato estatal, de modo que el carácter de contrato estatal se hace determinar por el criterio orgánico en lo que hace al cuenta corrientista.*

Por consiguiente, la entidad crediticia o financiera pública o privada, que celebre contratos propios de las referidas actividades, a los que pertenece el contrato de cuenta corriente, con una entidad estatal, tiene la condición de contratista estatal en los términos y para los efectos de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, a las entidades bancarias - públicas o privadas - que celebren contrato de cuenta corriente con entidades estatales, tal como se ha hecho en los actos acusados, les es aplicable el artículo 83 de la ley 42 de 1993 en cuanto incluye a los contratistas entre los sujetos pasivos de la responsabilidad fiscal, pues esa norma se refiere a los contratistas estatales al señalar: “La responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso, hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal.”⁶¹

De ello se desprende que la Contraloría General de la República tiene competencia para promover y decidir procedimientos de responsabilidad fiscal contra las mismas, en la medida en que la entidad contratante sea de orden nacional, como en este caso lo es el Ministerio de Transporte. Dicho de otra manera, las personas públicas o privadas, que

⁶¹ Consejo de Estado Sección primera fallo veintiocho (28) de abril del dos mil cinco (2005) MP: RAFAEL E. OSTAUF DE LAFONT PIANETA

correspondan a la clase de entidades previstas en el citado párrafo, son sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal cuando el cuenta corrientista es una entidad pública”⁶²

Como se evidencia el Consejo de Estado aclara que no únicamente los contratos establecidos en la ley 80 de 1993 son los únicos en los cuales se puede desprender una responsabilidad fiscal a los particulares, por el contrario independientemente del contrato y siempre y cuando el objeto del mismo tenga relación en la administración recursos o bienes del Estado cualquier contratista que contrate con el ESTADO independientemente si el contrato se encuentra regulado o no por la ley 80 de 1993 , puede ser responsable fiscalmente y es competencia de las contralorías endilgar una responsabilidad fiscal a dichos particulares.

Así mismo señala que se deben tener en cuenta dos situaciones:

- 1) *cuando el contrato es suscrito entre una entidad pública del sector financiero o asegurador y otra entidad estatal.*
- 2) *contratos celebrados entre una entidad financiera o aseguradora privada y una entidad estatal*

Es decir que cuando existe contrato celebrado entre una entidad financiera o aseguradora de carácter público y un particular el CONSEJO DE ESTADO señala que estos contratos corresponden “al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social”⁶³, lo que significa esta ultima situación no se considera regido por la contratación estatal de manera que es la jurisdicción ordinaria la conoce tanto de los procesos declarativos como los ejecutivos derivados de esos contratos. Cabe agregar que los bancos son encargados del manejo y responsabilidad de dinero en efectivo o de títulos valores, así mismo se deposita confianza en ellos toda vez que tienen una proximidad física con fondos públicos no de una relación jurídica pero si de un nexo que traspassa el ejercicio de la gestión fiscal.

7

⁶² Consejo de Estado, Sección primera. fallo veintiocho (28) de abril del dos mil cinco (2005) MP: OSTAU DE LAFONT PIANETA, RAFAEL E.

⁶³ LEY 80 DE 1993 , artículo 32, párrafo 1

8 LA GESTIÓN FISCAL ¿QUIENES SON GESTORES FISCALES?

Respecto del proceso de responsabilidad fiscal se determinó un conjunto de funciones y actuaciones al contralor general de la república, de acuerdo a lo estipulado en el numeral 5 del artículo 268 de la constitución nacional como una de las funciones "determinar la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, por consiguiente todas las contralorías departamentales y municipales deben seguir el mismo contenido normativo, ahora en el artículo 4 de la ley 610 de 2000 se mantiene la misma posición reiterando "que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al erario como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realicen una gestión fiscal, significa entonces que dentro de los presupuestos para atribuir una responsabilidad fiscal a un servidor público por daño patrimonial al estado la conducta del mismo debe provenir de que su actuación tenga relación con el ejercicio de la Gestión fiscal.

Es importante definir el concepto técnico y jurídico de la Gestión fiscal, conceptos que respondan al principio y naturaleza de la gestión fiscal, dado que en Colombia no se ha definido uniformemente quienes son los verdaderos gestores fiscales, pues existen diversidad de servidores públicos que dentro del ejercicio de sus funciones por acción u omisión conlleven a causar un daño patrimonial al estado pero no todos los funcionarios actúan dentro del ejercicio de la gestión fiscal.

8.1 Corte Constitucional -Sentencia C 840 De 2001- " Gestión Fiscal"

La corte constitucional en sentencia **C 840 DE 2001** definió algunos aspectos respecto del concepto de gestión fiscal desde la concepción constitucional:

Con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir

bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite.

Se trata de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes “completos” pero inertes.⁶⁴

A lo largo de los planteamientos hechos se observa que la Gestión fiscal y el control fiscal se amplía a partir de la nueva constitución de 1991, puesto que el control fiscal ya no opera bajo criterios económicos formalistas, es decir, bajo la dinámica de control previo y perceptivo dado que ante el evidente mal manejo de disposición de bienes y rentas estatales, como consecuencia de dicha práctica fiscalizadora sirvió como diagnóstico al constituyente de 1991 para reinstaurar el instituto de control fiscal, indicando la Carta Política que el ejercicio del control se amplía a control financiero, de gestión y de resultados y no mero control numérico como se ejercía antiguamente.

De este modo la carta política a pesar de que le otorga autonomía e independencia al ordenador del gasto frente al ámbito de la gestión fiscal añade la Corte que *“no opera exclusivamente al ordenador del gasto dado que el circuito de la gestión fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado, criterios estos que cobijan a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado”*

De igual manera resalta la Corte en la sentencia *“Si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los*

⁶⁴ Corte constitucional sentencia C 840 de 2001 Mp Arajo Renteria Jaime

medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas .⁶⁵

En relación con este último la Gestión fiscal abarca y opera en aquellos servidores que de alguna manera, tanto directa o indirectamente tienen poder decisorio sobre el manejo de Bienes o renta del Estado o que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal es decir que dicho ejercicio no se encuentra limitado exclusivamente a los operadores del gasto por el contrario el ejercicio de la Gestión fiscal también se ejercita en quienes de alguna manera participaron en el tráfico económico de los bienes del Estado y que por su conducta u omisión se lesione patrimonialmente al Estado.

En cuanto al concepto de gestión fiscal contenido en el artículo 3 de la ley 610 la corte constitucional ha precisado en la misma sentencia lo siguiente *Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.*⁶⁶

Respecto de los verbos asociados al tráfico económico que deben entenderse con relación a los actos que materialicen la gestión fiscal según el artículo 3 de la ley 610 son:

⁶⁵ Ibidem

⁶⁶ Ibidem

La Adquisición, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo adjudicación, gasto, inversión y disposición de los Bienes públicos, así como recaudación, manejo e inversión de sus rentas.

La Corte hace énfasis en que la Gestión fiscal no solo es ejercida por el ordenador del gasto por el contrario dicha gestión tiene una serie de etapas que vinculan los verbos atrás mencionados en relación con el tráfico económico en donde intervienen diversos servidores públicos que pueden ocasionar un daño patrimonial al Estado , dicho tráfico económico incorpora al ordenador del gasto , el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo

Así mismo la corte en la misma jurisprudencia añade:

"por lo tanto, la responsabilidad fiscal no solo deriva por los daños patrimoniales causados al patrimonio público por un agente público o privado , en ejercicio de actos de gestión fiscal, por un comportamiento directamente dañino (sustracción , degradación o pérdida del bien público) sino también por gestiones ineficientes antieconómicas que deriven de una lesión patrimonial"⁶⁷

Como se evidencia el ámbito de la responsabilidad fiscal se amplió respecto de las actividades que comprenden la gestión fiscal es decir no solo implica la gestión fiscal en actividades como ordenar el gasto o ejecutar el presupuesto público por el contrario, cualquier lesión al patrimonio producto de una actividad ineficiente antieconómica por parte de un servidor público o particular puede ser presupuesto para que se inicie la respectiva investigación y acción Fiscal.

⁶⁷ *Ibidem*

8.2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, s M.P. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Fallo del 26 de Agosto de 2004

Por otro lado En **fallo de 26 de agosto de 2004 el CONSEJO DE ESTADO** definió quienes eran los funcionarios que ejercían gestión fiscal o ejercían alguna conexidad con el mismo.

Los hechos de la demanda surgieron debido a la declaratoria de insubsistencia de un cargo a una funcionaria por parte del director del servicio de seccional de salud de Antioquia y la jefe de personal quien fue la que certifico que la funcionaria no estaba inscrita en la carrera administrativa fundamentado en que esta no se encontraba inscrita en la carrera administrativa, desconociendo que la funcionaria había solicitado desde el 16 de diciembre de 1990 la inscripción en la misma , lo que de acuerdo con la ley 10 de 1990 , le daba estabilidad en el cargo , siendo por lo tanto este desconocimiento , la causa que dio lugar a la declaratoria de la nulidad por la vía contencioso administrativa lo que ocasionó un detrimento patrimonial sufrido por el departamento de Antioquia , al verse obligado a indemnizar a la funcionaria declarada insubsistente como consecuencia de la anulación de dicho acto . el departamento de Santander tuvo que indemnizar a la funcionaria por en la suma de \$22'648.557, Posteriormente la Dirección de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Antioquia mediante Fallo 03 del 31 de enero de 1997, los declaró responsables fiscalmente por la suma de \$22'648.557.oo., por considerar que en el proceso quedó demostrado que impulsaron y participaron activamente en la producción del acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento de Gloria María Jiménez Pardo, posteriormente anulado por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquía, por medio de la cual se declararon nulos el Fallo 03 de 31 de enero de 1997 y el Auto 112A de 28 de abril del mismo año, expedidos por la Dirección de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Antioquía, mediante los cuales se declaró responsables fiscalmente a los actores en la suma de \$22'648.557.oo.

8.2.1 PROBLEMA JURIDICO

La controversia gira en torno de establecer si ¿la Contraloría Departamental de Antioquia podía acudir al juicio de responsabilidad fiscal o si le correspondía al Departamento iniciar la acción pertinente para repetir contra los funcionarios que, a su juicio, fueron causantes del detrimento patrimonial?

8.2.2 Consideraciones

En este orden de ideas el consejo de Estado entra a realizar un análisis jurídico respecto del concepto de la gestión fiscal .

Así se infiere del texto de los artículos 74, 79 y 83 de la Ley 42 de 1993, vigente cuando se expidieron los actos acusados, que consagran que el proceso de responsabilidad fiscal comprende dos etapas: la investigación y el juicio fiscal; que este último se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas **cuya gestión fiscal** haya sido objeto de observación; y que la responsabilidad fiscal puede comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la **gestión fiscal**.

Cabe señalar que la Ley 42 de 1993, a diferencia de lo que sucede con la Ley 610 de 2000, no consagra una definición de gestión fiscal; empero nada impide a la Sala acudir al concepto que sobre el tema trae la referida Ley 610 "**Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías**".

El artículo 3º de dicha Ley prevé:

"Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

De la definición transcrita deduce la Sala que *"el sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal son los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado."*⁶⁸

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida en el expediente N°2000.0057-01. M.P. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

El consejo de estado da una definición legal de los sujetos pasivos en el proceso de responsabilidad fiscal que adelantan las contralorías estableciendo que además de los servidores públicos, los particulares que manejen o administren recursos o fondos públicos pueden ser sujetos pasivos dentro de todo el ejercicio que comprende la gestión fiscal atrás determinado.

Así mismo trae a colación apartes de la sentencia C-840 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de algunas normas de la mencionada Ley:

*"...En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política **la Gestión fiscal** no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto **la efectiva realización** de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Por esto mismo, a título de corolario se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite.*

Se trata entonces de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes "completos" pero inertes.

8.2.3 Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.

Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal... *"Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del*

*Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.*⁶⁹

8.2.4 No procede por no implicar gestión fiscal frente a recursos o fondos públicos:

En el caso sub examine, en parte alguna del expediente se advierte que la responsabilidad fiscal que se le atribuyó a los demandantes hubiera sido consecuencia del manejo irregular o administración irregular por parte de aquellos frente a los recursos o fondos públicos; o del despliegue de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas relacionadas con gestión fiscal que se tradujeran en una inadecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, o indebida o irregular recaudación, manejo e inversión de sus rentas. Según se desprende del texto del Fallo 03 acusado, la conducta culposa consistió en que dichos funcionarios conceptuaron sobre la viabilidad de la declaratoria de insubsistencia, sin haberse percatado de que la funcionaria desvinculada había solicitado su inscripción en carrera administrativa, por lo que era perfectamente previsible su inscripción, ya que tenía derecho a ella, luego tal declaratoria era ilegal, como se determinó por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que declaró la nulidad del acto que la dispuso con el consiguiente detrimento patrimonial del Departamento que resultó condenado a pagar lo dejado de percibir por aquélla (folio 51). De tal manera que la gestión fiscal, presupuesto sine qua non para determinar la responsabilidad fiscal, se halla ausente en las actuaciones de los demandantes, razón por la que no podía la Contraloría General de Antioquia aplicar el procedimiento previsto en la Ley 42 de 1993. Ahora, estima la Sala que si a juicio del Departamento de Antioquia sus agentes incurrieron en dolo o culpa grave, que determinó el detrimento patrimonial que se busca resarcir, el fundamento de tal pretensión descansa en el artículo 90 de la Constitución Política, conforme al cual "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".⁷⁰

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ *Ibidem*

La Sala del Consejo de Estado no encuentra un vinculo respecto de la conducta de los servidores públicos (declarar insubsistente el cargo a la funcionaria) con las actividades de gestión fiscal o conexas a ellas , es decir actividades , jurídicas, tecnológicas o económicas, por lo contrario la conducta de los funcionarios fue meramente administrativa por lo que la contraloría departamental de Antioquia no era competente para iniciar el respectivo proceso de responsabilidad fiscal contra estos, sin embargo reitera la corte que ahí no acaba el ejercicio de resarcir el daño al patrimonio del Estado, pues existen otras vías como la acción de repetición que debe ejercer el departamento de Antioquia en contra de ellos.

Por otro lado resulta ilustrativo el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, expresado dentro del Radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003, Consejero ponente doctor Flavio Rodríguez Arce), en el cual se precisó lo siguiente: *"....En consecuencia, se deduce responsabilidad fiscal por la afectación del patrimonio público en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos o los particulares que administren o manejen bienes o recursos públicos. Al respecto la Corte Constitucional, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1° de la ley 610, señaló: "El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado. En concordancia con estos lineamientos estipula el artículo 7 de la ley 610: "(...) 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". Y a manera de presupuesto el artículo 5 de esta ley contempla como uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal, "la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal".....".*⁷¹

El consejo de Estado trae a colación la un extracto de la sentencia C 840 DE 2001 reafirmando el concepto de la gestión fiscal en relación con la conducta desplegada por el servidor público donde es necesaria una relación directa o en su defecto una relación conexas, próxima o necesaria con actividades que impliquen gestión fiscal o durante el trafico económico del mismo.

⁷¹ concepto de la sala de consulta y servicio civil radicado núm. 1522 de 4 de agosto de 2003, consejero ponente Doctor Flavio Rodríguez Arce

8.2.5 Conclusiones Generales

En Relación con los planteamientos hechos referente al concepto de gestor fiscal por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se evidencia que la Corte Constitucional extiende un poco el concepto sobre quien es gestor fiscal añadiendo que no solo el que maneja recursos es gestor fiscal es decir no solo se aplica dicho criterio al funcionario que ejecuta el presupuesto u ordena el gasto sino también pueden incurrir en responsabilidad aquellos servidores que realicen gestiones ineficientes antieconómicas que deriven una lesión patrimonial, por otro lado el Consejo de Estado sí mantiene su posición en darle solo el atributo de gestor fiscal a quien maneje, administre y ejerza los demás verbos que coexisten en el tráfico económico en los recursos del Estado.

9 PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Como anteriormente se mencionó el proceso de responsabilidad fiscal es de Naturaleza Administrativa, definida por la Corte constitucional 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"⁷²

La ley 610 de 2000 específicamente en el artículo 1: precisa 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 el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta causen por acción o por omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."

El proceso de responsabilidad fiscal está enmarcado por actuaciones que van en consonancia con el principio de legalidad por ende al derecho fundamental del debido proceso.

A continuación se compila algunos conceptos técnicos y jurídicos de la jurisprudencia respecto de Los Aspectos procesales relevantes de la responsabilidad fiscal que dan garantía del derecho fundamental del debido proceso en toda la actuación administrativa.

⁷² Corte Constitucional sentencia SU 620 de 1996 M P: Antonio Barrera Carbonell

.9 INDAGACION PRELIMINAR

EL artículo 39 regula la llamada indagación preliminar , la cual es contingente pero su trámite no es obligatorio para predeterminar el proceso mismo y su ocurrencia es dable solo en la medida que se cumplan los requisitos exigidos por el precepto citado " Si no existe certeza sobre la Ocurrencia, del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión a su acaecimiento , la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses al cabo de los cuales solamente procederá el archivo, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencia ⁷³

9.1.1 Corte Constitucional Sentencia C- 840 DE 2001

De acuerdo a lo establecido en la ley 610 de 2000 el objeto de la indagación preliminar, es el de verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, de igual manera determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.

Significa entonces que estos objetivos son los que definen con exactitud la actuación administrativa de proferir auto de apertura de responsabilidad fiscal dado que si no es posible demostrar dichos elementos no es admisible proferir dicho auto, la Corte Constitucional ha precisado respecto del trámite de indagación preliminar lo siguiente

"Siendo del caso enfatizar desde ahora que, con arreglo a la nueva preceptiva legal el proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente a partir de la expedición del auto de apertura (art. 40 ib.) Por contraste, la indagación preliminar, si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte del mismo. Tanto es así que en los casos en que a través de la indagación preliminar no se logren verificar los aspectos señalados por el artículo 39 de la ley 610 dentro del término de 6 meses, se deberá concluir con un auto de archivo. Vale decir, en tales hipótesis no existirá proceso de responsabilidad fiscal, ya que su presencia se anuncia sólo a partir del auto de apertura. En consonancia con esto el artículo 9 de la misma ley sitúa la fecha de este auto como el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal. Así, pues, hoy nos hallamos ante una regulación que presenta un estructura temática y procedimental mucho más garantista del debido proceso, sin que ello obste

⁷³ AMAYA, OLAYA. Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. Pág. 547.

para que los ciudadanos puedan instaurar las correspondientes demandas en acción de inconstitucionalidad. ⁷⁴

De los anteriores planteamientos se deduce que la indagación preliminar no forma parte del proceso de responsabilidad fiscal, tampoco es obligatorio de las contralorías realizar una indagación preliminar siempre y cuando se verifiquen los requisitos indicados en el artículo 39 de lo contrario es deber de la contraloría verificarlos dentro de los 6 meses siguientes de otro modo deberá expedir un auto de Archivo.

9.2 Corte Constitucional Sentencia T-029 de 2007

En dicha sentencia la Corte Constitucional confirma la sentencia de segunda instancia donde la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio la revocó y negó la tutela solicitada por Wilsson Ladino Vigoya,

El problema Jurídico a resolver consiste en lo siguiente : ¿en vista de que la Contraloría Departamental no corrió traslado de informe de hallazgo fiscal al investigado en debida forma con el fin de que ejerciera su derecho de defensa puesto que existió error numérico en la notificación es presupuesto para decretar la nulidad del proceso Fiscal ?

Por lo anterior la Corte Considera *‘entre otras razones, que no en todos los eventos en los que se dicta un auto de apertura de un proceso de responsabilidad fiscal es necesario haber adelantado una investigación preliminar; que la Contraloría Departamental del Vaupés sí es competente para controlar el uso de los recursos el Sistema General de Participaciones; que no era necesario haberle notificado al actor la resolución por medio de la cual la entidad solicitó sus suspensión provisional, por cuanto no existe una norma que así lo disponga y, por último, que el haber indicado que la radicación del proceso de responsabilidad fiscal era una diferente no entraña un error en la notificación del auto de apertura del mismo, toda vez que lo que se notifican son los autos y no los expedientes y en el oficio que se entregó al tutelante se dejó claro qué auto se le notificaba.*’⁷⁵

Como se observa son diversos los aspectos que entra a estudiar la corte con respecto al proceso de responsabilidad fiscal, de igual manera precisa que no es necesario iniciar la indagación preliminar pues el artículo 40 de la Ley 610 de 2000 sólo exige para el efecto *“que se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo”, factores que pueden establecerse en una indagación preliminar, en una queja, en un dictamen o en el ejercicio de actividades de control.*⁷⁶

⁷⁴ Corte Constitucional Sentencia C 840 de 2001

⁷⁵ Corte Constitucional Sentencia T 029 DE 2007

⁷⁶ *Ibidem*

Ante la situación atrás planteada cabe agregar que el hecho de que existiera un error numérico en el numero de radicación no es óbice para decretar una nulidad del proceso puesto que lo que se notifican son los elementos facticos, jurídicos y probatorios es decir los autos y el contenido del mismo más no los expedientes , por lo que se deja en evidencia que le fue notificado en debida forma el auto de apertura de investigación.

10 APERTURA DE INVESTIGACIÓN

10.1 Corte Constitucional Sentencia T -297 de 2006

En dicha sentencia la corte constitucional hace hincapié respecto de los requisitos indispensables que se necesitan para proceder a iniciar la investigación fiscal basado en el auto de apertura

El demandante, quien actúa a través de apoderado, estima vulnerados sus derechos de petición, debido proceso, igualdad y trabajo, exponiendo como argumentos centrales de su demanda los siguientes:

El señor Gonzalo Bautista Bayona se desempeñó como alcalde del municipio de Jordán Sube durante las vigencias fiscales de 2003 y primer semestre de 2004.

2. Según quejas presentadas por algunos ciudadanos del municipio de Jordán Sube, la administración municipal liderada por Gonzalo Bautista Bayona venía presentando irregularidades de carácter administrativo, incumpliendo preceptos legales en materia de contratación y presentando ausencias permanentes de la cabecera municipal.

3. Con el propósito de corroborar esa información la Contraloría General de Santander, mediante resolución No. 0000464 de agosto 23 de 2004 ordenó el desplazamiento de una comisión a fin de que efectuara una auditoría integral a la administración central del municipio de Jordán Sube.

4. El 24 de agosto de 2004 las funcionarias comisionadas se hicieron presentes en el respectivo municipio encontrándose en la imposibilidad de practicar auditoría en razón a que la alcaldía se había incendiado ese mismo día hacia la madrugada y todos los documentos materia de examen se habían incinerado.

5. De los documentos que lograron rescatarse de los escombros, la Contraloría pudo establecer pagos por mayor cuantía y por diferentes conceptos durante el período corrido del 2004 a un solo proveedor, con aparente violación de los preceptos de la Ley 80 de 1993. De otra parte, encontró elementos que indujeron a este organismo de control a cuestionar la efectiva destinación e inversión de los recursos, debido al escaso y pobre desarrollo del municipio en todos los sectores.

6. Con base en los anteriores hallazgos la Oficina de Procesos de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental profirió el auto de apertura de investigación fiscal No. 2004-0158 de agosto 25 de 2004 en el cual se estimó la cuantía del detrimento en la suma de \$210.184.088.

7. Con fundamento en el auto de apertura de investigación, mediante resolución No. 000475 de 2004 el Contralor Departamental, haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 268 numeral 8° de la Constitución, y bajo el principio verdad sabida y buena fe guardada, solicitó al Gobernador de Santander que suspendiera al accionante del cargo de Alcalde Municipal de Jordán Sube mientras culminaba la investigación fiscal que se adelantaba en su contra.

Dada las condiciones anteriores el investigado Manifiesta que el auto de apertura de investigación fiscal es violatorio del debido proceso en cuanto se profirió sin soporte probatorio. Particularmente desconoce el artículo 22 de la Ley 610 de 2000 que establece *“La necesidad de que toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegada o aportadas al proceso”*.

10.1.1 Consideraciones

La Corte Constitucional procede a analizar el auto de apertura señalando:

“Valoradas las pruebas legalmente aportadas a esta investigación y del análisis de conjunto efectuado a las mismas se puede establecer que en el caso que nos (sic) ocupa la atención de este Despacho se pudo constatar el valor del presunto daño fiscal por valor de DOSCIENTOS DIEZ MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL OCHENTA Y OCHO PESOS (\$210.184.088.00)”.

El artículo 22 de la Ley 610 de 2000 consagra el principio de necesidad de la prueba en materia de responsabilidad fiscal conforme al cual toda providencia dictada en estos procesos debe fundarse en pruebas legalmente producidas, y allegadas al proceso. Por su parte el artículo 41 de la misma normatividad establece los requisitos que debe reunir el auto de apertura del proceso. Conforme a esta disposición los requerimientos probatorios en este incipiente estado de la actuación tienen que ver con la identificación de la entidad estatal afectada, los presuntos responsables fiscales, y la determinación del daño patrimonial y su cuantía. Los demás elementos de la responsabilidad se podrán acreditar en fase posterior, con fundamento en las pruebas que se ordenan en el auto de apertura.

Lo anterior permite concluir a la Sala que no asiste razón al demandante en su reclamo de violación del debido proceso fundado en que el auto de apertura de investigación fiscal se produjo al margen del principio de necesidad de la prueba que rige el debido proceso fiscal. Al contrario, aparece evidente que no obstante las dificultades probatorias que debió enfrentar el órgano de control en razón al incendio de la sede de la Alcaldía, justamente en la fecha en que debía efectuarse auditoría especial previamente

comunicada a la administración local, el auto cuenta con el soporte probatorio que exige el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, relativo al daño y la estimación de su cuantía, así como la identificación de los presuntos responsables fiscales.”

Significa entonces que es indispensable que al proferirse un auto de apertura de investigación se reúnan los requisitos del artículo 41 de la ley 610 de 2000 esto es la identificación de la entidad estatal afectada, los presuntos responsables fiscales, y la determinación del daño patrimonial y su cuantía, en efecto dicho auto debe estar debidamente fundamentado en pruebas pero en relación con las mencionadas al artículo 41, respecto de otras no serían necesarias acreditarse en ese mismo instante procesal puesto que solo basta identificar los elementos atrás mencionados, por lo anterior considera la Corte que no se viola el debido proceso del servidor.

11 EMPLAZAMIENTO A HEREDEROS

11.1 Corte Constitucional Sentencia C -131 de 2003

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.

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."

11.1.1 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?

11.1.2 Consideraciones y Fundamentos

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 mismo⁷. 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.⁸ 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.

11.1.3 NO VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA Y AL DEBIDO PROCESO

La Corte Trae a colación un principio del derecho civil que hace énfasis en que la institución de sucesión procesal es una ocasión pertinente para que los acreedores consigan la cancelación de sus créditos uno de ellos es *"el patrimonio sirve de prenda general del cumplimiento de las obligaciones"*. De tal principio se derivan otros, como que *"los bienes del difunto están destinados al pago de las deudas"* – estas eventualidades las brinda en Código civil a los acreedores para que persigan el patrimonio de sus deudores, de igual manera otorga el principio de que *"las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas."* *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.*

Por consiguiente la corte hace un análisis desde la perspectiva de la responsabilidad fiscal argumentando lo siguiente *"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, debiéndose citar a las personas que tienen la representación del causante, so pena de que se configure una causal de nulidad del proceso.

Ante la Situación planteada resulta indispensable para el ente investigador en el proceso de responsabilidad fiscal vincular al proceso por sucesión procesal forzosa a los herederos sucesores puesto que como se dijo anteriormente ,dicho proceso es de carácter patrimonial , persiguiendo el patrimonio de las personas y no las personas en sí mismas , de igual manera la corte trae a colación principios del Código civil que rigen en materia haciendo hincapié en que la institución de sucesión procesal es una ocasión pertinente para que los acreedores consigan la cancelación de sus créditos , en este caso la sucesión procesal resulta pertinente para que el patrimonio del Estado se encuentre garantizado.

En las mismas circunstancias se afectaría con posibles nulidades el proceso si no se citan los herederos sucesores puesto que son ellos los directamente interesados en proteger el patrimonio universal del difunto, debiéndose citar en representación del causante.

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."

En tal sentido se desprende que dentro del proceso de responsabilidad fiscal omitir la notificación a los herederos del causante (gestor fiscal) dentro del proceso de responsabilidad fiscal se estaría afectando el debido proceso , al derecho de defensa a los vinculados , afectando a sus intereses patrimoniales, de igual manera si con la muerte del gestor fiscal (causante del daño) se da por terminado el proceso se estaría dando una aplicación distinta a la ley 610 de 2000 en vista de que la muerte del causante no es causal para que cese la acción fiscal.

En síntesis dada la naturaleza patrimonial del proceso de responsabilidad fiscal la Corte aplica los principios generales del derecho civil en materia de sucesión procesal, dejando claro que en dicha institución no vulnera los derechos de los herederos, de igual manera se garantiza que en este caso el acreedor que es el Estado resarcir el daño menoscabado por el difunto, así mismo se garantiza el derecho de defensa a los herederos en un proceso donde pueden defender sus derechos patrimoniales, por consiguiente resulta relevante cumplir con el requisito procesal de citar y emplazar a los herederos dentro del proceso so pena de incurrir en un vicio de nulidad.

12 PRUEBAS

Dentro del trámite del proceso de responsabilidad fiscal se considera a la prueba como el medio para reconocer y demostrar la existencia de un hecho. De esta manera lo afirmaba Tirado (2006) cuando predicaba que el objeto de la prueba son los hechos en abstracto, presentes, pasados y futuros. Los hechos, entendidos en sentido amplio, significan todo aquello que puede ser percibido o todo aquello que es susceptible de probanza.

Cabe agregar referente a los tipos de prueba con el cual se puede presentar certeza sobre la concurrencia de los hechos que dieron lugar al proceso de responsabilidad fiscal, la norma no determina específicamente cuáles; pues en la Ley 610 de 2000, en su artículo 25, indica que existe una libertad probatoria, por consiguiente le son válidos todos los medios de prueba legalmente reconocidos y se ha de remitirse al artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala como medios de prueba a la declaración de parte, al juramento, al testimonio de terceros, al dictamen pericial, a la inspección judicial, a los documentos, a los indicios y demás medios que sean útiles para la convicción y certeza del juez.

12.1 Corte Constitucional Sentencia SU -620 de 1996

En esta sentencia la Corte hace un estudio y análisis respecto de las pruebas incorporadas en el proceso y su etapa procesal correspondiente en la ley 42 de 1996, de igual manera realiza una observación sobre el decreto y práctica de pruebas en las diferentes Etapas del proceso de responsabilidad fiscal fundamentada en los siguientes hechos:

- 1) La contraloría general de la república inicio investigación contra el ministerio de defensa Nacional e INDUMIL, en aras de esclarecer algunas anomalías sobre la celebración y ejecución de un contrato de integración y producción de fusiles.
- 2) La institución una vez practicadas las pruebas que consideraron necesarias, se estableció la existencia de un detrimento patrimonial en la elaboración del contrato celebrado entre Indumil y la firma Isrex de Colombia Ltda. y declaró abierto el respectivo juicio fiscal, de conformidad con lo previsto en la Ley 42 de 1993 y la Resolución Orgánica número 03466 de 1994, emanada de la Contraloría General de la República.
- 3) Los demandantes consideran que no se les dio oportunidad de controvertir las pruebas recogidas en la etapa de investigación fiscal. Por consiguiente alegan:
- 4) Mientras concurría la práctica de las pruebas orientadas a esclarecer los hechos

materia de la investigación, la Contraloría General de la República se abstuvo de conceder tanto a la INDUSTRIA MILITAR -INDUMIL- como a mis representados el derecho a conocer y contradecir las pruebas que obrarían en su contra, violando los principios universales de publicidad y contradicción que gobiernan toda investigación penal o administrativa en relación con las personas investigadas".

- 5) Mediante carta de fecha 30 de marzo de 1995 dirigida a INDUMIL, la señora Jefe de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República informa que en los juicios de responsabilidad fiscal no hay lugar a permitir la participación de las personas investigadas en la práctica de las pruebas durante la etapa de instrucción".
- 6) De la misma manera, y sin permitirle a ninguno de los investigados la oportunidad de la defensa, el día 21 de abril de 1995 se dictó auto de cierre de investigación y apertura de Juicio Fiscal No. 0951 mediante el cual se estableció presunta responsabilidad fiscal por la suscripción del contrato 1-092/94 con la firma Isrex de Colombia Ltda. en cuantía "\$11.719.302.518.50 a cargo de las siguientes personas: Héctor Samacá Rodríguez; Jaime Sarmiento Sarmiento; Eduardo Lemos Ostornol y Nidia Padilla Valdés". demandantes piden que se ampare su derecho fundamental al debido proceso en consecuencia piden nulidad de lo actuado
- 7) Cabe agregar que En primera y en segunda instancia se deniegan las pretensiones confirmando el fallo de la contraloría general de la república.

12.1.1 Consideraciones de la Corte

La tutela fue impetrada, por violación del debido proceso, porque durante la etapa de investigación no se les reconoció a los peticionarios el derecho a conocer y a contradecir las pruebas que obraban en su contra.

Debe la Sala, en consecuencia, determinar la forma como se compatibiliza el ejercicio de los poderes que le corresponden a la administración dentro del trámite de las actuaciones administrativas (investigación y juicio), dirigidas a establecer la responsabilidad fiscal, con la garantía del debido proceso que consagra el art. 29 de la Constitución.

La ley guarda silencio con respecto a la forma como los imputados pueden hacer uso de su derecho de defensa dentro de la etapa de la investigación, pues las normas de la ley 42 de 1993 que regulan el trámite del proceso de responsabilidad fiscal postergan para una fase posterior -la del juicio- el ejercicio del derecho de defensa, el cual realmente durante la etapa de investigación no se garantiza.

En la ley 42 de 1996 y específicamente existían dos momentos procesales dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal: investigación y juicio fiscal

Según el artículo 75 de la mencionada ley” La investigación es la etapa de instrucción dentro de los procesos que adelantan los organismos de control fiscal, en la cual se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a las decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad”. Durante la etapa de investigación se pueden decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del Estado, las cuales podrán impedir aquéllas u obtener el desembargo de sus bienes ofreciendo caución (art. 75).

Es de anotar que en dicha ley existía un vacío Legal referente a como los investigados podían ejercer su derecho de defensa en la etapa de Investigación de la ley 42 de 1993 por lo que en la misma Jurisprudencia la corte determina cual es el mecanismo idóneo para garantizar el derecho a la defensa en dicha Etapa

Con el anotado propósito la Corte debe señalar una oportunidad procesal para garantizar el referido derecho durante la mencionada etapa y a ello apuntan las siguientes consideraciones:

Ningún reparo encuentra la Sala a la unilateralidad de la actuación surtida dentro de las indagaciones preliminares, encaminada fundamentalmente a establecer en forma objetiva la posible existencia de hechos o circunstancias que pueden configurar el manejo irregular de bienes o recursos públicos, sin determinar a unos responsables concretos.

Como se observa la corte determina que en la indagación preliminar a que alude el demandante en el artículo 76, no constituye propiamente una etapa de dicho juicio, ni de investigación, porque en la etapa de investigación sólo procede cuando existe mérito para proceder a la iniciación de dicho proceso.

“Tampoco encuentra la Sala contraria a la garantía del debido proceso que en una fase de la etapa de investigación se conserve la actuación unilateral de la administración, por la exigencia de mantener la reserva requerida, e impedir que su conocimiento o publicidad pueda permitir la destrucción o la manipulación de las pruebas o la interferencia de extraños y aún de los posibles implicados que la hagan fracasar. De este modo, el proceder unilateral de la administración se justifica por la necesidad de que pueda establecer con certeza, objetivamente y libre de influencias e injerencias perniciosas los hechos investigados, su incidencia en el manejo irregular de los bienes y recursos públicos y la identificación de los presuntos responsables. Igualmente, se justifica dicha actuación unilateral para efectos de decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del Estado, con el fin de prever que no sea ilusoria la declaración de responsabilidad fiscal en cabeza de un imputado, al asegurar a través de dichas medidas el pago de la indemnización que llegue a decretarse.

Pero necesariamente el avance de la investigación puede determinar que en un momento dado exista un acopio de pruebas que permitan deducir con claridad la existencia y naturaleza de los hechos constitutivos de las infracciones, y establecer la identidad de los autores o partícipes. En tal circunstancia, y dada la situación de desigualdad o desequilibrio en que se encuentran éstos, se impone la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso con el fin de restablecer una igualdad o balance entre la verdad establecida por la administración, que surge de la actuación que ha adelantado y que pone en duda la inocencia del posible imputado, y la verdad que éste puede ofrecer al permitírsele ser oído y en aportar, así sea preliminarmente y antes del juicio la prueba de sus descargos.

Vista la exposición anterior la corte concluye que si bien se justifica la necesidad de mantener la reserva en la actuación probatoria dentro del proceso con el propósito de proteger, salvaguardar y evitar la destrucción, manipulación e influencia de las pruebas; en el desarrollo de la investigación se puede llegar a establecer con certeza la existencia y naturaleza de los hechos y a determinar la identidad de los autores siendo esta una situación de desigualdad y desequilibrio en la que se encuentran los imputados de igual manera dicha circunstancia pone en duda la presunción de inocencia de los mismos por lo que se debe implantar la necesidad de garantizar el derecho al Debido proceso por consiguiente contempla la incorporación que en dicha etapa debe ser oído y aportar así sea preliminarmente y antes del juicio la prueba de sus descargos.

Aprecia la Corte que en la forma como está diseñado el proceso de responsabilidad fiscal no existe una idea de equilibrio y proporcionalidad, en las dos etapas del proceso. En efecto, en la etapa de investigación la autoridad de control fiscal recopila pacientemente y en forma unilateral las pruebas contra el imputado en un término no mayor de 30 días, prorrogables por otro tanto, es decir, 60 días hábiles, y luego una vez iniciado el juicio, sin haber ejercido su derecho de defensa durante la investigación, es cuando tiene la oportunidad de controvertir, en una situación de evidente desventaja, la prueba recopilada unilateralmente durante ésta.

Para la Corte existe una situación de desventaja que los implicados no ejerciten su derecho de defensa si no hasta el Juicio fiscal, por el contrario aduce que debe garantizarle a los imputados el derecho de defensa durante la recaudación de las pruebas por parte de la Contraloría en la etapa de Investigación

No sólo razones de justicia avalan la solución propuesta, sino la de garantizar adecuadamente el derecho de defensa en una actuación administrativa que puede conducir a una afectación grave del patrimonio económico de una persona y a sus derechos fundamentales, e igualmente, la necesidad de preservar los principios de igualdad, celeridad, economía, eficiencia y eficacia de las actuaciones administrativas, en

*el sentido de que en forma rápida y oportuna se defina si hay lugar o no a iniciar el respectivo juicio de responsabilidad fiscal, porque sin habersele dado oportunidad al posible imputado de exponer su versión de los hechos y de producir la prueba de descargo, únicamente se cuenta con una verdad unilateral.*⁷⁷

La participación del presunto imputado en la etapa de investigación permite asegurar no sólo el derecho de defensa sino que contribuye a dar certeza a aquélla, y a garantizar su eficiencia y eficacia, porque es posible determinar en forma pronta y oportuna que no hay lugar a exigirle la responsabilidad fiscal a aquél, o que por el contrario, se requiere adelantar el trámite del juicio para establecer si hay lugar a declararla o no.

**12.2 Consejo De Estado -Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Primera
Consejera Ponente: Maria Claudia Rojas Lasso Bogotá, D.C., Trece (13) De
Agosto De Dos Mil Nueve (2009)**

En la presente sentencia el Consejo de Estado hace referencia a la negativa de práctica de pruebas por parte de las Contralorías, cabe diferenciar, según cada texto normativo, el momento en el cual se debe aportar o solicitar las pruebas para el proceso de responsabilidad fiscal. De acuerdo a lo establecido en la Ley 610 de 2000, y específicamente en su artículo 31 las pruebas podrán ser solicitadas y controvertidas después de haber rendido exposición libre y espontánea o después de la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal (Art. 32); norma que continua aplicando para los procesos que se lleven de forma ordinaria según lo establecido en el Estatuto Anticorrupción.

Hechos

El 19 de abril de 1995 denunciaron ante el Gerente de la entidad demandada (el Instituto Ibaguereño de Acueducto y Alcantarillado) - IBAL algunas anomalías en los programas de la División de Sistemas relacionadas con el mal manejo de los programas por falta de conocimiento, mala liquidación de los ítems de consumo y alcantarillado, consumos con promedios altos que no eran reales, refinanciación de deudas y desaparición de “deudas de costos altos”.

Mediante Resolución No. 0396 de 20 de junio de 1995 la Contraloría Municipal ordenó la apertura de investigación fiscal y decretó la práctica de algunas pruebas. El investigador comisionado recibió los testimonios de las demandantes y de Pedro Antonio Martínez, Jefe de la División de Sistemas del IBAL. La investigación determinó que el IBAL dejó de

⁷⁷ Corte Constitucional Sentencia SU -620 de 1996

percibir \$ 10. 962.504 y concluyó con la declaración de responsabilidad fiscal demandada.

La Contraloría Municipal impidió que las demandantes intervinieran en la investigación desde el principio, tuvo como pruebas las practicadas a sus espaldas y se negó practicar las que solicitaron, entre ellas las declaraciones de las personas cuyas deudas fueron borradas del sistema sin haber pagado y que hubiera podido esclarecer los hechos ante la falta de confiabilidad del sistema.

Citaron como violados los artículos 4 y 29 de la Constitución; 72 y 73 incisos primero y segundo de la Ley 42 de 1993; 33 incisos primero y segundo de la Ley 190 de 1995; 27 a 34 de la Resolución Orgánica No. 03466 de 1994 de la Contraloría General de la República - reglamentaria de la Ley 42 de 1993 - y 1 y 2 de la Resolución No. 04024 de 1997 de la misma entidad.

Al explicar el concepto de la violación manifestaron que sus derechos al debido proceso y a la defensa consagrados en los artículo 29 de la Carta y 72 de la Ley 42 de 1993⁷⁸ fueron vulnerados porque el proceso de investigación fiscal se adelantó con fundamento en la Resolución No. 03466 de 14 1994 de la Contraloría General de la República que había sido revocada expresamente por Resolución No. 04024 de 18 de abril de 1997 de la misma entidad e inaplicada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 620 de 13 de noviembre de 1996.

Alegan la Contraloría se basó en pruebas recaudadas sin la intervención de los investigados y se negó sin fundamento a recibir pruebas tales como los testimonios de las personas a quienes se borró sus deudas del sistema, cuyos nombres y direcciones obraban en el expediente y hubieran podido esclarecer los hechos.

Aseveraron que se violó el artículo 77 de la Ley 42 de 1993 que fija en 30 días la duración de la investigación fiscal, prorrogables hasta por otro tanto, porque duró más de dos años y se prorrogó arbitrariamente. Reiteraron que los incisos primero y segundo del artículo 33 de la Ley 190 de 1995 ⁷⁹ fueron violados porque no se les permitió intervenir en la

⁷⁸ Artículo 72 de la Ley 42 de 1993: “las actuaciones relacionadas con el ejercicio del control fiscal se adelantarán de oficio, en forma integra y objetiva y garantizarán el debido proceso para el establecimiento de responsabilidades fiscales”⁷⁸ .

⁷⁹ 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.

investigación desde el principio y que no podían aplicarse en su caso las resoluciones de la Contraloría General que regulaban el proceso de responsabilidad fiscal.

12.2.1 Consideraciones de la Sala

En aras de decidir la Impugnación de la violación del derecho de defensa por parte de la Contraloría Municipal de Ibagué puesto que No practicó alguna de las pruebas solicitadas por las demandantes el Consejo de Estado trae a colación el siguiente criterio expuesto por esta Sección al decidir la demanda de nulidad de un fallo con responsabilidad fiscal: *“...de acuerdo con reiterados pronunciamientos de esta Sección, “en lo que concierne a la violación del derecho de defensa en la vía gubernativa, porque no se decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la actora, la prosperidad de dicho cargo está condicionada a que en la instancia jurisdiccional, en la que obviamente se tiene franca la oportunidad para ello, se pidan y practiquen esas mismas pruebas, u otras pertinentes, a objeto de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida. En el caso presente esa eventual incidencia no se puede medir o ponderar, pues el demandante no solicitó ni aportó pruebas con ese propósito, como se desprende del examen del folio 7 del expediente con lo cual quedó en el limbo el efecto útil, determinante o revelador de los elementos de convicción que no fueron decretados.”*⁸⁰

Aduce la sala que no se contempla la posibilidad de invocar una Nulidad por negativa a la práctica de pruebas en otra instancia cuando dentro del proceso contencioso administrativo donde es posible establecer si ellos hubieran tenido la virtualidad de modificar el sentido de la decisión contenida en el acto acusado, No solicitan que se practiquen dichos pruebas o para el presente caso los testimonios.

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

⁸⁰ Sentencia de 14 de febrero de 2002, expediente 6917; en el mismo sentido las sentencias de la misma Sección de 17 de marzo de 2000 (Expediente núm. 5583) y 26 de julio de 2001 (Expediente 6549).

En la presente, las partes fundaron sus acusaciones en el hecho de que la entidad demandada no decretó ni practicó algunas de las pruebas solicitadas en el procedimiento administrativo. Sin embargo, en la demanda contenciosa no solicitan la práctica de esas mismas pruebas u otras para demostrar que, de haberse practicado en el procedimiento administrativo, hubieran podido cambiar el sentido de la decisión acusada. Por lo anterior ante la negativa de práctica de pruebas de la Entidad , se hace necesario en segunda instancia solicitar dicha evidencia dentro de la demanda contenciosa pues de otra manera no es posible demostrar que con las mismas existiría un factum determinante en el proceso.

13

14 DEBIDO PROCESO

14.1 Corte Constitucional Sentencia C- 382 DE 2008

En esta jurisprudencia la Corte Constitucional reitera los alcances que debe tener el proceso de responsabilidad en materia del derecho al debido proceso fundamentado en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

“El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra sometido al derecho al debido proceso, con los matices que le son propios al ejercicio de esa función, siendo aplicables las garantías sustanciales y procesales, tales como los principios de legalidad, juez natural y favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa que comporta el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de apoderado, a presentar y controvertir pruebas, a solicitar la nulidad de la actuación cuando se configure violación al debido proceso, a interponer recursos, a la publicidad del proceso, a que éste se desarrolle sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Las garantías propias del debido proceso, aplicables al proceso de responsabilidad fiscal, deben también armonizarse con los principios de igualdad, moralidad eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan todas las actuaciones administrativas, en particular la gestión de control fiscal.”⁸¹

En tal sentido se advierte que dichas garantías que existen en el proceso de responsabilidad fiscal deben ajustarse a los principios de la administración pública específicamente en la Gestión de control fiscal.

14.2 Corte Constitucional Sentencia T - 752 de 2009

Hechos

1. Claudia Nayibe Lopez Hernandez en el año 2013 desempeñando Directora del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital, la Contraloría de Bogotá, D. C., adelantó en su contra el proceso de responsabilidad fiscal identificado con el número 50100-0179/03, del cual nunca fue notificada, sin que exista justificación para ello, proceso que terminó con la imposición de sanciones que considera “muy graves”, ya que la hacen responsable por “\$ 103.000.000”.
2. En vista de que nunca fue notificada del proceso ni de la sanción, no pudo alegar los correspondientes recursos en a su caso pese a que la contraloría sabia donde ubicarla ya que conoce donde trabaja, así como la dirección de su familia y de su apoderada

⁸¹ Corte Constitucional Sentencia C -382 de 2008

general, quien aparece registrada en la entidad demandada como tal, según escritura pública de marzo de 2003, que obra en los expedientes por acciones similares, en las cuales fue absuelta.

3. Lamenta haberse enterado del proceso y de sus graves consecuencias siete meses después de haber sido impuestas las sanciones, cuando ya se habían vencido todos los términos para defenderse, información que no obtuvo por un acto de la Contraloría sino por azar, cuando su apoderada general se acercó a la entidad accionada a solicitar un certificado de antecedentes disciplinarios, que no le fue expedido por la existencia del proceso en comento. Acto seguido presentó las correspondientes solicitudes de revocatoria directa y nulidad, recibiendo decisiones desfavorables.
4. Afirma que el 24 de febrero de 2007 la accionada envió comunicación a la casa de la mamá de ella, para notificarle el mandamiento de pago en el proceso de jurisdicción coactiva en su contra, la cual es la primera y única que ha recibido en todo el proceso. Acota que a esa dirección hubieran podido llegar las notificaciones sobre el inicio del proceso y las decisiones adoptadas, permitiéndole así defenderse y evitar pagar una cifra millonaria, que no tiene recursos económicos para cubrir, además que al ser inhabilitada por cinco años no ha podido encontrar trabajo.
5. Al no ser notificada de esa actuación, la accionada le negó el derecho a defenderse y dar las debidas explicaciones, desconociendo además la designación de su apoderada, de su absoluta confianza y facultada para ejercer su defensa técnica, quien ha sido reconocida en otros procesos similares que cursaron en esa entidad desde 2003, de los cuales fue absuelta gracias a su intervención.
6. Manifiesta que con ese comportamiento negligente, la entidad demandada le negó el derecho fundamental al debido proceso y a la defensa y, de contera, le impusieron sanciones que comprometen sus derechos constitucionales al trabajo, al buen nombre y a ejercer cargos y funciones públicas.

IMPUGNACIÓN

En la revisión del fallo dictado el 25 de junio de 2007 por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá, que confirmó el proferido el 2 de mayo del mismo año por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal de la misma ciudad, con Función de Control de Garantías, respecto de la acción de tutela instaurada por Claudia Nayibe López Hernández contra la Contraloría de Bogotá, D. C. al considerar que no existe vulneración a los derechos fundamentales invocados, pues se cumplieron los trámites de investigación preliminar y apertura del proceso de responsabilidad fiscal previstos en la Ley 610 de 2000.

Indicó que en el trámite de dicho proceso se citó a la presunta responsable para ser oída, primero en versión libre y que ante su no comparecencia se le designó defensora de oficio, con quien continuó la actuación como lo prevé el artículo 43 ibídem, profiriéndose el fallo correspondiente, que se notificó debidamente a la defensora.

14.2.1 Consideraciones de la Corte

Sobre las consideraciones la Corte tiene en cuenta el hecho superado trayendo a Colación el significado del mismo en lo siguiente *“que en aquellos procesos en los que se presentaba un hecho superado, dado que la situación u omisión acusada de vulnerar o amenazar un derecho fundamental había desaparecido, se debía declarar la improcedencia de tutela, puesto que la orden que podría impartir el juez caería en el vacío; en otras ocasiones, estimó pertinente confirmar los fallos de tutela, con base en el mismo argumento acerca de la carencia actual de objeto, o simplemente se abstuvo de pronunciarse de fondo.”*⁸²

“Frente al caso concreto, correspondería a esta Sala de Revisión determinar si los derechos invocados por Claudia Nayibe López Hernández, fueron vulnerados por la Contraloría de Bogotá, D. C., al tramitar y fallar el proceso de responsabilidad fiscal adelantado en su contra, sin haberla notificado debidamente.

*Observa dicha Corporación que mediante comunicación de septiembre 15 de 2008, la apoderada de la entidad accionada envió copia de la Resolución 228 de febrero 8 de 2008, por medio de la cual el Contralor Distrital revocó el fallo con responsabilidad fiscal N° 001 de enero 3 de 2006, proferido contra la accionante y declaró de oficio la nulidad del auto N° 82 de octubre 25 de 2005, mediante el cual se le imputó responsabilidad fiscal, “en razón de haberse incurrido en evidente violación al debido proceso por indebida notificación”, al ser evidente que “el Oficio citatorio para que compareciera a rendir versión libre en este asunto, el día 07 de septiembre de 2004 a la hora de las 10:00 a.m. se libró el 23 de agosto de 2004, siendo devuelto por la Administración Postal Nacional bajo la causal de ‘no reside’, con fecha 25 de agosto de 2004 (folio 136 y 136 vto. cuaderno 1); situación que se dio con anterioridad al proferimiento de dichas decisiones e igualmente es anterior a la adopción por parte de la Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal del Auto N° 82 del 25 de octubre de 2005 a través del cual se le imputó responsabilidad fiscal”.*⁸³

Queda así establecido que en el asunto que se revisa se ha configurado un hecho superado, toda vez que la alegada vulneración de los derechos de Claudia Nayibe López Hernández quedó sin valor, debido a que estando en curso el presente proceso la entidad accionada, a través de la providencia en mención, dejó sin efectos la actuación impugnada.

⁸² Corte Constitucional Sentencia T - 752 de 2009

⁸³ Corte Constitucional Sentencia T - 752 de 2009

Hecha la observación anterior en el presente caso dicha afectación al debido proceso fue subsanado por la Contraloría General de la República en el proceso fiscal, en vista de que sí existió una afectación al debido proceso por no haberse Notificado en debida forma a la responsable Fiscal, por Consiguiente se deja sin efecto todo lo actuado a partir en que se incurrió en el error de la notificación del Auto de apertura de la Investigación , dadas las Condiciones Anteriores la Corte Constitucional considera un Hecho superado la vulneración del derecho de la accionante.

14.3 Corte Constitucional Sentencia T - 297 DE 2006

La sentencia hace referencia a la supuesta afectación del debido proceso por parte de la Contraloría General del Santander al señor Gonzalo Bautista Bayona se desempeñó como alcalde del municipio de Jordán Sube durante las vigencias fiscales de 2003 y primer semestre de 2004

HECHOS

1. Algunos ciudadanos manifestaron quejas por presuntas irregularidades de la administración Municipal respecto a irregularidades de contratación y ausencias permanente de la cabecera municipal.
2. El día que la Contraloría se trasladó al respectivo municipio, resultó imposible practicar auditoria en vista de que la alcaldía se había incendiado ese día en horas de la madrugada y los documentos se incineraron.
3. Se rescataron documentos donde se establece pagos por mayor cuantía y por diferentes conceptos durante el período corrido del 2004 a un solo proveedor, con aparente violación de los preceptos de la Ley 80 de 1993. De otra parte, encontró elementos que indujeron a este organismo de control a cuestionar la efectiva destinación e inversión de los recursos, debido al escaso y pobre desarrollo del municipio en todos los sectores.
4. Posteriormente la Oficina de Procesos de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental profirió el auto de apertura de investigación fiscal No. 2004-0158 de agosto 25 de 2004 en el cual se estimó la cuantía del detrimento en la suma de \$210.184.088.

7. Con fundamento en el auto de apertura de investigación, mediante resolución No. 000475 de 2004 el Contador Departamental, haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 268 numeral 8° de la Constitución, y bajo el principio verdad sabida y buena fe guardada, solicitó al Gobernador de Santander que suspendiera al accionante del cargo de Alcalde Municipal de Jordán Sube mientras culminaba la investigación fiscal que se adelantaba en su contra.

Contra la resolución 000475 de 2004 el alcalde suspendido interpuso, a través de apoderado, recurso de reposición el cual fue resuelto negativamente por el Contralor Departamental mediante resolución número 000496 de septiembre 4 de 2004. En esta decisión se destaca, con apoyo en la sentencia **C-603 de 2000** de la Corte Constitucional, el alcance provisional de la medida de suspensión, como instrumento transitorio encaminado a la efectividad del control, y se insiste en la necesidad de mantenerla para favorecer el desarrollo de la investigación y la tarea de fiscalización.

Invocando el derecho de petición el apoderado del actor radicó el primero (1°) de abril de 2005 una solicitud ante el Contralor Departamental impetrandolo el archivo de la investigación, en razón a la inexistencia de prueba que demuestre objetivamente que el actor en su calidad de Alcalde Municipal de Jordán Sube causó daño o detrimento patrimonial económico al Estado durante su gestión. Solicitó así mismo la revocatoria de la medida de suspensión. Esta petición, según afirma el actor, no le fue respondida.

14.3.1 Consideraciones de La Corte

El primer planteamiento que formula el demandante es que existe violación al debido proceso, por desconocimiento del principio de necesidad de la prueba⁸⁴, en la expedición del auto de agosto 25 de 2004 mediante el cual la Oficina de Procesos de Responsabilidad Fiscal ordenó la apertura de proceso de esta naturaleza contra el Alcalde Municipal de Jordán Sube, actuación de la Contraloría Departamental de Santander.

⁸⁴ El artículo 22 de la Ley 610 de 2000 consagra el principio de necesidad de la prueba en materia de responsabilidad fiscal conforme al cual toda providencia dictada en estos procesos debe fundarse en pruebas legalmente producidas, y allegadas al proceso

Señala la corte que *“la persona sometida a proceso de investigación fiscal tiene derecho al ejercicio de todas las garantías inherentes al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Carta, y desarrollado en los apartes citados de la Ley 610 de 2000, particularmente, interesa destacar para el estudio del asunto bajo examen, que el establecimiento de un término para la investigación, se orienta a sentar los presupuestos para la preservación del derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas, en tanto que el imperio del principio de necesidad de la prueba para la adopción de todas las decisiones, se dirige a garantizar el principio de presunción de inocencia el cual sólo puede ser desvirtuado mediante pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso.”*

“Para el caso en concreto y de acuerdo al análisis probatorio realizado por la corte señala que la Contraloría identificó y relacionó todos los descuentos efectuados por concepto de retención en la fuente (folios 2, 3, y 4 del auto de apertura) y estableció que se presentaron pagos por valor de \$210.184.099.00 a un mismo contratista – Antonio Rueda - entre enero y abril de 2004, y que esos pagos se presentaron en diversos sectores como “educación, otros sectores, agua potable, deportes” e incluso “funcionamiento”. Estos hallazgos permitieron concluir al órgano investigador que se presentaba una posible violación al régimen de contratación.”⁸⁵

Por lo anterior, concluye la sala que al demandante no se le desprotegió su debido proceso, fundamentado en el Auto de apertura de investigación fiscal, toda vez que se produjo dentro del marco del principio de necesidad de la prueba, que también se tiene en cuenta en el proceso de responsabilidad fiscal. Aduce la corte que por el contrario debido a las dificultades en cuestión de recolección de pruebas en razón del incendio de la Alcaldía el mismo día que se pretendía realizar la Auditoría, el Auto cuenta con una base probatoria exigida por el artículo 41 de la ley 617 de 2000.

El segundo reparo constitucional que dirige el demandante contra la actuación de la Contraloría Departamental, radica en que el ente de control violó el debido proceso por cuanto exigió a la Gobernación la suspensión del Alcalde investigado sin que existieran procesos penales y disciplinarios en curso, lo cual constituye requisito previo de la suspensión, según la interpretación del demandante al numeral 8° del artículo 268 de la Constitución.

⁸⁵ Corte Constitucional Sentencia T 297 de 2006

*Respecto a ello la corte señala lo siguiente "La suspensión de un alcalde, con efectos provisionales, mientras culminan las investigaciones y los respectivos procesos penales o disciplinarios, se justifica cuando verdad sabida y buena fe guardadas tenga razones fundadas para temer que la permanencia de aquél en el desempeño de sus funciones pueda afectar las investigaciones, **dificultar la tarea de fiscalización** o comprometer todavía más el interés colectivo, los bienes del Estado o la moralidad pública"⁸⁶*

Conforme lo ha señalado la jurisprudencia las decisiones en conciencia o verdad sabida y buena fe guardada," remiten a la esfera interna del fallador quien adopta una decisión cuya finalidad no es necesariamente la justicia o la equidad. (...) Quien falla verdad sabida y buena fe guardada no tiene que hacer explícitos los hechos en que se funda ni justificar con razones sus conclusiones"⁸⁷

Es evidente entonces que el hecho que no cursen procesos penales o disciplinarios en contra del Presunto Responsable No significa que se encuentre condicionada dicha circunstancia a No suspender del cargo al presunto responsable dentro del ejercicio de la potestad que se le otorga al Ente investigador pues como aduce la Corte existe "la necesidad de protección de la investigación en el ejercicio de la tarea de fiscalización, que es la que compete de manera directa a este funcionario, lo autoriza para acudir al instrumento cuando concurren los demás presupuestos para ello."

Por lo anterior la contraloría tenía razones fundadas para creer en la existencia de riesgos reales para la investigación fiscal, dado que las instalaciones de la Alcaldía fueron objeto de un incendio en la misma fecha en que se practicaría una auditoría especial. Adicionalmente, se evidenció que el funcionario investigado había sido desobediente al responder un requerimiento fiscal relativo a la vigencia fiscal 2003, y no había rendido la cuenta correspondiente al primer semestre de 2004.

En tercer lugar, aduce el demandante que la actuación de la Contraloría es violatoria de su derecho fundamental al debido proceso fundamentando que se han vencido los términos legales para adelantar la investigación correspondiente, sin que se haya recaudado pruebas, ni adoptado una decisión de fondo en la investigación fiscal.

⁸⁶ Ibidem

⁸⁷ Ibidem

Considera que se presenta una dilación injustificada de los términos que rigen este tipo de investigación.

Antes de resolver dicha solicitud la corte recalca que el artículo 45 de la Ley 610 de 2000 establece para el desarrollo de la investigación un término de tres (3) meses prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten.

Al respecto advierte la Sala que no obstante cumplirse con el primer elemento, vale decir el desbordamiento de los términos legales, ese evento no aparece desprovisto de justificación. Si bien los hechos que originaron la investigación fiscal, en un principio, no revestían una mayor complejidad, el asunto adquirió un inusitado nivel de dificultad en razón del incendio de la sede de la Alcaldía lo cual generó considerables dificultades probatorias. Adicionalmente resulta evidente el interés de la Contraloría en provocar un pronunciamiento del investigado acerca de las actuaciones de fiscalización que adelantaba ese Despacho respecto de la gestión de la administración central de Jordán Sube. Así, se constata que en octubre 17 de 2004 (Fol. 156) notificó personalmente al Alcalde investigado el requerimiento 048 relativo a la ejecución presupuestal de enero a diciembre de 2003, requerimiento que no fue respondido por el Alcalde cuestionado.

La sala observa de acuerdo al expediente que el Ente investigador ha realizado diversas acciones por coadyudar a que el presunto responsable ejerza su derecho de defensa dentro del proceso a través de la Versión libre , pero el mismo se ha rehusado a la posibilidad de hacerlo directamente, puesto que ha delegado a su apoderado para que tome la vocería en el proceso , renunciando a las posibilidades de defensa que podría reportarle una explicación sobre las irregularidades que se le atribuyen.

De igual manera se observa que en vista de que las citaciones a versión libre tuvieron que hacerse a través de la personería, esto conlleva a prolongar un poco más el término de la Investigación.

Sin embargo, también advierte la Sala que “la situación del investigado no puede mantenerse indefinidamente en suspenso, y que la ley establece herramientas para continuar el proceso aún ante la renuencia del concernido a concurrir a la investigación. El inciso 2° del artículo 42 de la Ley 610 de 2000, autoriza al ente de control a continuar el proceso, aún bajo la renuencia del investigado a comparecer, cuando éste se encuentra representado por apoderado. La norma contempla una garantía a favor de la persona

sometida a investigación fiscal en el sentido que no es posible proferir auto de imputación de responsabilidad fiscal si la persona no ha sido previamente escuchada en exposición libre y espontánea, o no está representada por un apoderado de oficio, si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

La continuación del proceso no puede quedar librada a la voluntad del investigado por lo que la presencia en el proceso de un apoderado de confianza, es suficiente garantía para continuar con la investigación.

*Ello resulta más imperativo cuando está de por medio una medida de suspensión que por esencia tiene un carácter provisional y un cometido precario, vinculado a la eficacia de la investigación.*⁸⁸

En síntesis si bien se encuentra una dilación injustificada dentro de los términos del proceso, se evidencia que dicha dilación se fundamenta en explicaciones razonables ya que existieron dificultades probatorias por el incendio de la Alcaldía, por otro lado el desinterés del investigado a rendir versión libre y espontánea, además de ello delega a su apoderado para que lo represente en sus actuaciones, Con lo anterior la sala no encuentra una vulneración del debido proceso por dilación injustificada de los términos procesales.

15 DEFENSA TECNICA

En el proceso de responsabilidad fiscal existen diversas manifestaciones del derecho de defensa que integran dos conceptos, de una parte el artículo 42 de la ley 610 de 2000 prevé, como garantía de defensa al implicado, que esté una vez tenga Conocimiento que en su contra cursa un proceso de responsabilidad Fiscal y antes de que se le formule en auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al funcionario correspondiente que le reciba exposición libre y espontánea, justamente para que ejerza de manera directa el derecho de defensa (defensa material), sobre la base del conjunto probatorio y de las observaciones y cuestionamientos plasmados en su contra dentro del correspondiente proceso.

El artículo 43 de la misma ley previene que si el implicado no puede ser localizado o citado no comparece a rendir versión libre se le nombrará apoderado de oficio con quien continuara el trámite del proceso.

Este apoderamiento oficioso, también es posible en el artículo 49 de la ley 610, inciso 2, cuando no ha sido posible notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, caso en el cual surtida la notificación por edicto, se les

⁸⁸ *Ibíd*em

designara apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso y para cuyo efecto se aplicará lo dispuesto en el antedicho artículo 43.⁸⁹

15.1 Corte Constitucional Sentencia C- 131 de 2002

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.

15.1.1 Consideraciones de la Corte

“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.”⁹⁰

⁸⁹ AMAYA, OLAYA .Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad Fiscal, aspectos sustanciales y procesales. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Universidad externado de Colombia .Bogotá 2002 P. 365

⁹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-131 de 2002

Por todo lo dicho, la sala realiza un análisis del el auto de apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal y del Auto de imputación De Responsabilidad Fiscal diferenciando , que en el primero es un auto de trámite que da inicio a la Investigación siempre y cuando se haya verificado un daño al patrimonio del Estado y de sus posibles Autores por consiguiente se decretan pruebas, mientras que en el Auto de Imputación De Responsabilidad Fiscal se expide cuando se demuestra probatoriamente los elementos para que se configure la responsabilidad fiscal esto es, un daño, un nexo causal y una conducta dolosa o culposa del investigado.

Añade la corte "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 pre procesal 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."*⁹¹

En esta Jurisprudencia la Corte establece que la defensa técnica por parte del Investigado en la diligencia de exposición libre es facultativa por consiguiente es opcional significa que el investigado elige si quiere o no ser asistido por abogado contractual, de igual manera la Contraloría no tiene la obligación de designarle apoderado de oficio, sin embargo se aclara que no se excluye al apoderado en esta actuación sino que queda a decisión del Investigado

⁹¹ *Ibíd*em

- *“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.”⁹²

Por todo lo anterior dicha potestad facultativa en la defensa técnica esta limitada hasta el Auto de imputación de responsabilidad Fiscal , de igual manera resulta obligatorio nombrar defensor de oficio por parte del Ente Investigador en dos eventos , cuando se ha citado al investigado y no comparece a rendir versión libre y cuando no es posible localizarlo

Dadas las condiciones anteriores la Corte entra a determinar que el artículo 42 de la ley 610 de 2000 No resulta contrario a la carta política es decir a la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental estableciendo lo siguiente :

“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 afección 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

⁹² *Ibíd*em

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.*⁹³

Añade que la defensa Técnica tampoco tiene un fundamento constitucional considerando lo siguiente *“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”.*⁹⁴

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,

⁹³ *Ibidem*

⁹⁴ Constitución política de Colombia de 1991 artículo 267, y ss

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 inexequibilidad planteada por la demandante.⁹⁵

15.2 Corte Constitucional Sentencia T- 549 de 2010

1. El demandante fue declarado responsable Fiscal por la contraloría departamental de Caquetá en fallos del 22 de mayo de 2009 (primera instancia) y del 24 de julio de 2009 (segunda instancia). (Folios 82 a 104 y 105 a 117 respectivamente)
2. Fue notificado de todas las diligencias del proceso, escuchado en versión libre y espontánea antes de dictarse el auto de imputación de cargos, pero igualmente fue excluido del auto mediante el cual se designó defensor de oficio a los demás implicados, por lo cual careció de representación legal durante el adelantamiento del proceso en cuestión.
3. Alega que por lo anterior, le fue vulnerado su derecho al debido proceso, e interpone acción de tutela y solicita que sea anulado el proceso desde el auto de imputación de cargos, con base en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que en desarrollo de los procesos de responsabilidad fiscal, la implementación de la defensa técnica no puede ser de carácter facultativo después de dictado el auto de imputación de cargos, sino que resulta obligatoria (C-131 de 2002).

El juez de tutela de primera instancia niega el amparo, porque considera que la acción de tutela no es procedente, en tanto no se configura ni un perjuicio irremediable, ni la vulneración del derecho de defensa del ciudadano, por cuanto durante todo el proceso fue notificado de todas las diligencias, y expresamente renunció a la defensa técnica en la diligencia de versión libre (Fl. 142 a 144). Mientras que el juez de segunda instancia revocó el fallo anterior y concedió el amparo, declarando la nulidad del proceso de responsabilidad fiscal en lo que al actor corresponde, bajo el argumento de que la jurisprudencia de la Corte (fundamento jurídico número 10 de la sentencia C-131 de 2002)

⁹⁵ Corte Constitucional Sentencia C-131 de 2002

ha señalado claramente que es obligatoria la defensa técnica en los procesos de responsabilidad fiscal, luego de dictado el auto de imputación de cargos.

15.2.1 Problema Jurídico

De conformidad con lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión, determinar si se ha vulnerado el derecho al debido proceso del señor Jhon Harold Alape Orozco, al no habersele nombrado defensor de oficio después de que se dictó en su contra auto de imputación de cargos dentro de un procedimiento de responsabilidad fiscal, en observación del criterio jurisprudencial en dicho sentido establecido en sentencia C-131 de 2002. Y esto, bajo la consideración de que el actor participó durante el proceso en mención y ejercicio en varias oportunidades el derecho de defensa.

15.2.2 Consideraciones de la Corte

La Corte extrae la sentencia C-131 de 2002 que fue la que analizó la constitucionalidad del artículo 42 de la Ley 610 de 2000, en el contenido normativo referido a que la diligencia de exposición libre y espontánea dentro del proceso de responsabilidad fiscal podrá llevarse a cabo incluso si quien rinde la exposición, no cuenta con apoderado judicial; por lo cual la designación de un defensor resulta facultativa. La Corte mediante la sentencia en mención, declaró que la norma era exequible y no vulneraba los principios constitucionales del debido proceso, ni los derechos de defensa y contradicción. Esto por cuanto de la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, *“se infiere que la responsabilidad que se discute es patrimonial más 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.”*⁹⁶

De igual manera la corte aclara que este carácter facultativo de la defensa técnica no puede conservarse en todas las Etapas del proceso en lo siguiente

⁹⁶ Corte Constitucional Sentencia C -131 de 2002

“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.”⁹⁷

Por lo anterior solo en los aspectos del artículo 43 de la ley 610 se genera la obligación del ente investigador a designar defensor de oficio es decir cuando el implicado no puede ser localizado citado o no comparece a rendir versión libre , si no se configuran estos supuestos no está obligada la contraloría a designar defensor de oficio , hasta que se cuando exista la necesidad de garantizarle al investigado sus derechos fundamentales esto es hasta el auto de imputación de Responsabilidad Fiscal.

⁹⁷ Corte Constitucional Sentencia C 131-2002

Dicha premisa se fundamenta en la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal puesto que su fin es perseguir la reparación del daño patrimonial al Estado es decir su carácter es meramente resarcitorio, por lo que implica una garantía diferente a la de los derechos derivados de los procesos como los sancionatorios así lo confirma la Corte en la sentencia aludida C-131 de 2002, en los procesos de responsabilidad fiscal tienen gran peso *“los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que, según el Artículo 209, orientan la función administrativa”* como se ha mencionado anteriormente estos principios deben armonizarse con demás principios que contienen herramientas legales para garantizar los recursos del Estado y velar por la correcta administración de los bienes que generan muchas practicas de corrupción administrativa.

Por todo lo dicho la corte concluye para el caso lo siguiente :*“En este orden, la interpretación adecuada de la consagración de la obligación de contar con defensa técnica después de proferido el auto de imputación de cargos en un proceso de responsabilidad fiscal consagrada en la sentencia C-131 de 2002, es que dicha obligación resulta una carga en principio del imputado y no de la administración. Esto es, que lo afirmado en dicha sentencia se dirige de manera directa a quien ha sido acusado, con el fin de establecer un deber a su cargo.*

Por lo que su incumplimiento no puede derivar en el desgaste del ente de control, mediante la declaratoria de nulidad de lo actuado, cuando el imputado no obre de conformidad, es decir, cuando no cumpla con su deber de designar un apoderado judicial.”⁹⁸

Por supuesto, la anterior interpretación sólo es posible cuando el presunto responsable fiscal, conozca la existencia y los pormenores del proceso que se adelanta en su contra. Pues, no de otra manera se le puede exigir que cumpla con su deber de designar defensa técnica. De lo que a su vez se concluye, que en la hipótesis en que el presunto responsable no esté al tanto del proceso, entonces la perspectiva cambia y resulta una carga de la contraloría la designación del defensor de oficio. Tal como es la esencia del contenido normativo del artículo 43 de la Ley 610 de 2000.⁹⁹

⁹⁸ Corte Constitucional Sentencia T 1450 de 2000

⁹⁹ Ibídem

16 Versión Libre y espontanea

16.1 Corte Constitucional Sentencia T- 1450 de 2000

Hechos

El actor interpone Tutela puesto que la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República ha violado el debido proceso dentro del proceso fiscal No. 0934-97 que se adelantó en su contra, aduce el actor que dentro de la etapa de investigación no se le escuchó en versión libre y no se le permitió aportar las pruebas que demostraran su inocencia, antes de proferirse el auto de cierre de investigación y apertura del juicio fiscal.

16.1.1 Problema Jurídico

La defensa técnica obligatoria en la diligencia de versión libre en el ámbito de las investigaciones fiscales, constituye materia de configuración normativa del legislador?

16.1.2 Consideraciones

“Es claro que en la etapa preliminar que antecede a la apertura de la investigación fiscal, la entidad puede si así lo considera indispensable citar a los presuntos responsables a rendir declaración en versión libre o, se puede por estos solicitar que se les reciba tal versión en diligencia para lo cual se señale día, fecha y hora, a semejanza de lo que ocurre en el procedimiento penal.

Recuérdese al respecto que la versión libre que antecede a la apertura de la investigación penal, sólo resulta imperativamente obligatoria cuando el inculpado así lo solicita; en tanto que, sí él no la pide y el investigador no la considera necesaria no es obligatoria su recepción.”¹⁰⁰

“(…) en nada se vulneró el derecho de defensa del actor, como quiera que, de una parte la versión libre de cuya ausencia se duele al incoar la acción de tutela no es imperativamente exigida por la ley, como sí lo es la diligencia de indagatoria en la investigación penal, con la cual no puede llegar a confundirse el proceso de responsabilidad fiscal”.

¹⁰⁰ Corte Constitucional Sentencia

- “en comunicación de 3 de febrero de 1998 se le informó al doctor José Mogollón Bacca, exdirector de Caprecom y actor en esta acción de tutela sobre la existencia de una investigación fiscal en su contra...”; por lo cual si se le otorgo la oportunidad procesal de ejercer el derecho de defensa.”¹⁰¹

Atendiendo al pronunciamiento objeto de análisis de la Corte, dicha corporación manifestó que no existió una vulneración al derecho de defensa del actor, puesto que la ausencia de defensor en la versión libre no es obligatoria ni exigida por la ley, como sí lo es la diligencia de indagatoria en la investigación penal, de modo que no puede llegar a confundirse el proceso de responsabilidad fiscal, por una parte; y, por otra, resulta absolutamente claro que desde el 3 de febrero de 1998 se comunicó al solicitante de la protección que reclama al derecho fundamental al debido proceso, sobre la existencia de la investigación fiscal en su contra radicada bajo el número 09334-97, por hechos acaecidos cuando ocupaba el cargo de Director de la Caja de Previsión de Comunicaciones -Caprecom- dadas las condiciones anteriores estuvo en capacidad jurídica de acceder al expediente, allegar pruebas y solicitar la práctica de las mismas sea prueba conducente o pertinente para el ejercicio adecuado y oportuno de su derecho de defensa.

17 PRESUNCION DE INOCENCIA

*17.1 Consejo De Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera-
Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO- Fallo del trece (13) De
Agosto De Dos Mil Nueve (2009)*

Las señoras Marly Gil Barboza y María Esther Cabezas Molina incoaron por medio de apoderado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo que las declaró Fiscalmente responsable cuando laboraban en el INSTITUTO IBAGUERÑO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO (IBAL), de igual manera solicitaron nulidad de los actos que confirmaron el recurso de reposición y de apelación expedidos por la Contraloría Municipal de Ibagué, dicha pretensión se fundamentó en los siguientes Hechos:

¹⁰¹ *Ibidem*

17.1.1 Hechos

1. El 19 de abril de 1995 denunciaron ante el Gerente de la entidad demandada algunas anomalías en los programas de la División de Sistemas relacionadas con el mal manejo de los programas por falta de conocimiento, mala liquidación de los ítems de consumo y alcantarillado, consumos con promedios altos que no eran reales, refinanciación de deudas y desaparición de “deudas de costos altos”.
2. Mediante Resolución No. 0396 de 20 de junio de 1995 la Contraloría Municipal ordenó la apertura de investigación fiscal y decretó la práctica de algunas pruebas. El investigador comisionado recibió los testimonios de las demandantes y de Pedro Antonio Martínez, Jefe de la División de Sistemas del IBAL. La investigación determinó que el IBAL dejó de percibir \$ 10. 962.504 y concluyó con la declaración de responsabilidad fiscal demandada.
3. El Manual de Funciones de la entidad le asignó al Jefe de División de Sistemas Pedro Antonio Martínez Cruz la función general de “planear, organizar, dirigir, coordinar y controlar las actividades encaminadas al análisis, programación y procesamiento de la información sistematizada del instituto” y las funciones específicas de “velar por la seguridad y acceso a los sistemas de información con el fin de evitar su uso indebido por parte de personal no autorizado” y asignar claves”. Dicho funcionario desconocía sus funciones y no ejercía autoridad sobre el personal a su cargo; además, por oficio de 24 de abril de 1995 manifestó al Gerente que el sistema de información con el que opera la división de sistemas “carece de las condiciones básicas de seguridad y almacenamiento de la información de los usuarios; por lo tanto, es necesario su renovación inmediata a fin de brindar las garantías y herramientas que no tienen para cumplir a cabalidad con un normal desempeño del cargo”.
4. Una auditoría practicada a los sistemas del IBAL estableció: “4.1. Módulo de Facturación y Pagos. 4.1.1. Generalidades: no existe un soporte eléctrico (U.P.S.) confiable para los equipos de cómputo, siendo este muy necesario debido a que el volumen de información que se maneja en la entidad es demasiado grande (correspondiente a 64.000 usuarios). No se tienen copias de seguridad necesaria que permita la reconstrucción de registros y que respalden la información contenida en los archivos. No se lleva un control de calidad de la mayor parte de la información procesada, lo que demuestra que existe un bajo nivel de confiabilidad en los datos arrojados por el sistema. No existen niveles de acceso, ni logs que permitan determinar qué personas son responsables de determinado proceso, etc.”
5. La investigación estableció el valor dejado de recaudar pero no los responsables de la defraudación y “por salir del paso” consideró solidariamente responsables al Jefe de División, las demandantes y la Compañía de Seguros. Al explicar el concepto de la violación manifestaron que sus derechos al debido proceso y a la

defensa consagrados en los artículo 29 de la Carta y 72 de la Ley 42 de 1993¹⁰² fueron vulnerados porque el proceso de investigación fiscal se adelantó con fundamento en la Resolución No. 03466 de 14 1994 de la Contraloría General de la República que había sido revocada expresamente por Resolución No. 04024 de 18 de abril de 1997 de la misma entidad e inaplicada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 620 de 13 de noviembre de 1996.

6. Agregaron que no se realizó una investigación de fondo y que no se les concedió la duda a que tenían derecho dado que la información registrada en los sistemas carecía de toda seguridad y no se pudo determinar mediante auditoría las personas que realizaron operaciones irregulares; además, la Contraloría se basó en pruebas recaudadas sin la intervención de los investigados y se negó sin fundamento a recibir pruebas tales como los testimonios de las personas a quienes se borró sus deudas del sistema, cuyos nombres y direcciones obraban en el expediente y hubieran podido esclarecer los hechos.
7. Aseveraron que se violó el artículo 77 de la Ley 42 de 1993 que fija en 30 días la duración de la investigación fiscal, prorrogables hasta por otro tanto, porque duró más de dos años y se prorrogó arbitrariamente. Reiteraron que los incisos primero y segundo del artículo 33 de la Ley 190 de 1995 ¹⁰³ fueron violados porque no se les permitió intervenir en la investigación desde el principio y que no podían aplicarse en su caso las resoluciones de la Contraloría General que regulaban el proceso de responsabilidad fiscal.

17.1.2 Problema Jurídico

Existió Violación de los artículos 29 constitucional y 72 de la Ley 42 de 1993 que establecen el derecho al debido proceso, porque en el juicio fiscal no se aplicó el principio de la duda a favor de las procesadas?

Para sustentar el cargo las demandantes sostuvieron que no se les aplicó el principio de la duda y que tenían derecho a ello en consideración a que no existía prueba de que fueran autoras de las irregularidades investigadas ya que estaba demostrado que la

¹⁰² Artículo 72 de la Ley 42 de 1993: “las actuaciones relacionadas con el ejercicio del control fiscal se adelantarán de oficio, en forma íntegra y objetiva y garantizarán el debido proceso para el establecimiento de responsabilidades fiscales”¹⁰².

¹⁰³ 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.

seguridad y acceso de los sistemas de información y la asignación de claves correspondía al Jefe de la División de Sistemas, además de que la auditoría practicada a dicha División había establecido el bajo nivel de confiabilidad en los datos arrojados por el sistema y que no existen niveles de acceso, ni logs que permitan determinar qué personas son responsables de cada proceso.

17.1.3 CONSIDERACIONES DE LA SALA

“En la sentencias SU -620 de 1996 la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó la jurisprudencia de la Corporación en torno a las garantías debidas a quienes fueran objeto de investigación y juicio fiscal por parte de las Contralorías y en la sentencia C-540 de 1997 estudió la constitucionalidad de los artículos 74 y 77 de la Ley 42 de 1993 que tratan sobre las etapas del proceso de responsabilidad fiscal. En ambas sentencias señaló: “...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.

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 autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.” (...)

El Consejo De Estado antes de analizar el caso en concreto trae a colación los Criterios establecidos en la Sentencia SU 620 de 1996 por consiguiente deben aplicarse al proceso de responsabilidad Fiscal las garantías sustanciales y procesales al Investigado, así mismo toda actuación Administrativa debe ejecutarse dentro del marco de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.)

“Adicionalmente, en los aspectos no previstos para el proceso de responsabilidad fiscal la Ley 42 de 1993, en el artículo 89, remite, en lo no regulado, a las disposiciones de los códigos contencioso administrativo y de procedimiento penal, según el caso, y en el

artículo 72 consagra que para el establecimiento de responsabilidades fiscales, las actuaciones relacionadas con el ejercicio del control fiscal se adelantarán de oficio garantizando el debido proceso.” Las sentencias comentadas ponen de presente que en el juicio de responsabilidad fiscal cabe la aplicación del principio de la duda - o in dubio pro reo -, consecuencia ineludible de la presunción de inocencia que le impone al juzgador la carga de la prueba. Advierte la Sala que la conducta que se les imputó a las demandantes como generadoras de daño en el auto de cierre de investigación no fue el conocimiento de la clave de acceso al módulo de modificaciones del sistema, tampoco su uso, y menos aún la supresión directa de los datos referidos a deudas de usuarios morosos. La conducta que se imputó a las demandadas y cuya declaración sirvió de fundamento al fallo con responsabilidad fiscal en su contra fue el presunto incumplimiento de las funciones de control, coordinación y gestión fiscal relacionadas con el uso de las claves de acceso al módulo de modificaciones (ver folio 555 y siguientes). (...) “...Con relación a las empleadas que por contrato actuaban en esta División como Asistente y Digitador...al participar en la elaboración de formatos o recibos, de utilizar el sistema, de conocer la clave de los mismos, necesariamente su conducta merece reparo porque tenían relación directa con el mecanismo de tesorería, actualización de cobros, elaboración de bonos, consultaban el sistema...entonces las dos empleadas por virtud del artículo 63 del Código Civil sin ser las protagonistas del desfalco, con su conducta generaron detrimento patrimonial..” (fs. 721 y siguientes). (...) En suma, no está probado en el proceso que las demandantes tuvieran las funciones de control, coordinación y gestión fiscal, relacionadas con el uso de las claves de acceso al módulo de modificaciones, cuyo incumplimiento se le imputó para derivarles responsabilidad fiscal.

A lo anterior debe agregarse el hecho de que las demandantes, tal como lo señalan todos los actos acusados y, como consta en el proceso, fueron quienes denunciaron los hechos que dieron origen a la investigación y al juicio fiscal referidos a la supresión irregular en el sistema de las deudas de usuarios que no las habían pagado (fs. 3 y 4 ibídem); indicio indiscutible de su falta de responsabilidad y prueba de su diligencia, que no de la negligencia que se les enrostró en el auto de cierre de investigación y apertura de juicio fiscal.

Luego si las demandantes no se les imputó en el juicio fiscal la modificación de las deudas de usuarios que no las habían pagado, y esa conducta tampoco se probó en el proceso, y si el cargo de incumplimiento de las funciones de control, coordinación y gestión de las claves que sí se les imputó no se demostró porque dichos deberes le correspondían al Jefe de la División de Sistemas, se debe concluir que, en el peor de los

casos, las demandantes debieron ser beneficiadas por la duda y, en rigor, debieron ser absueltas dado que no se probó su responsabilidad."¹⁰⁴

El consejo de Estado endilga el principio de la Duda o -in dubio pro reo- a las demandantes puesto que se les imputó la conducta de incumplimiento de las funciones de control, coordinación y gestión de las claves y dicha conducta no les correspondía dentro de sus deberes en la Entidad conducta que le correspondía al Jefe de división de Sistemas y que contaba con soporte probatorio, por el contrario , la función de las demandantes era modificar las deudas de los usuarios que No les habían pagado, dicha gestión no fue imputada en el juicio fiscal y mucho menos contaba con un soporte probatorio por lo anterior al no tenerse prueba de elementos que conlleven a demostrar una responsabilidad el ente investigador debió aplicar y beneficiarlas con la Duda.

18 .

¹⁰⁴ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Seccion Primera- Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO- Fallo del trece (13) De Agosto De Dos Mil Nueve (2009)

19 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL:

De acuerdo a la ley 610 de 2000 Los elementos de la responsabilidad fiscal se encuentran constituidos por los siguientes aspectos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza Gestión Fiscal
- Un daño patrimonial al Estado
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores

20 CONDUCTA DOLOSA O CULPOSA

La conducta se refiere al comportamiento activo u omisivo, doloso o culposo que provoca un daño al patrimonio Público, atribuible a un agente que realiza Gestión Fiscal.

Este presupuesto en verdad se integra Sustancialmente con el Concepto de Gestión Fiscal: primero la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona y en segundo dicho agente al desplegar la Conducta debe realizar Gestión Fiscal. Es decir no es suficiente con que la persona haya cometido una conducta dolosa o culposa (causante del daño patrimonial), si no que esa conducta tiene que estar directamente referida a dicha Gestión Fiscal como ya se indicó¹⁰⁵, cabe agregar que el concepto de Gestión Fiscal ha sido ampliado por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C – 840 de 2001

20.1 Corte constitucional sentencia C-6 19 de 2002

En la presente sentencia se solicita a la Corte declarar la inconstitucionalidad tanto del parágrafo 2º del artículo 4º, como de la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, por ser violatorios del artículo 90 inciso segundo de la Constitución Política por consiguiente se declaró inexecutable el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 610 de 2000 y la expresión “ leve” contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000. Por esta razón, a partir de 2002 que para imputar responsabilidad fiscal el gestor público, su conducta debe proceder con dolo o culpa grave y en tal virtud, como consecuencia de ello se presenta detrimento del patrimonio Público.

Lo importante de esta sentencia es que es indispensable tener en cuenta que dentro el proceso de Responsabilidad fiscal dicha responsabilidad es de naturaleza subjetiva pues se pretende determinar si el imputado obró con dolo o culpa.

¹⁰⁵ Amaya Olaya. Uriel. *Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002 P. 203 y SS*

20.2 Corte Constitucional Sentencia C 840 de 2001

La Corte Constitucional en dicha sentencia hace un análisis y un estudio respecto al Concepto de dolo y culpa y su aplicación específicamente en la Administración Pública y en los procesos de responsabilidad fiscal.

El dolo, según Enneccerus: “Es el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse el derecho o un deber”.

Según el Diccionario Jurídico Espasa, el dolo: “Es la forma más grave de la culpabilidad. Suele definirse como conocimiento y voluntad de un resultado típico. Actúa dolosamente quien: 1º. Conoce los elementos esenciales del tipo del injusto; sabe, por ejemplo que la cosa es ajena. Además de saber que la acción que se propone está prohibida por la ley penal, (...). 2º. Quiere esa acción y su resultado. Se resuelve a ejecutar aquello que sabe está prohibido. Por tanto, el dolo tiene dos elementos: el intelectual (conocimiento) y el volitivo (voluntad), referidos a un resultado típico, es decir, prohibido por la ley penal. Caben varias clasificaciones del dolo, pero la más importante distingue entre dolo directo, que comprende aquellos casos en que el autor quiere intencionalmente el resultado representado en su mente, y es el más frecuente, y dolo eventual, referido a aquellos supuestos en que el agente se representa como probable la producción del resultado y, aunque no lo quiere directamente, acepta la probabilidad de que acontezca”.

Con respecto a la culpa el artículo 63 del Código Civil prevé tres modalidades a saber: 1) “Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”. 2) “Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano”. 3) “Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”.

Desde una perspectiva distinta pero complementaria a la anterior, la culpa puede tener lugar por imprudencia, impericia, negligencia o por violación de reglamentos. Resultando al punto probable que en el marco del artículo 90 Superior la culpa grave llegue a materializarse por virtud de una conducta afectada de imprudencia, impericia, negligencia o de violación de reglamentos, dependiendo también del grado de intensidad que cada una de estas expresiones asuma en la conducta concreta del servidor público.

Ahora bien, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si las nociones de temeridad y mala fe son más restrictivas que aquellos conceptos de dolo y culpa grave, en lo que dice relación a la responsabilidad.

La temeridad está definida por el diccionario de la Real Academia Española como “calidad de temerario. 2. Acción temeraria. 3. Juicio temerario.” Y al remitirse al significado de temerario se lee: “excesivamente imprudente arrojando peligros. Dícese de las acciones del que obra de ese modo. 3. Que se dice, hace o piensa sin fundamento, razón o motivo.”

Por su parte el Diccionario Jurídico Espasa define a la temeridad así: “Es el comportamiento imprudente. La imprudencia temeraria consiste en omitir el cuidado y diligencia que puede exigirse a la persona menos cuidadosa, atenta o diligente”.

Del análisis de las anteriores nociones surge una contundente conclusión, cual es la de que la acepción de **temeridad** equivale esencialmente a la definición de **culpa grave** que registra el Código Civil, de donde se colige finalmente que bajo tal adjetivo calificativo no se restringe irregularmente la responsabilidad del funcionario en lo tocante al grado de diligencia y cuidado que se le exige para decretar medidas cautelares. Por el contrario, la noción de temeridad, en tanto asimilación a culpa grave, se acompasa nítidamente con las formas de culpabilidad que concentra la Constitución en su artículo 90.

*En cuanto a la locución **mala fe**, que acusa el demandante, la Sala pasa a expresar lo siguiente:*

El proceso de constitucionalización de institutos legales encuentra un importante ejemplo en el principio de la buena fe, que desde antiguo ha tenido regazo en el Código Civil colombiano, particularmente en sus artículos 768 y 769. En tal sentido dispone la Carta Política que las actuaciones de los particulares y de la autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

*Así las cosas, bajo el criterio de que **el principio de la buena fe** debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quiso el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos. Por consiguiente, podría decirse*

entonces que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza **Estado-administrados** hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos.

En este sentido resalta la Corte que los funcionarios Públicos al alegar la buena fe en actuaciones u omisiones que presenten en ejercicio de sus funciones y que atenten contra los derechos de los administrados, contra el mismo patrimonio público o en el ejercicio de sus deberes es un contrapeso institucional puesto que todo servidor público debe actuar acorde a los principios de constitucionalidad y de legalidad amparando la ley y los actos administrativos.

Siguiendo el esquema del profesor Jesús González Pérez^[11] es dable afirmar que el Estado puede atentar contra la buena fe en razón de los sujetos, del contenido, del lugar, del tiempo y la forma: 1) en cuanto a los sujetos cuando la Administración, conscientemente, le exige al administrado una prestación en circunstancias de inferioridad, siempre que el interés público no lo requiera de manera inaplazable; 2) en razón del contenido cuando teniendo la Administración la facultad de exigir optativamente diversas prestaciones al administrado, le pide aquella que resulta contraria a la conducta leal que cabe esperar de un hombre normal; 3) en cuanto al lugar cuando la Administración escoge un sitio inadecuado para el cumplimiento de sus mandatos; 4) en relación con el tiempo cuando la Administración ejerce el derecho prematuramente, en forma tardía o le señala una plaza inadecuada al sujeto pasivo para la realización de un prestación; 5) finalmente, en razón de la forma, se atenta contra la buena fe cuando la Administración desestima la trascendencia de los defectos que se presentan en el procedimiento de formación del acto administrativo en la medida en que su ejecución contra la voluntad del obligado, le acarrea a este graves perjuicios.

En esta última hipótesis la Administración tiene conocimiento sobre la irregularidad de su procedimiento, y además, tiene la voluntad para expedir el acto propulsor del daño. Situándose entonces la mala fe en el mismo rango del dolo.

Ante la situación planteada la Corte Constitucional hace un análisis de la mala fé en el comportamiento de los servidores públicos específicamente cuando al expedir un acto administrativo tienen conocimiento de la irregularidad, ilícita, deshonesta, inmoral o inusual en su conducta y además tienen la voluntad de continuar con el acto que los motiva, se sitúa dicha mala fé en el mismo rango que el dolo.

20.3 Tribunal Administrativo De Santander Fallo Del 26 De Agosto De 2010 MP: JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

El presente fallo fué promovido por el Dr Alejandro Mulford Martinez quien fue director de Transito de Bucaramanga mediante acción de Nulidad y restablecimiento del derecho quien fue declarado responsable Fiscalmente por parte de la Contraloría Municipal de Bucaramanga mediante resolución No 001 de fecha 6 de febrero de 2007 por la suma de \$ 142.156.400.

20.3.1 HECHOS

- 1) El Dr Alejandro Mulford Martinez fue designado Director de Transito de Bucaramanga del 9 de julio de 2003 al 4 de Enero de 2004 ,en ejercicio de su cargo suscribió tres (3) títulos o cédulas de capitalización con cuotas mensuales de \$ 20.000.000 y \$ 25.000.000 respectivamente y a 18 meses de plazo cada una , en aras de generar un ahorro financiero a la entidad , dichos títulos se suscribieron previa consulta del estado financiero de la entidad, la cual tuvo viabilidad financiera por parte del jefe financiero de la dirección de transito.
- 2) Una vez terminado su periodo el Nuevo Director de Transito de Bucaramanga decidió rescindir los títulos o cédulas de capitalización, lo que conllevó a la entidad a obtener un detrimento patrimonial puesto que se ocasionó una pérdida de \$ 114.148.234 por concepto de Multa que se tuvo que pagar al rescindirlos con anterioridad al plazo pactado.
- 3) La contraloría profirió Resolución No 0001 de fecha 6 de febrero de 2007 declarando responsablemente al señor Alejandro Mulford por valor de \$ 142.146.400 pesos.
- 4) El señor Alejandro Mulford demanda la resolución alegando que la Contraloria no analiza las la modalidad de la conducta pues éste obró de buena fé por lo que no se configura dicha actuación bajo la modalidad dolosa o culposa es decir no lo hizo con el ánimo de causar detrimento patrimonial por el contrario buscó generar posibilidades de ahorro a la Entidad.
- 5) De igual manera sustenta que la entidad pasaba por un buen momento económico o superávit que sirvió de soporte para la suscripción de dichos títulos y que dichos títulos fueron terminados por el nuevo director de tránsito y él fue el responsable que generó el detrimento a la Entidad.

20.3.2 Consideraciones Del Tribunal

En lo que respecta de la actuación dolosa o culposa del demandante el Tribunal entra a valorar algunas pruebas , observa que *el demandante no realizó un estudio con el fin de establecer las mejores posibilidades Financieras a la Entidad al momento de suscribir los*

títulos de capitalización, no obstante el demandante consideró factible la suscripción de los títulos de capitalización , continuando con el modelo de los pasados Directores, quienes así lo venían haciendo solo que en esta ocasión el demandante los suscribió por sumas muy superiores.

Como se aprecia, la conducta del demandante recae en la No realización de un estudio o análisis que verifique el verdadero riesgo Económico en que pudiere haber entrado la Entidad con la suscripción de dichas cédulas, pero sobre todo de la necesidad de las mismas para mejorar las condiciones económicas y financieras de la Entidad.

El Tribunal basa sus argumentos en las declaraciones rendidas en el proceso de Responsabilidad Fiscal Adelantado por la Contraloría Municipal de Bucaramanga donde uno de los declarantes afirma “de acuerdo a las obligaciones constituidas a 31 de diciembre de 2003 , se concluye que la entidad comprometió más gastos de los que realmente ingresaron por valor de \$ 517,165.751 millones de pesos al cierre de la vigencia de 2003”¹⁰⁶ así mismo se verifica que la entidad en el año mostró superávit presupuestal los primeros cinco meses del año y déficit los siete meses restantes”

Concluye el *tribunal* que la omisión del estudio para determinar la viabilidad de suscribir dichos títulos fue un factor determinante para el detrimento patrimonial de la Entidad Estatal, como se observa se acreditó el elemento culposo en la conducta del demandante ,para endilgar responsabilidad fiscal, puesto que su falta de precaución ocasionó que la entidad se viera obligada, a los pocos meses del suscrito el último de los títulos de capitalización a solicitar un préstamo a la capitalizadora COLPATRIA por valor de \$ 286.720.852 puesto que ese ahorro le generaba un déficit , déficit que aumento al terminar el año.

21 DAÑO PATRIMONIAL

El concepto más acertado para la definición del daño se configura en un menoscabo¹⁰⁷ al Patrimonio Público, es decir al Conjunto de Bienes y fondos aplicados por el Estado Para el Cumplimiento de sus Fines generales y específicos de conformidad con la naturaleza Jurídica de la entidad Pública correspondiente, o Excepcionalmente, por los particulares cuando ellos administran tal patrimonio, ejerciendo para el efecto Funciones Públicas

¹⁰⁶ Dr Jose Manuel Hernández Ruiz, folio 958 y ss Cuaderno No 8 del proceso de Responsabilidad Fiscal, adelantado por la contraloría de Bucaramanga.

¹⁰⁷ Henao, El daño P 84

El daño es un requisito indispensable para que se declare la responsabilidad pero no un requisito Suficiente¹⁰⁸, pues además de su demostración se requiere alinear los demás elementos integradores de la responsabilidad Patrimonial. En el caso de la Responsabilidad Fiscal, requiere la demostración de los Tres Elementos: daño, imputación subjetiva y nexo causal¹⁰⁹

21.1 Consejo De Estado –Sección Primera Fallo Dieciséis (16) De Febrero De Dos Mil Doce (2012): M P Marco Antonio Velilla Moreno

En esta Jurisprudencia El consejo de Estado reitera el Daño como elemento primordial y privilegiado en la responsabilidad Fiscal y que su determinación debe ocupar en primera instancia dentro de la labor de valoración probatoria pre procesal, pues si su existencia no es posible fundamentar una responsabilidad fiscal ni mucho menos configurar los demás elementos que lo componen por lo anterior la sala resalta:

*“En la Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en la que se determina que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurren estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad fiscal. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, **es importante destacar que el elemento más importante es el daño**, pues si el mismo no se presentare, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño (...) En armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo, es decir, establecerlo en cifras concretas y en su real magnitud”¹¹⁰*

“Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud.

¹⁰⁸ Corte suprema de Justicia Sala de Casación Civil. sentencia del 4 de abril de 1968 M P Fernando Hinestrosa

¹⁰⁹ Ley 610 de 2000 ART 5.

¹¹⁰ Consejo de Estado sección primera Sentencia de Febrero 7 de 2008. Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrade

¹¹⁰ Corte Constitucional sentencia SU 620 DE 1996

En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.”¹¹¹

Ante la situación planteada se observa la Importancia que tiene el daño como elemento de estudio en la Responsabilidad Fiscal, donde una vez probado el Daño se pueden empezar a probar los demás elementos como la conducta, siendo así el primer elemento que se debe probar para ejercer la acción Fiscal, ordenando la apertura del proceso de responsabilidad Fiscal , es precisamente la Existencia de un daño al patrimonio Público

De igual manera recalca la sala que El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación ha que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. Razones por demás suficientes para desestimar el cargo del actor, según el cual el lucro cesante debería ser declarado por una autoridad que haga parte de la rama judicial.

21.2 Corte Constitucional Sentencia SU -620 DE 1996

“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.

Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio”¹¹²

Hecha la observación anterior la Corte determina ciertas características del daño causado por una Gestión fiscal irregular trasladándose a las reglas generales en material de responsabilidad, señalando que debe ser cierto, especial, anormal, cuantificable y con arreglo a su real magnitud.

¹¹¹ Ibídem

¹¹² Corte Constitucional sentencia SU 620 DE 1996

21.3 CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA C -840 DE 2001

En dicha sentencia la Corte Constitucional hace un análisis del artículo 6 de la ley 610 de 2000 que fue demandado por inconstitucional parcialmente específicamente en la parte final aduciendo el demandante que las personas que “ contribuyan ” al deterioro del erario público no deben ser objeto de responsabilidad fiscal, si no aquellas que manejen directamente esos Bienes que son objetos de control, para mayor claridad se transcribe el precepto, subrayando lo demandado

“Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al (sic) patrimonio público”

Respecto a ese punto la corte se pronunció en lo siguiente

“Se trata entonces de una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Donde además, no se hace referencia alguna a las autoridades competentes para conocer y decidir sobre las responsabilidades que puedan dimanar de unas tales conductas.”

Para una mayor ilustración conviene registrar -dentro de un horizonte mucho más amplio- que los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas. De suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, tanto en la arena de la gestión fiscal como fuera de ella.

Así por ejemplo, el daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribamiento culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo patente además que para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal.

Cosa distinta es que en cada caso, habida consideración de los bienes jurídicamente protegidos, de las competencias o capacidades de los servidores públicos y particulares,

de la presencia de una gestión fiscal irregular, y de otras tantas variables, se ponga en escena la pregunta sobre el juez natural o autoridad competente para conocer de un asunto que comprometa el patrimonio público.

La definición del daño patrimonial al Estado no invalida ni distorsiona el bloque de competencias administrativas o judiciales que la Constitución y la ley han previsto taxativamente en desarrollo de los principios de legalidad y debido proceso.

“por lo mismo Cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.”

De los anteriores planteamientos se deduce que cuando la Corte Constitucional hace énfasis en que la palabra “contribuir” se refiere a las diversas formas del daño al patrimonio del Estado que pueda incurrir un servidor público y que solo cuando dicho funcionario tenga la titularidad para manejar fondos o bienes del Estado, materia del detrimento, la contraloría dentro de su competencia puede iniciar el correspondiente proceso fiscal, hay que tener en cuenta que en esta misma sentencia se recalcó que dentro del ejercicio de la gestión fiscal también se deriva el daño patrimonial con “ocasión de esta” de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la ley 610 de 2000 entendiéndose por la misma que cuando exista una relación de conexidad próxima con los actos que materialicen la Gestión fiscal con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales, dicha Gestión abarca un conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, y que dentro de este compendio los servidores públicos y los particulares son responsables fiscalmente por el manejo de fondos o bienes del Estado.

22 NEXO CAUSAL

La ley 610 de 2000 aplica la teoría dogmática, al consagrar como tercer elemento de la responsabilidad fiscal el NEXO CAUSAL entre el daño patrimonial al Estado y la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza Gestión fiscal¹¹³

22.1 Consejo De Estado Sección Primera Fallo Veintiocho (28) De Abril Del Dos Mil Cinco (2005) Mp: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta

LOS HECHOS que sirven de fundamento en la sentencia fueron los siguientes:

1. El 5 de diciembre de 1995 el Ministerio de Transporte giró tres cheques contra la cuenta corriente Núm. 142-0709-1 que tenía en el Banco Ganadero, sucursal Indumil, por \$172.356.700.00, \$147.520.140.00 y \$132.961.200.00. Que el 7 de ese mismo año después del pago, el Banco solicitó su verificación para pagarlos enviando carta con los 3 cheques originales al Ministerio, habiéndose dado la autorización por el Pagador del Ministerio, señor JOAQUIN VARGAS N, quien estampó su sello y chulo en la carta.
2. el pago de los cheques generó saldo rojo en la cuenta del Ministerio y a fin de aclarar esa circunstancia éste devolvió la respectiva chequera al Banco, el cual aclaró que tenía 3 cheques aparentemente falsos, adheridos a ella con cinta por la parte de atrás,
3. De modo que el cambio se hizo después de que el Banco se la entregara al Ministerio y antes de que éste se la devolviera para esclarecer los hechos, tiempo en el cual la custodia de la chequera estaba a cargo exclusivamente de dicho organismo, por intermedio de la señora CARMEN AMANDA DIAZ GOMEZ, Asistente de la División de Pagaduría
4. El 11 de junio de 1996, la División de Investigaciones Fiscales Bogotá, de la Contraloría General de la República, dictó auto de cierre de investigación y apertura de juicio fiscal, vinculando, entre otros, al Banco Ganadero como presunto responsable fiscal, considerando al efecto que los cheques fueron girados el 5 de diciembre de 1995, consignados el 6 de diciembre para su pago por CANJE en BANCAFE SANTA ISABEL, COLMENA TOBERIN y en COLMENA 7 DE AGOSTO; que según los extractos bancarios fueron descargados el 6 de diciembre, es decir, que se hicieron efectivos el mismo día como si estuviéramos frente a un pago automático.
5. Que la confirmación de los cheques se hizo después del pago y que la entidad

¹¹³ ROMERO, CALVO.Diana. La responsabilidad Fiscal. Tesis de grado. Bogotá. Universidad de la Sabana. 2001

bancaria no verificó suficientemente la firma del pagador del Ministerio. De allí que se hace ostensible la responsabilidad fiscal en razón a que el Banco, por el contrato de servicios bancarios, realiza a título de contratista las transacciones propia e inherentes por el situado de fondos que gira la Dirección del Tesoro Nacional- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la luz del artículo 83 de la Ley 42 de 1993, produciéndose evidente deterioro y menoscabo del patrimonio estatal.

6. El 17 de febrero de 2000 se profirió el fallo 00004 declarando fiscalmente responsable al Banco por el monto ya indicado y exonerando a la señora CARMEN AMANDA DIAZ GOMEZ, decisión contra la cual aquél interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron decididos en el sentido de confirmar dicho fallo.
7. El tribunal ad quo confirma la sentencia señalando que En el procedimiento de responsabilidad fiscal se cumplió cabalmente el debido proceso, según se observa en los actos de impulso , posteriormente el banco apela dicha decisión al Consejo de Estado por lo que le compete establecer lo siguiente

22.1.1 RECURSO DE APELACIÓN

LAS CUESTIONES A RESOLVER

1. . EL CONSEJO DE ESTADO entra a dilucidar si dadas las circunstancias en que ocurrieron los hechos, le cabe o no responsabilidad fiscal por ellos al banco demandante, a la luz de los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio y 83 de la Ley 42 de 1993 por aplicación indebida, así como las cláusulas 5ª y 19 del contrato de cuentas corriente.

22.1.2 CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo a la valoración probatoria existieron muchas discrepancias respecto de los mecanismos de seguridad que debió ejercer el Banco por ser una persona jurídica con conocimientos medianamente adquiridos , además por la experiencia en el análisis de los mismos puesto que son los empleados del Banco los encargados de advertir la falsedad de cualquier titulo, poniéndose en evidencia una conducta negligente por parte de tales funcionarios en este caso, y por ende del Banco, lo cual constituye culpa frente a la ocurrencia del perjuicio causado al erario en cabeza del Ministerio de Transporte.

Para valorar normativamente esa conducta el Consejo de Estado considera importante atender las disposiciones que regulan la acción de responsabilidad fiscal, dado que esa responsabilidad es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad, según el artículo 4º, párrafo 1º, de la Ley 610 de 2000. De suerte que en este caso las normas comerciales pertinentes al mismo se han de atender de manera complementaria y en tanto sean compatibles con las antes indicadas.

“En ese orden, se tiene que según el artículo 1º de la misma ley, “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”.

En tanto que el artículo 5º ibídem establece que la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

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

La conducta culposa está demostrada en la forma como atrás se reseñó, constituida por la falta del cuidado del Banco que facilitó el pago de los 3 cheques referenciados, pese a su condición de falsificados por imitación en sus elementos de seguridad para el giro, los cuales justamente se establecen para evitar fraudes contra las cuentas corrientes, sin que esté acreditada la circunstancia que aduce en su favor como eximente de esa responsabilidad como es la de haber obtenido la previa autorización escrita del aparente girador, pues el escrito contentivo de esa supuesta autorización sólo reposaba en su poder, y las firmas que se invocan como indicativas de esa autorización también resultaron falsas, sin que sea cierto que el señor Joaquín Vargas hubiera reconocido su firma estampada en ella, pues lo que dice en su declaración es que aparentemente era la suya, pero que en realidad no lo era¹. Además no existe prueba alguna de que ese escrito hubiera sido recibido y devuelto por el Ministerio de Transporte. Es decir, que al haber dejado pasar de manera inadvertida la falsedad de los títulos referidos y haber pagado su importe, el Banco contribuyó con su manejo descuidado y negligente a la ocurrencia del daño sufrido por el Estado.

El daño patrimonial al Estado, que para efectos de este caso está definido por el artículo 6º ibídem como “la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del

Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías”, se encuentra dado por la sustracción o apropiación fraudulenta e ilegítima por terceros de recursos de la Nación en cabeza del Ministerio de Transporte, por el monto mencionado en autos.

Daño que según la misma norma podrá ser ocasionado por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público, y en este caso es evidente la conducta omisiva del Banco.

La relación causal entre los dos elementos anteriores está configurada por la circunstancia de que pese a las irregularidades que presentaban los títulos en mención, su pago fue posible o se facilitó justamente por esa conducta omisiva o negligente de la actora, es decir, en cuanto ésta contribuyó al detrimento del patrimonio público. ”

A lo anterior se agrega lo dispuesto en los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio, en cuanto prevén:

ARTICULO 732. RESPONSABILIDAD DEL BANCO POR PAGO DE CHEQUE FALSO O SUMA ADULTERADA. Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquel haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado. Si la falsedad o alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad”.

ARTICULO 733. APLICACION DE LA OBJECION AL PAGO DE UN CHEQUE CUANDO NO SE DA AVISO OPORTUNO AL BANCO POR PERDIDA DE FORMULARIOS. El dueño de una chequera que hubiere perdido uno o más formularios y no hubiere dado aviso oportunamente al banco, sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias.

ARTICULO 1391. RESPONSABILIDAD DEL BANCO POR PAGO DE CHEQUES FALSOS O ALTERADOS. Todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes.

La responsabilidad del banco cesará si el cuentacorrentista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago.

En este caso no está acreditado cuándo, dónde y cómo fueron sustraídos de la respectiva chequera los formularios de los cheques falsificados, de suerte que existe la

duda sobre sí lo fue en el Banco o en el Ministerio, o antes o después de que a éste le hubiera sido entregada dicha chequera, por consiguiente no hay certeza de que hubieran sido extraviados por el Ministerio de Transporte o sustraídos del mismo mediante la sustitución por otros formularios falsificados, amén de que la chequera fue puesta en uso con posterioridad a la consumación del fraude en comento, y en el entre tanto estuvo en caja fuerte bajo la custodia de la señora AMANDA DIAZ GOMEZ.

Por lo anterior se habrá de confirmar la sentencia apelada, ya que resulta acorde con la normativa aplicable al asunto y a la situación procesal respectiva.¹¹⁴

Como vemos el Consejo de Estado entra a examinar la conducta del Banco Trayendo a colación artículos del código de comercio para establecer la conducta y la relación causal del mismo con el daño patrimonial que generó pues los Bancos están regulados por la legislación comercial donde se determinan deberes especiales de diligencia al sistema financiero, justamente, por la confianza pública depositada en las instituciones bancarias, es indispensable analizar dicha legislación para derivar su responsabilidad en este caso se le determina una responsabilidad la fiscal por manejar recursos del Estado de manera transitoria.

El nexo causal se encuentra identificado cuando el Banco realiza el pago de los títulos valores irregulares omitiendo deberes, actuando de manera negligente al no percatarse de la falsedad de los mismos, fue esa conducta negligente la que conllevó al pago de los cheques a terceros causando un detrimento patrimonial a los recursos del Estado.

23 COMPETENCIA

En la constitución política de Colombia concedió el control excepcional a la Contraloría General De La Republica referente a ejercer control posterior de cuentas de cualquier Entidad territorial herramienta determinada en el inciso tercero del artículo 267, significa que es una función que opera excepcionalmente dentro de las funciones de vigilancia de control fiscal de la administración y de los particulares que manejen recursos o bienes de la Nación¹¹⁵

Respecto de esta intervención excepcional en la Contraloria General De La Republica la Corte Constitucional hizo énfasis respondiendo al interrogante ¿dentro del ejercicio del

¹¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN PRIMERA fallo veintiocho (28) de abril del dos mil cinco (2005) MP: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

¹¹⁵ Constitución política de Colombia Artículo 262 inciso 2

control excepcional otorgado a las Contraloría General De La Republica sobre las cuentas de una entidad territorial le permite a su vez apropiarse para adelantar procesos de responsabilidad fiscal que se evidencien dentro del ejercicio de ese control perceptivo? Dicho planteamiento se analizó en la siguiente jurisprudencia:

23.1 Corte Sentencia C-364 de 2001

“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 realizada.

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, 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.”¹¹⁶

¹¹⁶ Corte constitucional Sentencia C -364 de 2001 M P: Eduardo Montealegre Lynett

Como se observa, a partir del control fiscal exceptivo la Corte denomina una competencia accesoria de la contraloría esto es iniciar el respectivo proceso de responsabilidad fiscal a la entidad territorial objeto del control excepcional en sus cuentas, significa que de cierta manera la autonomía territorial referente a sus funciones de vigilancia y control en ese nivel que la constitución le otorgó a los contralores territoriales se encuentra limitado.

21.2 Juzgado Octavo Civil del Circuito De Bucaramanga Fallo de Tutela del Diez (10) de Octubre de Dos Mil Trece

Proc: Acción De Tutela

Rad: 2013-00613

Accionante: Proactiva Chicamocha S.A EPS

Accionado: Contraloría Municipal De Bucaramanga

Hechos

- 1) mediante auto de 6 de junio de 2012, La Contraloría Municipal de Bucaramanga, ordenó la apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal No 3235, por el daño Fiscal Ocasionado a la EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A ESP; posteriormente, por auto de 13 de noviembre de 2012, vinculó Como demandados en dicho proceso, como presuntos responsables a la EMPRESA DE ASEO CHICAMOCHA S.A EPS, por el presunto daño fiscal ocasionado a la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A ESP en Cuantía de \$ 364.313.591, en virtud de que ejercía como Interventor del Contrato No 048 de 2012
- 2) De igual manera mediante Auto de 17 de junio de 2013, se decretaron medidas cautelares, concretamente, el embargo para la empresa de ASEO CHICAMOCHA ESA, por lo que el 13 de Agosto de 2013, se realizó consignación a nombre de la CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA por valor de \$ 546.470.386, Advirtiendo que contra ese acto administrativo no proceden recursos ante el ente de control.
- 3) Por lo anterior el investigado interpuso acción de tutela por violación al Debido proceso en contra del acto administrativo que decretó las medidas cautelares considerando que la ley 610 de 2000 no contempla los mecanismos de defensa como el recurso de reposición y apelación en contra del mencionado Auto , de igual manera alega el Auto no fue motivado por parte de La Contraloria Municipal de Bucaramanga , no estimando

- el por qué se estima procedente aplicar dicha medida cautelar por valor muy superior al supuesto daño Fiscal que se señaló en el auto de apertura de investigación
- 4) en primera instancia señaló que no se tuvo en cuenta que PROACTIVA CHICAMOCHA S.A ESP, no recibe, ni administra los dineros por concepto por subsidios y contribuciones, solo recibe los conceptos de aseo que efectivamente presta. Con ello precisa que el administrador de justicia no tuvo argumentos de fondo para establecer que la empresa accionante maneja recursos públicos, si la prestación de un servicio es función administrativa, pues en este último caso también se determina que las empresas que prestan un servicio público puedan o no ser sujetos de control fiscal o disciplinario por parte de las entidades correspondientes.

DE LA SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA

La Contraloría Municipal de Bucaramanga se opone a las pretensiones y solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela, Aduciendo que existen otros mecanismos de defensa estipulados en la ley 60 de 2000 específicamente en sus artículos 36 y 38 señalando que existen otros mecanismos idóneos para hacer valer sus derechos y evitar la presunta vulneración que alega dentro del proceso de responsabilidad Fiscal.

Mediante el fallo del 4 de septiembre de 2013 el Juzgado de primera instancia resolvió negar por improcedencia el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso aducidos por el accionante, considerando que dispone de otros mecanismos de defensa Judicial.

Por lo anterior el representante legal de **PROACTIVA CHICAMOCHA S.A EPS** Impugnó el fallo, trayendo todo lo manifestado y argumentando en su fallo de tutela los aspectos atrás mencionados sustentando la inconformidad contra la decisión del AD QUO. Alegando que la acción de tutela es procedente cuando exista inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad frente a la necesidad de proteger a una persona frente a sus derechos fundamentales

23.1.1 Consideraciones

El despacho realiza un estudio referente al mecanismo de Tutela que brinda el artículo 86 de la Constitución política, de igual manera trae a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional precisando sobre el derecho fundamental al debido proceso lo siguiente *“ el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual Conducta Abusiva que pueda asumir la autoridad que ocnocce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud y como garantía al respeto de dichos principios el proceso se institucionaliza y se normatiza mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias.”*¹¹⁷

Respecto al debido proceso en las actuaciones por responsabilidad fiscal trae a colación la Sentencia SU 620 de 1996 indicando *“ 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.”*

Respecto al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela

Indica que en el Decreto 2591 de 1991 específicamente en su artículo 6 Numeral 1 se señala que la acción de tutela no procederá cuando existan otros recursos o medios

¹¹⁷ Corte Constitucional Sentencia C- 214 del 28 de abril de 1994)

de defensa Judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de igual manera señala que la Corte Constitucional ha expresado que el perjuicio irremediable se considera de conformidad con las circunstancias del caso en particular, este sea cierto e inminente, y grave desde el punto de vista del bien o interés Jurídico que lesionaría y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado además de urgente atención, o sea necesario e inaplazable su prevención para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irremediable. Entonces si se constata la eminente ocurrencia del perjuicio irremediable y exista otro mecanismo de defensa judicial, la tutela procederá como mecanismo transitorio para evitar la consumación del perjuicio.

Ahora bien, la corporación realiza un estudio de los requisitos generales que se deben observar para la procedencia de la acción de tutela:

- a) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, advirtiendo que el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional
- b) que la persona afectada haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que estén a su alcance
- c) que se cumpla el principio de inmediatez, esto es interponer la tutela en un termino razonable
- d) que se trate de una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo y determinante en la sentencia y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora
- e) que la parte actora identifique en forma razonable, los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, cuya vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial cuando ello sea posible.

Por lo anterior el Juzgado procede a analizar el caso en concreto:

Aduce el despacho que el auto que decreta medidas cautelares emanado del ente investigador no tiene connotación de acto administrativo, pues que tan solo la decisión final esto es, la resolución sancionatoria o absolutoria, alcanza el rango de acto administrativo, siendo estos últimos, los que tendrían lugar en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así mismo, según el acervo probatorio el despacho afirma que las circunstancias del accionante no se encuentran ante un perjuicio irremediable del accionante que se le haya causado a la empresa PROACTIVA S.A E SP, además que como ya se concretó, no existe aun acto administrativo, para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que tampoco es procedente hablar de tutelar derechos de manera transitoria

Conforme lo anterior , la tutela contra los autos citados, si bien es cierto, como lo informa la Entidad Accionada, no proceden los recursos de reposición y apelación, bien puede interponerse la respectiva solicitud de nulidad contemplada en los artículos 36 y 38 de la citada ley 610 de 2000, con fundamento en los argumentos en la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso , esgrimidos en esa acción constitucional, situación que no informa la foliatura haya interpuesto la parte accionante ante el Juez natural.

En conclusión el despacho manifiesta que accionante contó con la posibilidad de iniciar otros mecanismos de defensa como el de nulidad mencionada anteriormente por lo que se impide la injerencia del Juez Constitucional en estos asuntos, así mismo no está obligado el despacho a proferir consideraciones sobre los cargos planteados y argumentos expuestos .

En vista de los planteamientos hechos el Juzgado octavo civil de Bucaramanga confirma la decisión de primera instancia, de denegar acción de tutela por improcedente.

24 TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE (VINCULACIÓN A GARANTE)

La vinculación a garante la encontramos en el artículo 44 de la ley 610 de 2000, en dicho precepto se extiende la responsabilidad fiscal a un tercero cuando respecto del objeto

materia de investigación fiscal exista garantía, procediendo a vincular a la entidad garante en las mismas condiciones que las del investigado principal.

Respecto a este punto la Corte constitucional ha hecho énfasis en las siguientes jurisprudencias:

24.1 Corte Constitucional Sentencia C-735/03

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Jorge Eduardo Narvárez Bonnet demandó el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 precepto que aduce lo siguiente *“Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al 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 la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.”*

24.1.1 Fundamentos de la Demanda

Según el demandante la norma al vincular una compañía de seguros al proceso de responsabilidad fiscal vulnera los principios de separación de las ramas del poder público, de igualdad en el acceso a la administración de justicia y al debido proceso y de unidad de materia.

Afirma que tratándose de seguros que amparan los intereses patrimoniales del Estado, es necesario diferenciar entre el contrato de seguro que se suscribe para asegurar los bienes del Estado y la garantía única que debe suscribir todo contratista para garantizar el cumplimiento del contrato estatal.

Explica que en ambos eventos la ley 80 de 1993 (numeral 19 del artículo 25 y artículo 75) establece que compete a la jurisdicción en lo contencioso administrativo dirimir las controversias que surjan en este tipo de contratos:

Precisa que la responsabilidad en que pueden incurrir las compañías aseguradoras tiene naturaleza civil o administrativa, pero nunca fiscal y debe ser declarada por un juez, no por una autoridad administrativa.

Para el demandante las aseguradoras no ejercen función fiscal y tampoco pueden ser juzgadas por una autoridad que no tiene competencia para deducir la responsabilidad civil o administrativa en que éstas puedan incurrir.

En ese orden de ideas para el actor, la norma acusada I) atribuye funciones judiciales al organismo de control fiscal, sin que dicha atribución cumpla con el requisito de precisión a que alude el artículo 116 superior, desconociendo la distribución de funciones establecida en la Constitución entre las diferentes ramas y órganos que integran el poder público; II) conlleva igualmente la vulneración del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley. Para sustentar su acusación señala que “resulta claramente discriminatorio que a las aseguradoras se les vede el derecho a su juez natural, con capacidad para ejercer jurisdicción de acuerdo con el régimen jurídico de la persona pública que constituya el otro extremo de la litis y se desconozca la misma división de la rama judicial que establece la Carta y desarrolla la ley, en función de la naturaleza de las personas o de los asuntos materia de controversia”.

Afirma así mismo que “la igualdad en la administración de justicia no puede lograrse sino mediante la imparcialidad y autonomía del órgano que ejerce la función judicial” supuestos que considera no se garantizan en el proceso de responsabilidad fiscal; III) desconoce el principio de unidad de materia. En este sentido afirma que el artículo 44 de la ley 610 de 2000 excede los propósitos de la ley, a saber el establecimiento del trámite de los procesos de responsabilidad fiscal. Explica que no existe relación entre dicho artículo y el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal “porque la responsabilidad del asegurador bajo una póliza de seguro es materia diferente a la responsabilidad que se produce como resultado de una gestión fiscal inadecuada o irregular”. Así mismo porque “la responsabilidad de la aseguradora se deriva de un contrato de seguro regulado en el derecho privado y en el otro se trata de la responsabilidad por una gestión irregular, de un daño al patrimonio estatal”.

Afirma además que el artículo acusado excede los propósitos de la ley 610 de 2000 “porque al establecer la vinculación de las aseguradoras de manera general y no limitándola a los seguros de caución, resultó alterando las disposiciones relativas a los beneficiarios del contrato de seguro (art. 1036 C.de Co), como también los artículos 75 de la ley 80 de 1993, 87 del C.C.A y el artículo 7 del C de P. C. Y por lo tanto, lesionando el artículo 158 de la Carta”.

24.1.2 Consideraciones

1. violación al principio de separación de ramas y órganos

Respecto al punto de la violación al principio de separación de ramas y órganos del poder público la corte expresó “ *La naturaleza y el carácter administrativo, resarcitorio y autónomo del control fiscal permiten la determinación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal, lo cual no significa que las contralorías invadan órbitas de competencia de otras autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores públicos o de particulares, incluso por una misma actuación; y 3ª) La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública”*

De lo expuesto se infiere entonces que el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes, como lo alegan los demandantes, puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección.¹³¹ No son admisibles, por ende, los cargos formulados en este sentido.

El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal.¹¹⁸

De lo anterior se deduce que resulta idónea la vinculación del asegurador, puesto que la dotación de autonomía que posee la responsabilidad fiscal no es impedimento para que exista la simultaneidad de responsabilidad con otras autoridades judiciales o administrativas puesto que si bien puede ser que obre sobre las mismas circunstancias versan sobre diferentes conductas y diferentes bienes jurídicos a tutelar.

¹¹⁸ Corte Constitucional Sentencia C-735/03

Por consiguiente, la vinculación del asegurador establecida en la norma acusada, además del interés general y de la finalidad social del Estado que representa, constituye una medida razonable, en ejercicio del amplio margen de configuración legislativa garantizado en estas materias por el artículo 150 de la Carta Política. Atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa a que aluden los artículos 29 y 209 de la Constitución. Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público. Así, desde la perspectiva del reparo de constitucionalidad formulado, no hay vulneración de las normas invocadas por los demandantes.

2. vulneración del principio de igualdad en el acceso a la justicia

Respecto a la ausencia de **vulneración del principio de igualdad** en el acceso a la justicia que alude el demandante la corte señala que como se explicó en la sentencia C-648 de 2002 con la norma acusada no se están invadiendo por la Contraloría argumentando que *“órbitas de competencia de otras autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores públicos o de particulares, incluso por una misma actuación”*

Lo que examinan las contralorías es la responsabilidad fiscal y es en relación con ella que éstas son competentes para asegurar el resarcimiento oportuno del Estado a través del mecanismo establecido en la norma acusada que permite, por economía procesal, vincular como tercero civilmente responsable a la compañía de seguros cuando el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza, asegurando así el pago inmediato de la indemnización a que tiene derecho el Estado.

Se alude al principio de Economía procesal como fuente para vincular al tercero civilmente responsable, de igual manera teniendo en cuenta el carácter resarcitorio del proceso fiscal lo que se busca es asegurar el pago de inmediato y oportuno por el detrimento patrimonial que se la causó al Estado siendo las aseguradoras una garantía para hacer efectivo ese cobro.

De igual manera agrega la corporación,

“No sobra recordar al respecto que del carácter bilateral y oneroso del contrato de

seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, “pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios”.

Y que en todo caso como también ya se señaló por la Corte “la vinculación de la Compañía de seguros está determinada por el riesgo amparado, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas”¹¹⁹

Hay que tener en cuenta que la contraloría debe observar cual es el riesgo amparado por la aseguradora puesto que si No existe un riesgo amparado por la aseguradora y no se encuentre amparado esos recursos , contratos o bienes objeto materia de investigación resultaría desproporcional y desigual vincular dichos terceros. Por lo anterior el cargo aludido por el demandante no prospera

3. vulneración del principio de unidad de materia.

Frente al caso concreto, encuentra la Corte que el precepto acusado en nada contraviene el principio de unidad de materia, toda vez que existe una clara relación teleológica y sistemática entre éste y el objeto de la ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

Al respecto cabe recordar que el artículo 1° 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 4° por su parte precisa que la responsabilidad fiscal tiene por objeto “el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”.

Ahora bien, el papel que esta llamado a jugar el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al

¹¹⁹ *Ibidem*

patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.

Así como ya lo explicó la Corte, cuando el Legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal lo que está haciendo es atender el principio de economía procesal para asegurar el pago de la indemnización evitando un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la misma luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio pública.¹²⁰

La vinculación del asegurador establecida en la norma acusada, además del interés general y de la finalidad social del Estado que representa, constituye una medida razonable, que en ejercicio de su potestad de configuración legislativa bien podía adoptar el Congreso por estar ella íntimamente relacionada con el cumplimiento de los objetivos del juicio fiscal que regula la Ley 610 de 2000.

Así las cosas, tampoco tiene posibilidad de prosperar el cargo planteado por el actor en su demanda contra la disposición acusada por la supuesta vulneración del principio de unidad de materia y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.”¹²¹

24.2 Consejo de Estado -sección primera MP: Rafael e. Ostau de Lafont Pianeta, fallo del 29 de septiembre de dos mil once (2011)

La sociedad Seguros Tequendama Interpuso Acción De Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho Contra La Contraloría Departamental De Arauca fundamentada en los siguientes hechos:

La demandante indica que el 28 de octubre de 1994 se suscribió entre el Departamento de Arauca y la firma ICONSU LTDA. El contrato núm. 0784, con el objeto de construir las redes de distribución de energía eléctrica de la Urbanización El Morichal II, en el municipio de Tame (Arauca), y que para asegurar el cumplimiento de dicho contrato y la correcta inversión del anticipo, la sociedad Seguros Tequendama expidió una póliza de cumplimiento, distinguida con el núm. 92800, en la cual figuró como asegurado el Departamento de Arauca y como afianzada la firma contratista, señalándose como vigencia de aquella los días 28 de octubre de 1994 a 28 de marzo de 1995.

El 12 de abril de 1995 el Gobernador del Departamento de Arauca expidió la Resolución núm. 588, por la cual declaró el incumplimiento del contrato y ordenó hacer efectivas las multas pactadas, la cláusula penal y la referida póliza de cumplimiento, acto administrativo

¹²⁰ Corte Constitucional Sentencia C 364 de 2001

¹²¹ Ibídem

éste contra el cual se interpuso recurso de reposición, que fue denegado por extemporáneo. Por lo anterior, se formuló demanda contra tales decisiones en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Paralelamente la Contraloría Departamental de Arauca profirió fallo con responsabilidad fiscal en marzo de 1997, al contratista y a la Aseguradora Tequendama S.A en condición de garante por valor de \$ 9.994.958 Por incumplimiento del contrato atrás mencionado.

Contra la mencionada decisión se interpuso recurso de apelación¹²², el cual fue decidido por el mismo Jefe de la División de Juicios y Ejecuciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Arauca, mediante auto del 16 de septiembre de 1997, en el sentido de confirmar la decisión recurrida.

La sociedad seguros Tequendama S.A refuto los actos afirmando que es una aseguradora de carácter privado, No cumple gestión fiscal y por ende No es sujeta a control fiscal y en consecuencia no puede ser declarada responsable fiscal, , y que por tal razón se vulneran los artículos 2 y 79 de la Ley 42 de 1993, el primero, en cuanto establece cuáles son los sujetos del control fiscal y, el segundo, en tanto que consagra que el juicio fiscal es la etapa del proceso que se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación; tales disposiciones, agregó, no hacen otra cosa que precisar que no puede existir control fiscal y por ende juicio fiscal sino respecto de personas que lleven una gestión fiscal, las cuales no son otras que las que están relacionadas en el artículo 2 citado.

Precisó que cuando el artículo 79 citado en su inciso 2º establece que “el auto que ordena la apertura del juicio fiscal se notificará a los presuntos responsables y al asegurador si lo hubiere, en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo...”, dicha alusión al asegurador no es otra que la que se refiere a éste dentro de las pólizas de manejo que eventualmente cubran la gestión fiscal directa del responsable, pero, en ningún caso, al asegurador del cumplimiento de los contratos administrativos o de disposiciones legales, como lo tiene bien establecido la Contraloría General de la República a través de su Unidad de Juicios Fiscales.

A su juicio, lo anterior ha implicado la situación completamente absurda de que, por un lado, esa entidad asegurada, que es en este caso el Departamento de Arauca, está haciendo efectivas las pólizas expedidas a su favor y, por otro, la Contraloría del Departamento, pretende cobrarle por segunda vez las mismas prestaciones a título del ejercicio del control fiscal, al cual la aseguradora no puede encontrarse sujeta.

¹²² la sociedad aquí demandante formuló contra dicha decisión recurso de reposición y en subsidio de apelación.

Señaló, así mismo, que la Contraloría Departamental de Arauca, al expedir los autos acusados, violó por falta de aplicación el artículo 86 de la Ley 42 de 1993, ya que, en lugar de proceder a solicitar al Departamento de Arauca que hiciera efectivas las sanciones respectivas al contratista y, con ello, las pólizas de seguro que garantizaban el cumplimiento del contrato, que era lo indicado conforme a la ley, prefirió arbitrariamente y con exceso de sus facultades legales, sancionar directamente a la aseguradora, identificando su posición a la del responsable fiscal y procediendo a cobrarle un faltante que evidentemente era completamente ajeno a ella y por el cual no puede considerársele responsable.

Estimó que igualmente con los autos acusados se violan los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, que expresan con claridad que la obligación del asegurador dentro del contrato de seguro sólo es exigible por parte del asegurado o beneficiario de la póliza de seguro y previamente a la presentación de una reclamación que debe provenir del mismo, por lo cual, en su sentir, a todas luces es evidente que vincular la responsabilidad del asegurador a través del procedimiento utilizado por la Contraloría Departamental, no sólo resulta contrario a dichas disposiciones legales, sino que es completamente absurdo, si se tiene en cuenta que el propio Departamento ya había procedido a hacer efectivas las pólizas ejerciendo la legitimidad que le confiere su posición de asegurado dentro de las mismas.

Manifestó que la Contraloría Departamental, siendo completamente ajena al contrato de seguro, no estando facultada por ley alguna para proceder al cobro de las pólizas de seguro y suplantando a las entidades aseguradas, obró contrariamente a la ley ocasionándole con su actuación severos perjuicios.

Anotó, de otro lado, que los actos acusados implican violación flagrante de las cláusulas primera (1ª) y cuarta (4ª), numerales 4.1 y 4.3, de la póliza de seguro de cumplimiento distinguida con el número 92800 y, en consecuencia, de los artículos 1494 y 1602 del Código Civil, por falta de aplicación, e igualmente del artículo 1080 del Código de Comercio por aplicación indebida.

Indicó, en este sentido, que la vigencia de la póliza de seguro transcurrió entre el 20 de octubre de 1994 y el 28 de marzo de 1995, y que para esta última fecha no se encontraba ejecutoriada la resolución mediante la cual el Departamento de Arauca dio por realizado el riesgo cubierto por dicha póliza; que de conformidad con el texto de la misma póliza en su cláusula 4ª, numerales 4.1 y 4.3, el siniestro no se realiza sino en el momento en que queda ejecutoriada dicha resolución; que en este caso el siniestro no se produjo dentro del periodo de vigencia de la póliza sino posteriormente; que por lo mismo no puede operar en este caso la póliza; y que la resolución proferida está en imposibilidad de afectar a la sociedad demandante y de generarle obligaciones.

Finalmente, señaló que existe en los actos acusados clara violación del artículo 2º de la Constitución Política y del artículo 2º del Código Contencioso Administrativo, por falta de aplicación, en razón a que en este caso ha sido particularmente evidente que la actitud asumida por la Contraloría ha tenido características de injusta y discriminatoria persecución contra el patrimonio de aseguradora destinataria de las resoluciones que son objeto de esta demanda.

24.2.1 Problema Jurídico

La Sala se ocupó en establecer si se vulneran o no las normas superiores invocadas en la demanda, en consideración a que, según la parte actora, en los actos acusados la Contraloría Departamental de Arauca la declara como responsable fiscalmente, desconociendo que dicho organismo no puede hacer esa declaración respecto de quien, como la sociedad Seguros Tequendama S.A., no maneja bienes o fondos del Estado, y que hace efectivos los derechos que se derivan de un contrato de seguro en el cual aquella no es parte

24.2.2 CONSIDERACIONES DE LA SALA.

“En este caso es claro que la vinculación de la demandante al proceso de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría Departamental de Arauca se hizo no como posible responsable fiscal, sino como garante de la firma ICONSU LTDA., contratista en el contrato estatal de obra núm. 0784 de 1994, por cuyo incumplimiento se le declaró a dicho contratista como responsable fiscal, tal como se lee en los actos acusados, en los cuales se advierte que la declaración de la responsabilidad fiscal recayó en forma exclusiva en aquella y nunca en la sociedad Seguros Tequendama S.A.

Esa vinculación tuvo como fundamento normativo el artículo 79 de la Ley 42 de 1993, cuyo tenor literal es el siguiente:

“El juicio fiscal es la etapa del proceso que se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación.

“El auto que ordena la apertura del juicio fiscal se notificará a los presuntos responsables y al asegurador si lo hubiere, en la forma y términos que establece el

Código Contencioso Administrativo, y contra él sólo procede el recurso de reposición”. (se resalta)

“Esta disposición no puede entenderse vulnerada en este asunto, como lo estima erróneamente la demandante, como quiera que en ella ni en las demás de la ley 42 de 1993 se establece, en modo alguno, que la vinculación de la compañía de seguros tenga como finalidad declarar su responsabilidad fiscal, pues, se insiste, la misma se produce solo en su calidad de tercero civilmente responsable y por razón del contrato de seguro que ha celebrado con el presunto responsable fiscal.”¹²³

Sobre este particular la Sala se remite, como lo hizo en otros pronunciamientos, a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-648 de 2002¹²⁴ al declarar la exequibilidad del artículo 44 de la Ley 610 de 2000¹²⁵, las cuales son plenamente aplicables en este caso, como quiera que esa norma reitera lo señalado en el artículo citado de la Ley 42 de 1993, en cuanto a que la vinculación del asegurador al proceso de responsabilidad fiscal se hace en su condición de garante y no como responsable fiscal. ”

Hechas las consideraciones anteriores se deduce que la vinculación de la aseguradora Tequendama S.A al proceso y decretándose responsable fiscalmente por el incumplimiento del contrato por parte de la contratista no se encuentra vulnerada dado que se vincula al proceso como tercero civilmente responsable es decir como garante y no como erróneamente argumenta la demandante que se le endilgó una responsabilidad fiscal como gestor fiscal.

25 RECURSOS

¹²³ Consejo de Estado -sección primera MP: Rafael e. Ostau de Lafont PianetAa, fallo del 29 de septiembre de dos mil once (2011).

¹²⁴ En esta sentencia la Corte Constitucional señaló como uno de los problemas jurídicos a resolver, definir si cuenta con respaldo constitucional la facultad de las contralorías para vincular como terceros civilmente responsables a las compañías de seguros cuando el objeto del proceso de responsabilidad fiscal recaiga sobre un presunto responsable, bien o contrato amparados por una póliza.

¹²⁵ “Artículo 44. Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. “

Los recursos son un medio impugnativo pero no el único, el doctor Devis Echandía señala que la Impugnación es el género y el recurso es la especie ¹²⁶, por consiguiente el recurso es uno de los principales medios de impugnación, el cual ha sido definido como una pretensión o un acto procesal¹²⁷ mediante el cual la persona que tenga la legitimación para actuar solicita su revisión dentro del mismo proceso, de una resolución o acto que ha sido perjudicial para que se sustituya por otro más beneficioso.

Ahora bien dentro del proceso de Responsabilidad fiscal encontramos los recursos de reposición, de apelación y de queja, dichos recursos se interponen dentro de la vía gubernativa, término establecido en el numeral 2 del artículo 56 de la ley 610 de 2000 esto es dentro de los cinco (5) días hábiles después de la última Notificación

El recurso de reposición de acuerdo a lo establecido en el Numeral 1 del artículo 50 de CCA indica que el recurso de reposición se interpone ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare la modifique o la revoque.

La ley 610 enuncia el momento y la procedencia de recurso de reposición dentro del proceso de responsabilidad fiscal

El artículo 15: En relación con la acumulación de procesos, expresa que contra la decisión de denegar total o parcialmente las pruebas solicitadas procede el recurso de reposición.

El artículo 24, respecto de las pruebas precisa que en contra de la decisión de denegar total o parcialmente las solicitadas o allegadas proceden los recursos de reposición y apelación.

El artículo 38 Dispone que contra el auto que resuelva las nulidades procederán los recursos de reposición y apelación.

El artículo 51, en cuanto a las pruebas solicitadas por los implicados, luego del traslado del auto de imputación de responsabilidad fiscal, establece que contra el auto que rechace la solicitud de pruebas procederán los recursos de reposición y apelación.

¹²⁶ ECHANDÍA, HERNANDO DEVIS. Nociones Generales de derecho procesal Civil, Madrid. 1996 P 664

¹²⁷ Lopez Blanco. Instituciones de derecho procesal Civil. P 385

Y contra la providencia que decide el proceso de responsabilidad fiscal proceden los recursos establecidos en el código contencioso administrativo¹²⁸ (ojo verificarlo sdel nuevo código)

25.1 Corte Constitucional Sentencia C-557 De 2001

El señor Juan Carlos Hincapié Espinosa ejerce la acción pública de inconstitucional contra la expresión “solamente” del artículo 59¹²⁹ de la Ley 610 de 2000 puesto que vulnera los artículos 29, 228, 229 y 230 de la Carta Política.

Pone de presente que la expresión demandada limita sin ninguna razón el derecho a acudir ante las autoridades judiciales, puesto que señala que únicamente será demandable el acto administrativo con el cual termina el proceso de responsabilidad fiscal, por consiguiente el artículo 89 de la Constitución Política expresa que es la ley la que le corresponde 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). Así mismo Manifiesta 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. Manifiesta 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.”

¹²⁸ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad Fiscal, Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2002

¹²⁹ 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”

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).

25.1.1 Problema Jurídico

De este modo la Corte Constitucional entra a 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, procederá la Corte a realizar un análisis y un juicio de razonabilidad de la norma demandada para establecer si dicha disposición resulta acorde con la Constitución.

25.1.2 Consideraciones

Respecto al problema atrás planteado la Corte da a conocer que en el proceso de responsabilidad fiscal a través de la ley 610 de 200 se establecieron una serie de garantías para el investigado en aras de proteger y garantizar su derecho al debido proceso, específicamente sobre el tema de recursos que ofrece dicha norma encontramos que 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 dichos recursos los encontramos en los artículos 24 y 32 de la mencionada ley.

De igual manera puede proponer nulidades dentro 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).

En este mismo orden y dirección la Corte reitera que también se garantiza el derecho de defensa dentro del proceso al proferir auto de Imputación fiscal, dado que se corre traslado del mismo al presunto responsable para que presente sus argumentos de defensa y solicite y aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Por consiguiente añade *“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.”¹³⁰

En los marcos de las observaciones es evidente entonces que la nueva regulación el Legislador procuro introducir una serie de garantías para al investigado en aras de cumplir las pautas establecidas por la jurisprudencia constitucional y garantizar el derecho al debido proceso. De igual manera la Corte concluye que el principio del debido proceso se refleja en el proceso de responsabilidad fiscal en lo siguiente “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.”¹³¹

De otro lado en relación con el hecho que aduce el demandante referente a que únicamente será demandable “ante la jurisdicción contencioso administrativa” el acto administrativo con el cual termina el proceso de responsabilidad y que por ende se restringe el derecho del interesado de acceder a la administración de justicia y se desconoce su derecho al debido proceso, la Corte entra realizar un análisis respecto de los Actos Administrativos que se profieren durante el proceso de responsabilidad Fiscal en lo siguiente:

¹³⁰ Corte Constitucional Sentencia C 557 de 2001

¹³¹ Ibidem

“La doctrina en materia administrativa¹³², 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 inválido, 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.”¹³³

“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

¹³² 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 Aubry Jean-Marie y Drago Roland. Traité de Contentieux Administratif. L.G.D.J., París, 1984, pág. 165.

¹³³ Corte Constitucional Sentencia C 557 de 2001

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 nulidades¹³⁴”

Con referencia a lo anterior la Corte define que las decisiones que se toman dentro del proceso de responsabilidad fiscal y que son distintas al acto definitivo que termina el proceso no tienen un contenido sustancial esencial que deban ser controladas judicialmente de forma autónoma y queda establecido que dichas decisiones dentro del proceso son actos administrativos de trámite que por su naturaleza no pueden ser sujetas a dicho control.

25.2 Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo -Seccion Primera Fallo Del Veintiocho (28) De Abril De Dos Mil Once (2011). Consejera Ponente: Doctora María Elizabeth

El señor Hernán Josué Arbeláez Arbeláez interpuso recurso de apelación oportunamente por medio de apoderado contra la sentencia de 20 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que declaró probada la excepción de caducidad y denegó las pretensiones de la demanda.

25.2.1 ANTECEDENTES

El señor **HERNAN JOSUE ARBELAEZ ARBELAEZ**, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima, tendiente a que, mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1):Declarar Nulo El Fallo Expedido Por El Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental del Tolima de la Contraloría General de la República, declaró responsable fiscalmente, en su calidad de interventor, al señor Hernando Pérez Franco, en su condición de Contratista y a LA SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS, SECCIONAL TOLIMA, ADMINISTRADORA ZONAL, en cuantía de \$71'696.276.68.00, como daño emergente producido al FONDO PARA LA RECONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO SOCIAL DEL EJE CAFETERO - FOREC

¹³⁴ 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 nulo, para que se subsane lo afectado. Las pruebas practicadas legalmente conservarán su plena validez".

2 Declarar Nulo el Auto núm. 504 de 15 de diciembre de 2003, expedido por el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental del Tolima de la Contraloría General de la República, por el cual se resolvió el recurso de reposición.

3 Declarar Nulo el Fallo núm. 000011 de 13 de febrero de 2004, expedido por la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, a través del cual se resolvió el recurso de apelación.

4. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la demandada a cancelar la declaratoria de responsabilidad del actor en todos los registros y boletines de la Contraloría General de la República, de la Contaduría General de la Nación y demás entidades en las cuales se ordenó dicha inscripción; a reintegrarle todos los dineros que se hubiesen "percibido, embargado, retenido, abonado o pagado a su nombre,

25.2.2 Hechos

1. La sociedad COLOMBIANA DE ARQUITECTOS SECCIONAL TOLIMA y el FONDO PARA LA RECONSTRUCCION y DESARROLLO SOCIAL DEL EJE CAFETERO "FOREC", suscribieron el día 29 de junio de 1999, Contrato de Administración Delegada e Interventoría, cuyo objeto fue la prestación de servicios de Administrador Zonal en la ejecución de las obras y acciones encaminadas a la reconstrucción integral del Municipio Roncesvalles, Tolima.

2. Afirma que la sociedad en comento celebró varios contratos para la ejecución de los recursos comprometidos en dicho proyecto, entre ellos, el que suscribió con él señor Hernan Josue Arbeláez, con el objeto de efectuar la interventora del Contrato núm. 03 de 2000, para la construcción de la vía que permitiría al Municipio de Roncesvalles unirse al Departamento del Valle, denominada "Ampliación del Camino de Herradura La Mina-Carangal".

3. Con el auto núm. 105 de **22 de febrero de 2002**, se avocó conocimiento y se dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal donde se profirieron los actos administrativos objeto de la presente acción, y se ordenó la práctica de una serie de pruebas; el **13 de junio de ese año**, a través del proveído núm. 294, se prorrogó la investigación fiscal, no obstante estar los términos vencidos para el efecto; el 15 de ese mes y año se suspendieron los términos procesales, sin que concurrieran las causales consagradas en el artículo 13 de la Ley 610 de 2000, esto es, fuerza mayor o caso fortuito, o la tramitación de una declaración de impedimento o recusación; y el 9 de julio de 2002, se ordenó reanudar la investigación.

Por consiguiente a través del auto núm. 013 falló la investigación con responsabilidad fiscal por la suma de \$71'696.276,68; y el 13 de febrero de 2004, de igual manera la Directora de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, profirió el fallo núm. 000011, mediante el cual confirmó en todas sus partes el fallo de responsabilidad fiscal antes referido.

EL ACTOR demandó los fallos atrás mencionados ante el tribunal administrativo del Tolima estimando que existió violación al debido proceso por cuanto de la etapa del auto de apertura de la investigación al auto de imputación de responsabilidad la ley otorga al operador de la norma para la investigación de tres meses, habida cuenta que la investigación se inició el 22 de febrero de 2002, plazo que venció el 21 de mayo de ese año, no obstante la Contraloría General de la República-Gerencia Departamental del Tolima, el día 13 de junio de 2002, mediante auto núm. 294, veintidós días después de vencido el término decide prorrogarlo, olvidando que los plazos extinguidos no se pueden prorrogar, omisión que implica que el funcionario no era competente para continuar investigando y menos para decretar y practicar pruebas.

Por lo anterior, La **Contraloría General de la República** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda aduciendo, en esencia, que los actos acusados fueron dictados dentro de los parámetros constitucionales y legales y que las normas citadas por la actora como violadas no lo fueron, pues la entidad obró conforme a derecho.

Además de ello Propone **excepción de caducidad de la acción**, por cuanto el fallo núm.013 de 24 de septiembre de 2003, se le notificó al demandante el 29 de septiembre de 2003, y el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la citada decisión, fue presentado por el apoderado del actor el 8 de octubre de ese año, esto es, tres días después del término que contempla el artículo 55 del C. C.A., que es de cinco días, es decir, cuando se presentó el recurso de alzada el fallo estaba en firme y ejecutoriado, por lo que ha debido rechazarse por extemporáneo.

Afirma que la extemporaneidad del recurso interpuesto fue tenida en cuenta en los considerandos del auto núm. 504 de 15 de diciembre de 2003, el que concedió el recurso de los otros responsables fiscales, pero por error involuntario del fallador no se plasmó en la parte resolutive de la citada providencia, razón por la que se debe declararse la caducidad de la acción.

25.2.3 Sentencia Recurrida

El a quo declaró probada la excepción de caducidad propuesta por la entidad demandada y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda, argumentando para ello, en esencia, lo siguiente:

Adujo que según las voces del artículo 50 del C.C.A., por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas, proceden los recursos de reposición y el de queja; y que el artículo 51, ibídem, señala que de los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal o dentro de los cinco días siguientes a ella.

Que de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, las providencias en los procesos de responsabilidad fiscal quedan ejecutoriadas, cinco días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan los recursos.

25.2.4 PROBLEMA JURÍDICO

La sala entra a analizar si evidentemente existió la Caducidad de la acción por no haber el actor agotado la vía gubernativa dentro del término establecido esto es dentro del término que contempla el artículo 55 del C. C.A., que es de cinco días siguientes a la notificación personal remisión hecha por el artículo 51 y el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, expresando que las providencias en los procesos de responsabilidad fiscal quedan ejecutoriadas, cinco días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan los recursos.

Lo anterior se fundamenta en vista de que el actor interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación contra el fallo de responsabilidad fiscal núm. 013 de 24 de septiembre de 2003, de manera oportuna, esto es, el 6 de octubre de 2003, si se tiene en cuenta que aquél se le notificó el 29 de septiembre de ese año, motivo por el cual la entidad demandada lo tramitó; y que la confusión se debe a que quien interpuso el recurso en comento el día 8 de octubre fue la sociedad contratista y no el actor demandante

25.2.5 Consideraciones Del Consejo De Estado

Antes de proceder a precisar el anterior problema jurídico la corte hace un estudio respecto del artículo 55 de la ley 610 de 2000 que dispone "*NOTIFICACION DEL FALLO*."

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, interpuestos y debidamente sustentados por quienes tengan interés jurídico, ante los funcionarios competentes."

Por su parte, el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, aplicable a los procesos de responsabilidad fiscal por remisión expresa del artículo 55 de la Ley 610 de 2000, antes transcrito, en armonía con el artículo 66, ibídem¹, señala que de los recursos de reposición y apelación "habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso..."¹³⁵

Por lo anterior la Sala realiza un análisis de las circunstancias sustentando:

" La citada disposición establece: "REMISION A OTRAS FUENTES NORMATIVAS: En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal."

Conforme consta a folio 119 vuelto del cuaderno núm. 2, contentivo de los antecedentes administrativos de los actos administrativos acusados, al actor se le notificó personalmente el fallo de responsabilidad fiscal núm. 013 de 24 de septiembre de 2003, que lo declaró responsable fiscalmente en su calidad de interventor, en forma solidaria con los contratistas, señor Hernando Pérez Franco y la Sociedad Colombiana de Arquitectos-Seccional Tolima, Administradora Zonal, el 29 de ese mes y año, diligencia en la que se le informó que contaba con cinco días para interponer los recursos.

Siendo ello así, el término para que el actor interpusiera de manera oportuna el recurso de reposición y en subsidio apelación era el 6 de octubre de 2003, teniendo en cuenta que los cinco días previstos para el efecto, corrieron durante los días 30 de septiembre, 1o., 2, 3 y 6 de octubre de ese año. razón por la cual el despacho concluye que el escrito contentivo de los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, se presentó fuera del término establecido, pues debería de haberse presentado el 6 de octubre y éste se presentó el 8 de octubre de 2.003, motivo por el cual denegará el recurso de reposición ... No obstante que la entidad demandada en la parte resolutive de la citada providencia dio trámite al recurso de apelación, este error en manera alguna subsana la extemporaneidad de la presentación de los recursos por parte del aquí demandante, máxime si el actor, quien tenía la carga probatoria, no desvirtuó dicha afirmación, lo que pone de manifiesto que lo que se configuró en este caso fue la falta de agotamiento de la vía gubernativa,

¹³⁵ artículo 55 y 66 de la ley 610 de 2000

*presupuesto indispensable para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*¹³⁶

En tal sentido si bien el Consejo de Estado da por subsanado la extemporaneidad de la presentación de los recursos por parte del demandante al admitir el recurso y posteriormente resolverlo por parte de la contraloría general de la república, el actor no allegó ningún elemento probatorio que desvirtuara la extemporaneidad por lo que para la sala si se estableció la falta de agotamiento de la vía gubernativa requisito necesario para acudir a la jurisdicción contenciosa.

“Cabe señalar que la Corporación, entre otras, en sentencia de 23 de abril de 2009 (Expediente núm. 2005-00552-01, Actora: Ford Motor de Colombia Sucursal, Consejero ponente doctor Héctor J. Romero Díaz), que ahora se prohíja, ha sostenido que la presentación extemporánea de los recursos, como en este caso, surte el mismo efecto que no haberlos interpuesto, es decir, el no agotamiento de la vía gubernativa, figura esta que de conformidad con el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, acontece cuando contra los actos administrativos no procede ningún recurso, o cuando éste se haya decidido, o cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos.

Ahora, tampoco se puede acudir a la Jurisdicción en virtud del artículo 135, ibídem, que de manera excepcional permite demandar directamente cuando las autoridades no hubieren dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, pues esta situación no ocurrió en el sub lite.

*De acuerdo con lo expuesto, a la Sala no le resta alternativa distinta que la de revocar la sentencia apelada para disponer, en su lugar, un pronunciamiento inhibitorio respecto de las pretensiones de la demanda, por cuanto el actor no agotó la vía gubernativa, presupuesto este, al igual que el de la caducidad, indispensable para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”*¹³⁷

26 MEDIDAS CAUTELARES

¹³⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION PRIMERA fallo del veintiocho (28) de abril de dos mil once (2011). CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH

¹³⁷ Ibidem

Las medidas cautelares han sido concebidas como instrumentos propios del proceso , mediante las cuales se pretende garantizar la efectividad del derecho objetivo cuya tutela se persigue por esa vía, el cual concierne en nuestro caso a la obtención del objetivo de la Responsabilidad Fiscal , que según el artículo 4 de la ley 610 corresponde al resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan Gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la Entidad estatal.

Para poder alcanzar esa legítima finalidad, dentro del marco reglado y garantístico dentro del proceso mismo, la Contraloría dispone de la facultad legal para decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas implicadas en él, a quienes se les imputa de manera presunta los daños ocasionados a dicho patrimonio , con el propósito de un lado , de asegurar un monto eficiente que ampare el pago del detrimento patrimonial causado, en la medida en que se falle en ese sentido¹³⁸

26.1 Corte Constitucional Sentencia C -054 de 1997

La demanda fue propuesta por el ciudadano Gustavo Escalante Sánchez contra algunos apartes de los artículos 75 de la Ley 42 de 1993, por considerar que tales disposiciones quebrantan la Constitución Política, según la competencia que le atribuye el artículo 241-4 de la Constitución a continuación se extrae el precepto objeto de la demanda

“ARTICULO 75. La investigación es la etapa de instrucción dentro del proceso que adelantan los organismos de control fiscal, en la cual se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad fiscal.

Parágrafo- Durante la etapa de investigación se pueden decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del Estado. El presunto responsable podrá solicitar el desembargo de sus bienes u ofrecer como garantía para que éste no se decrete póliza de seguros por el valor del faltante.”¹³⁹

¹³⁸ AMAYA, OLAYA. Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002 P. 513 y SS

¹³⁹ Artículo 75 ley 42 de 1993

El actor considera que las norma acusada viola los artículos 2, 29 y 58 de la Constitución y con apoyo en ellos formula los siguientes cargos, que se resumen así:

- La facultad contenida en el párrafo del artículo 75, que autoriza medidas cautelares sobre los bienes de personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del Estado, vale decir, frente a quienes todavía no se ha demostrado su responsabilidad, quebranta el artículo 58 de la Constitución al desconocer el derecho de propiedad de aquéllas e inmovilizar sus bienes, impidiendo con ello su disfrute.

Advierte además, que la medida cuestionada simultáneamente quebranta la presunción de inocencia y el derecho de defensa del sujeto pasivo, porque se le embargan bienes sin habérselo oído y vencido en juicio. "Es bien sabido -anota el actor- que la etapa de investigación es esencialmente para hacer las primeras averiguaciones de los hechos que se le endilgan al implicado a fin de establecer su responsabilidad fiscal. Con la norma acusada, en forma absurda primero se embarga y luego se busca la responsabilidad del investigado".

26.1.1 Problema Jurídico

Corresponde a la corte analizar si existe o no una inconstitucionalidad del párrafo del art. 75 se fundado en que las medidas cautelares previstas en la etapa de investigación del proceso de responsabilidad fiscal, cuando aún no se ha deducido la correspondiente responsabilidad, violan las normas constitucionales que invoca, dado que con ellas se afecta el derecho de propiedad, en cuanto conllevan la inmovilización de los bienes del inculpado, con grave perjuicio de su disfrute, y se desconoce la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

26.1.2 Consideraciones De La Corte

Antes de dar respuesta al planteamiento atrás mencionado la Corte realiza un análisis respecto del régimen jurídico de las medidas cautelares manifiesta que dicha figura esta creada como una herramienta jurídica que tiene como fin *"garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones*

que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado”

Las medidas cautelares a veces asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos ¹⁴⁰(vgr. separación de bienes, protección policiva a la posesión de hecho, etc.), cuando ellas constituyen precisamente la finalidad o el objetivo del mismo. Pero también, y ésta es la generalidad de los casos, dichas medidas son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo, o en materia penal con el embargo y secuestro de bienes del imputado (C.P.P. art. 52). ¹⁴¹

La Corte también hace referencia del carácter de provisional que tienen estas medidas dado que no son definitivas puesto que pueden modificarse o suprimirse mientras persiste la situación de hecho o de derecho , de igual manera están condicionadas siempre y cuando exista alguna contragarantía por parte del perjudicado de igual manera añade lo siguiente :

“Si bien la ocurrencia de una situación de hecho o de derecho determina el ejercicio de la medida cautelar, cabe advertir que la razón de ser de ésta no está necesariamente sustentada sobre la validez de la situación que la justifica. De manera que el título de recaudo, por ejemplo, puede ser cuestionable y esa circunstancia no influye sobre la viabilidad procesal de la cautela si se decretó con arreglo a la norma que la autoriza. Es por esta circunstancia particular que no puede aducirse que la cautela siempre conduzca a violentar o desconocer los derechos del sujeto afectado con la medida. Obviamente, cuando la medida de cautela es ilegal puede ocasionarse perjuicios, cuyo resarcimiento es posible demandar por el afectado.

No sobra destacar, finalmente, que las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aún cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo.”¹⁴²

¹⁴⁰ Echandía Devis, Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte General Tomo I, Temis, pág. 15

¹⁴¹ Corte Constitucional Sentencia C 054 de 1997

¹⁴² Ibidem

Por otro lado la Corte Constitucional sostiene que a partir del auto de apertura de la investigación fiscal hasta el auto de apertura de Juicio fiscal existe un lapso que puede ser óbice para que el investigado entorpezca los efectos del fallo de responsabilidad Fiscal, de igual manera puede insolvertarse de mala fe, dejando sin efectos o en mera expectativa el fallo con responsabilidad Fiscal.

De este modo la Jurisprudencia advierte los alcances del juicio de responsabilidad fiscal y la importancia de las medidas dada la Naturaleza del mismo en lo siguiente:

“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.”¹⁴³

En las circunstancias descritas la Corte da respuesta a los cargos del demandante, así:

No se afecta el derecho de propiedad porque la medida cautelar por si misma, si bien limita los poderes de disposición, uso y disfrute de su titular durante el trámite del proceso, no tiene la virtud ni de desconocer ni de extinguir el derecho.

Tampoco se desconoce el derecho a la defensa, si se tiene en cuenta que la medida cautelar es simplemente instrumental, de alcance temporal y que se encamina exclusivamente a garantizar los efectos del fallo de responsabilidad fiscal, pero en manera alguna a impedir el derecho de defensa del afectado, quien puede ejercitarla no sólo durante el trámite de la investigación sino durante la etapa del juicio que concluye con el acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal.

Resulta equivocada la apreciación del actor en cuanto exige como condición de la viabilidad de la medida la declaración de responsabilidad fiscal, porque como se señaló antes, la

¹⁴³ Ibidem

medida tiene un carácter precautorio, independiente de la decisión de condena de quien ha sido señalado, en principio, como responsable de un alcance fiscal. De no ser así, se desnaturalizaría la esencia misma de la medida y se pondría en peligro la finalidad del proceso fiscal y la eficacia y la eficiencia de las decisiones de la administración.

La medida cautelar en el caso en análisis, por consiguiente, no está condicionada a que quienes ejercen la acción respectiva -las contralorías- sean titulares de un derecho cierto, deducido del fallo de responsabilidad fiscal, porque precisamente la esencia de aquélla, justificada por las razones ya mencionadas, radica en su carácter de garantía del ejercicio de la competencia estatal que conlleva la tramitación del aludido proceso.¹⁴⁴

Por lo anterior se declara exequible la disposición atrás demandada

26.2 Corte Constitucional Sentencia C -840 De 2001

El ciudadano ANDRES CAICEDO CRUZ, demandó la inconstitucionalidad de algunos apartes del Artículo, 12 de la ley 610 de 2000 "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías a continuación de transcribe el precepto objeto de la demanda.

Medidas cautelares. 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 orden tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe.¹⁴⁵

De acuerdo a las consideraciones del Actor, el aparte acusado del artículo 12 viola el artículo 90 superior, al establecer que los funcionarios de la Contraloría sólo responden si actúan con temeridad o mala fe, ya que, según la Constitución, los servidores públicos

¹⁴⁴ Ibidem

¹⁴⁵ Ley 610 de 2000, art 12

responden cuando hayan obrado con dolo o culpa grave. En criterio del actor, la disposición demandada restringe la responsabilidad del funcionario que decreta medidas cautelares, ya que "si todos los servidores públicos deben responder cuando actúan con dolo o culpa grave y causan un daño a los administrados, igual debe ocurrir con los servidores de la Contraloría, sobre todo si se tiene en cuenta las graves consecuencias que una medida de embargo puede tener y que el proceso de responsabilidad fiscal puede durar cinco años."

26.2.1 Consideraciones de la Corte

La corte en primera medida realiza un estudio del concepto de temeridad expresando de esta manera lo siguiente:

La temeridad está definida por el diccionario de la Real Academia Española como "calidad de temerario. 2. Acción temeraria. 3. Juicio temerario." Y al remitirse al significado de temerario se lee: "excesivamente imprudente arrojando peligros. Dícese de las acciones del que obra de ese modo. 3. Que se dice, hace o piensa sin fundamento, razón o motivo."

Por su parte el Diccionario Jurídico Espasa define a la temeridad así: "Es el comportamiento imprudente. La imprudencia temeraria consiste en omitir el cuidado y diligencia que puede exigirse a la persona menos cuidadosa, atenta o diligente".

Con respecto a la culpa el artículo 63 del Código Civil prevé tres modalidades a saber: 1) "Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo". 2) "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano". 3) "Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

Desde una perspectiva distinta pero complementaria a la anterior, la culpa puede tener lugar por imprudencia, impericia, negligencia o por violación de reglamentos. Resultando al punto probable que en el marco del artículo 90 Superior la culpa grave llegue a materializarse por virtud de una conducta afectada de imprudencia, impericia, negligencia o de violación de reglamentos, dependiendo también del grado de intensidad que cada una de estas expresiones asuma en la conducta concreta del servidor público.

Ahora bien, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si las nociones de temeridad y mala fe son más restrictivas que aquellos conceptos de dolo y culpa grave, en lo que dice relación a la responsabilidad.

*Del análisis de las anteriores nociones surge una contundente conclusión, cual es la de que la acepción de **temeridad** equivale esencialmente a la definición de culpa grave que registra el Código Civil, de donde se colige finalmente que bajo tal adjetivo calificativo no se restringe irregularmente la responsabilidad del funcionario en lo tocante al grado de diligencia y cuidado que se le exige para decretar medidas cautelares. Por el contrario, la noción de temeridad, en tanto asimilación a culpa grave, se acompasa nítidamente con las formas de culpabilidad que concentra la Constitución en su artículo 9”¹⁴⁶*

De los anteriores planteamientos la corporación deduce que el concepto de temeridad se asimila a la noción de la culpa grave determinada en el Código Civil, advirtiendo que de ninguna manera el concepto de temeridad impide que al funcionario se le pueda exigir la diligencia y cuidado en la actuación administrativa de decretar medidas cautelares por lo anterior no es óbice para que el funcionario no sea precavido en dicha circunstancia dado que contraria de igual modo el artículo 9 de la Carta política

Respecto a la Mala fe en las Actuaciones de los funcionarios la corte resalta *“En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción de buena fé que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos. Por consiguiente, podría decirse entonces que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza **Estado-administrados** hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos.”*

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina el principio de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, habida consideración del valor ético que entraña en la conciencia social, y por lo mismo, de la importancia que representa en el tráfico jurídico de la sociedad. Contenido ético que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones sociales, no como creación del derecho, que sí como presupuesto, con existencia propia e independiente de su reconocimiento

¹⁴⁶ Corte Constitucional Sentencia C- 840 de 2001

normativo. La buena fe se refiere exclusivamente a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, al propio tiempo que funge como criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones. Por ello mismo, todo comportamiento deshonesto, desleal o que acuse falta de colaboración, de parte de uno de los extremos de la relación jurídica, constituye infracción al principio de la fides, toda vez que defrauda la confianza puesta por el interlocutor afectado, o lo que es igual, transgrede el fundamento del tráfico jurídico. Configurándose así la presencia de la mala fe.”¹⁴⁷

La corte resuelve para el caso en particular que la Entidad que expide las medidas cautelares, tiene conocimiento sobre la irregularidad de su procedimiento, y además, tiene la voluntad para expedir el acto propulsor del daño. Se asemeja esta situación de mala fe en el mismo rango del dolo.

En esta misma sentencia la corte reitera que las medidas cautelares no tienen un alcance sancionatorio por el contrario son una garantía patrimonial es decir pretende asegurar los efectos de un fallo futuro y preservar el patrimonio del Estado¹⁴⁸

27 PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

27.1 LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción constituye una manifestación de la influencia que el tiempo tiene sobre las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos. Éstos, a lo largo de aquél, nacen, se ejercitan y mueren.¹⁴⁹ Puede definirse la prescripción extintiva como el modo de extinguirse los derechos y las acciones por el mero hecho de no dar ellos adecuadas señales de vida durante el plazo fijado por la ley

¹⁴⁷ Ibidem

¹⁴⁸ Las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal se justifican en virtud de la finalidad perseguida, por dicho proceso, esto es la preservación del patrimonio público mediante el resarcimiento de los perjuicios derivados del ejercicio irregular de la Gestión fiscal. Sentencia C 840 de 2001

¹⁴⁹ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>

El artículo 9 de la ley 610 de 2000 en su inciso 2, señala 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”

La prescripción pues, es una figura jurídica que produce efectos extenuantes en relación con la actividad procesal desplegada por la contraloría en ejercicio de la acción fiscal, por el paso de la unidad de tiempo cuyo límite señala la de la acción fiscal¹⁵⁰

La prescripción se interrumpe por el fallo que decida de fondo el proceso, significa entonces que debe estar debidamente ejecutoriado es decir haber adquirido el rango de acto administrativo.

De acuerdo a lo planteado por el doctor Amaya Olaya, si apenas se está surtiendo el trámite de ejecutoria o se están resolviendo los recursos interpuestos en contra del mismo y en ese interregno se cumplen los cinco años sobreviene la prescripción y por lo tanto la declaratoria de la misma puede ser solicitada por la persona beneficiada con ella

27.2 CADUCIDAD

Con relación a esta figura jurídica, observa el doctor Hinestrosa:

"Caducidad, 'acción y efecto de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho' así la define el .Diccionario de la lengua española, dándole un sentido bien distinto del propio de la expresión 'decadencia' ('declinación, menoscabo, principio de debilidad o de ruina')

De igual manera la Jurisprudencia ha definido el término señalando al respecto:

"La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico, En esta medida, la

¹⁵⁰ AMAYA. OLAYA, Uriel. Teoría de la responsabilidad Fiscal. Universidad Externado De Colombia Bogota. 2002

caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general"¹⁵¹

Por su parte, la Ley 610 de 2000, en el inciso primero de su artículo 9°, establece para este efecto, un término de cinco años contados desde el momento en que ocurran los hechos que provoquen el detrimento del patrimonio público. En tal sentido, la norma señaló: "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. Esta 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"

27.3 DIFERENCIAS Sentencia C- 574 de 1998

En esta sentencia la corporación diferencia las figuras de caducidad y prescripción en los procesos contenciosos administrativos, especificando los efectos de cada fenómeno jurídico manifestando lo siguiente:

Respecto del fenómeno de la caducidad la Corte señala: *" La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos". Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".*

Hechas las consideraciones anteriores la caducidad es reconocida como una institución jurídico procesal que busca la protección de intereses subjetivos sino que por el contrario busca resguardar los intereses públicos; básicamente se convierte en un requisito de procedibilidad para poder ejercer las correspondientes acciones y obliga al juez a

¹⁵¹ Corte Constitucional Sentencia C-394 de 2002

decretarla de oficio cuando opere esta circunstancia y, finalmente, por su naturaleza pública no puede ser objeto de suspensión, renuncia o interrupción.

Con relación a la prescripción la corte precisa que *“la prescripción requiere, al contrario de la caducidad, alegación de parte y, en tal virtud, no puede ser declarada de oficio por el juez. Además, puede ser objeto de suspensión frente a algunas personas dentro de ciertas circunstancias, a diferencia de la caducidad que no la admite. La prescripción es renunciable una vez ocurrida, mientras que el juez no podría jamás aceptar tal determinación de las partes con relación a la caducidad”*¹⁵²

En relación con este último difiere de la caducidad en que la prescripción admite suspensión, renuncia y puede ser interrumpida natural o civilmente, así mismo difiere en que la prescripción no puede ser declarada de oficio, al paso que la caducidad sí; puesto que la prescripción que aquella es un medio de defensa que ofrece la ley al demandado, luego puede proponerse cuando se ha conformado la relación procesal, en cambio en la caducidad sucede todo lo contrario.

27.4 Corte Constitucional Sentencia T 767 de 2006

El señor Cristian Ernesto Cubillos Guevara presentó acción de tutela el día 1° de enero de 2006, ante el Juzgado Civil Municipal de Bogotá (reparto), aduciendo la vulneración del derecho al debido proceso, por los hechos que son resumidos a continuación:

El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D. C., suscribió convenio con el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional el 23 de diciembre de 1997, con la finalidad de construir 45 CAI en Bogotá, hasta por el valor \$695.095.000 incluido el 2% a favor del Fondo Rotatorio por concepto de administración de los recursos.

· Sobre este contrato interadministrativo, el 20 de febrero de 1998 el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D. C., suscribió con el señor Cristian Ernesto Cubillos Guevara **contrato de interventoría**, de acuerdo a la propuesta presentada el 19 de febrero de 1998, por valor de \$30.516.057 y un plazo de ejecución de 6 meses contados a partir del perfeccionamiento del contrato, iniciando su ejecución el 20 de febrero de 1998 y terminando el 6 de enero 1999.

¹⁵² Corte Constitucional Sentencia C-574 DE 1998

- Aduce el accionante que si el contrato terminó el 8 de enero de 1999, había un término para ejercer la acción de responsabilidad hasta el 8 de enero de 2001; así lo establece la ley y si dicho procedimiento no se cumplió dentro de esos términos, el fenómeno de la caducidad operó por el transcurso del tiempo.

- La ley 42 de 1993, no fijó un término de caducidad para estos eventos, pero en cuanto al vacío en el procedimiento, remite al Código Contencioso Administrativo que en el artículo 136, fija la caducidad para ejercer la respectiva acción fiscal en 2 años; vencido este término sin haber dado apertura al juicio, opera la caducidad.

Argumenta la vulneración de su derecho al debido proceso frente a las decisiones proferidas por la Contraloría de Bogotá D. C con ocasión de los trámites adelantados en el proceso de responsabilidad fiscal iniciado en su contra, detallados así:

- El 31 de enero de 2003, expidió el auto de apertura de responsabilidad fiscal dentro de expediente N° 50100-00084-02, mediante el cual decidió entre otros aspectos avocar el conocimiento y declarar abierto el proceso de responsabilidad fiscal por el presunto detrimento al Distrito Capital frente a irregularidades presentadas en la ejecución del contrato de interventoría en el Fondo de Vigilancia y Seguridad del Distrito Capital.

- El 7 de diciembre de 2004, dictó auto en el cual resuelve imputar responsabilidad fiscal en cuantía de \$ 30.516.05700, entre otros al actor.

- El 12 de abril de 2005, mediante auto resuelve desfavorablemente la petición presentada por el actor, en la cual solicitó se decretara la caducidad de la acción fiscal, por considerar que en el caso objeto del proceso no ha operado el fenómeno jurídico.

- El 15 de junio de 2005, profirió fallo con responsabilidad fiscal contra el actor y otros.

- El 16 de septiembre de 2005, procedió a decidir el recurso de apelación interpuesto, confirmando en todas sus partes el fallo con responsabilidad fiscal contra el actor y otros.

27.4.1 La Sentencia Recurrída

EN primera instancia el Juez de tutela aduce que *“la procedencia del amparo queda supeditada a la demostración de los presupuestos para la configuración de una verdadera vía de hecho, pues de lo contrario, las discusiones no giran ya en torno a la validez constitucional de la actuación de la administración, sino a su legalidad o ilegalidad y éste es un debate que debe surtirse ante la misma administración, a través de los recursos que proceden en ese proceso, o ante la jurisdicción contencioso administrativa, en ejercicio de acciones como la de nulidad y restablecimiento del derecho”*

Con base en lo anterior deniega el amparo solicitado por el señor Cristian Ernesto Cubillos

En segunda instancia el Juez accedió a la Tutela estimando lo siguiente *“pretender hacer uso de la acción fiscal cuando el término legal ya se encontraba superado, constituye una conducta violatoria del derecho fundamental al debido proceso del demandante, que impone que el juicio de responsabilidad fiscal debe adelantarse respetando los principios de imparcialidad, celeridad, eficacia, moralidad y equidad (art. 209 Const.), desconociéndose en el presente caso además los mandatos legales de los artículos 136 del Código Contencioso Administrativo y 89 de la Ley 42 de 1993, así como la interpretación que de los mismos ha hecho la jurisdicción constitucional en sus sentencias C-046 de 1994 y T-973 de 1999, al iniciar un proceso de responsabilidad fiscal cuando ya la acción se encontraba caducada.”*

Por lo anterior Tutela el derecho al debido proceso del Accionante y revocó la sentencia Impugnada

27.4.2 Problema Jurídico

La Corte, debe ocuparse en analizar lo siguiente:

En vista de que existe una discrepancia entre los jueces de primera y segunda instancia en las decisiones de tutela, en cuanto a la configuración de la caducidad para el inicio mismo del proceso de responsabilidad fiscal, que fue promovido contra el actor por la Contraloría de Bogotá, procederá entonces la Corporación a decidir lo que se cuestiona

es decir si esa entidad de control podía ejercer válidamente su ejercicio para iniciar y llevar a término el proceso de responsabilidad fiscal aludido o si, por el contrario, al haber transcurrido el plazo señalado por la ley para iniciarlo operó el fenómeno jurídico de la caducidad, lo que implica que carecería en ese caso de legitimación para el efecto.

27.4.3 Consideraciones

La corte trae a colación a partes de la sentencia de Tutela que contempló el termino de caducidad en la acción fiscal regulada en la ley 42 de 1993, dado que el articulo 89 de la mencionada ley expresaba que *en los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el código contencioso administrativo o de procedimiento penal, según el caso” por lo que se precisa en dicha jurisprudencia que el termino para iniciar la acción fiscal por parte de las Contralorías era dentro de los dos años siguiente al acontecimiento de los hechos, vacio regulado por el código contencioso administrativo para la acción de reparación directa*¹⁵³

Cabe agregar que el termino que tenia la Contraloría para iniciar la Acción Fiscal ya había sido superado puesto que si la terminación del contrato fue el 8 de enero de 1999 (vigencia de la ley 42 de 1993) significa entonces que a la fecha del auto de apertura (31 de enero de 2003) ya habían transcurrido 4 años y 23 días.

Basado en las circunstancias anteriores la Corte manifiesta:

“Pretender hacer uso de la acción fiscal cuando el término legal ya se encontraba superado, constituye una conducta violatoria del derecho fundamental al debido proceso del demandante. Cuando el Estado desarrolla una investigación contra alguien sometido a control fiscal, para determinar si incurrió en una conducta irregular de la cual se pueda desprender un tipo de sanción, debe ceñirse al procedimiento que para tales circunstancias ha previsto la ley, incluido a su vez un límite en el tiempo para ejercer las

¹⁵³ Si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya (C.C.A, art. 136), el mismo término deberá predicarse mutatis mutandis de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado. Corte Constitucional mediante sentencia T-1159 de 2001

acciones que ponen en marcha el correspondiente proceso, pues no son de recibo en nuestro sistema jurídico investigaciones indefinidas”¹⁵⁴

Por la anterior la Corte recalca “*la autoridad pública se encuentra ante el deber jurídico de ejercer en tiempo la competencia que le asigna la ley para la iniciación de esta clase de procesos y, así las cosas, si la ejerce luego de precluido ese término se incurre en un acto contrario al ordenamiento jurídico, que priva de validez constitucional toda la actuación, máxime si ella culmina con la deducción de responsabilidad fiscal contra el inculpado que, como ya se vio, tiene el derecho a que transcurrido el termino señalado por la ley no pueda serle incoada la acción que pretenda imponerle una sanción.*”¹⁵⁵

Dadas las condiciones que anteceden la corporación concluye que la contraloría al iniciar el proceso de responsabilidad fiscal cuando dicha acción ya se hallaba caducada vulneró el derecho al debido proceso del accionante, inobservando los preceptos constitucionales y constituyendo actuaciones de hecho arbitrarias.

28 REAPERTURA DE LA ACCIÓN FISCAL

En lo que respecta a la reapertura del proceso , el artículo 17 de la ley 610 señala “ 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 del proceso” respecto a esta figura jurídica la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias, la más ilustrativa se encuentra soportada en la siguiente:

28.1 Corte Constitucional sentencia C -382 DE 2008

En dicha sentencia el Ciudadano Hilian Edilson Ovalle Celis instaura demanda de inconstitucional contra el artículo 17 de la ley 610 de 2000, el precepto demandado expresa lo siguiente:

¹⁵⁴ Corte Constitucional Sentencia T 767 de 2006

¹⁵⁵ Corte Constitucional Sentencia T 767 de 2006

*ARTICULO 17. REAPERTURA. 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.***

Con referencia a lo anterior, dispone la norma en el primer inciso, que se procederá a la reapertura de la indagación preliminar o del proceso, cuando después de proferido el auto de archivo del expediente se cumplan las siguientes condiciones: que (i) “*aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal*”, o que (ii) “*se demuestre que la decisión se basó en prueba falsa*”. Aclara la norma en su segundo inciso, (iii) que “*no procederá la reapertura si después de proferido el auto de archivo, ha operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal*”.

El demandante considera que el precepto demandado es inconstitucional puesto que cuando el investigador anula las decisiones de archivo de expedientes y para reabrir investigaciones ya cerradas, se somete al investigado a un estado de “*indefinición procesal e inseguridad jurídica sobre su situación fiscal individual y concreta*”, lo que implica que los procesos de responsabilidad fiscal se prolonguen de manera indefinida hasta llegar al término de caducidad de la acción o de prescripción de la responsabilidad.

Así, afirma, a pesar de que el legislador estableció en los artículos 39 y 45 de la Ley 610 de 2000 los términos de cada una de las etapas de este tipo de procesos, tal y como está redactada la norma acusada es posible que se ordene la reapertura de investigaciones que habían sido archivadas, aun cuando estos términos ya hubieren fenecido, esto es, a pesar de haber transcurrido los seis (6) meses previstos en la normatividad para adelantar la investigación preliminar o los cinco (5) meses para la etapa de instrucción. En este escenario, el único límite sería, en realidad, el de cinco (5) años previsto por el legislador como término de prescripción de la responsabilidad fiscal o de caducidad de la acción.

28.1.1 Consideraciones De La Corte

La Corte realiza un estudio conceptual recordando que el proceso mediante el cual se declara la responsabilidad fiscal, primero se inicia en debida forma a partir de la expedición del auto de apertura y que la indagación preliminar, en estricto sentido, no hace parte integral del mismo. Añade de igual manera *‘Esta última, la indagación preliminar, es entonces una etapa previa a la apertura formal del proceso, la cual se decreta, hasta por un término de seis (6) meses, cuando no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables, y que concluye con el archivo de las diligencias o con la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Si se acredita la existencia de un daño patrimonial al Estado, y existen indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se procede a ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, dando paso a la etapa de instrucción o investigación, la cual se debe desarrollar en un término 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.’*

De esta manera, aun cuando por regla general las decisiones que ponen fin a las diferentes etapas que comprenden el ejercicio de la función de control fiscal están llamadas a adquirir firmeza una vez ejecutoriadas, dicha regla no tiene un carácter absoluto, pudiendo el legislador establecer excepciones cuando existen motivos constitucionalmente válidos que así lo demanden.

En efecto, según lo ha expresado esta Corporación, una de las características de las decisiones judiciales y administrativas es su firmeza, lo cual conlleva a que éstas adquieran un carácter definitivo y a que lo decidido en ellas no pueda ser nuevamente debatido. La importancia de la firmeza o alcance de la cosa juzgada de las decisiones judiciales y administrativas, ha sido destacada por la Corte señalando que “Razones de interés general y seguridad jurídica, relacionadas con el mantenimiento del orden público, la paz social y la garantía de los derechos ciudadanos, imponen que los procesos se decidan de manera definitiva y que necesariamente deban finalizar o concluir en un cierto momento procesal, lo que en principio justifica el efecto de cosa juzgada”¹⁵⁶

No obstante, la propia jurisprudencia constitucional también ha admitido que, a pesar de su importancia, la cosa juzgada no puede entenderse como un principio absoluto pues en determinadas ocasiones “puede llegar a colisionar con la justicia material del caso concreto

¹⁵⁶ Sentencia 622 de 2007

Ante la situación planteada La Corte reitera con extracción de Otras Jurisprudencias que el carácter absoluto de la Cosa Juzgada no opera de definitivamente puesto que existe razones de interés general, en este caso este mecanismo que dio el órgano legislativo tiene un propósito y es que el patrimonio del Estado, la cual necesita mayores garantía evitando de esta manera impunidad frente a situaciones de hecho que impidieron resolver de fondo el asunto

De tal modo la Corte considera “Así las cosas, una aproximación a la definición del caso concreto permite advertir que la decisión de autorizar la reapertura de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, suspendiendo los efectos de firmeza del auto de archivo del expediente, es una medida excepcional, en principio legítima, que se inscribe en el ámbito de la libertad de configuración política del legislador, y que encuentra una clara justificación en la necesidad de promover la defensa y reparación del patrimonio público y, por esa vía, dar cumplimiento a la obligación constitucional de 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 estatal.”¹⁵⁷

La corte enfatiza que dicha reapertura se enmarca dentro de la excepción a la regla de la cosa Juzgada, dejando sin efectos el auto de archivo, dado que se justifica en la medida que se busca reparar el daño al patrimonio del Estado, conllevando a endilgar una responsabilidad a los causantes del daño patrimonial ya sea por acción o por omisión.

De acuerdo a los razonamientos que se han venido realizando la Corte realiza un Juicio de proporcionalidad con relación a cada uno de los preceptos de la Norma demandada considerando lo siguiente:

“Para reabrir el proceso fiscal o la indagación preliminar es necesario que se configuren uno de los dos presupuestos: (i) que aparezcan o se aporten nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o (ii) que se demuestre que la decisión se basó en prueba falsa.

Frente al primero de tales límites, es claro que la reapertura tiene lugar sólo cuando surjan elementos de juicio que no fueron allegados a la indagación preliminar o al proceso, que por lo mismo no fueron conocidos ni debatidos en tales instancias, y de los cuales se

¹⁵⁷ Corte Constitucional sentencia C 832 de 2008

pueda acreditar la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, que imponga necesariamente un cambio en la decisión de archivo. Ya había dicho la Corte que al examinar una cuenta sometida al control fiscal, “su calificación depende de los elementos de juicio que el órgano de control tenga a su disposición, pudiendo cambiar si nuevas pruebas revelan realidades inicialmente no percibidas, en cuyo caso de la primera calificación no podría derivarse un juicio de tolerancia acerca de la actuación ilegal

En el marco de la observación anterior se evidencia que la reapertura se encuentra limitada siempre y cuando existan nuevos elementos probatorios que no hayan sido tenidos en cuenta, ni conocidos por el ente investigador y en el cual tengan un factum determinante que puedan acreditar la responsabilidad del gestor fiscal.

Respecto del segundo de los límites, debe decirse que la reapertura opera cuando la decisión de archivo, en uno u otro escenario -indagación o investigación- es el resultado de un juicio de valor sustentado en pruebas que son contrarias a la realidad y a la verdad. Es evidente que la decisión que se sustenta en una prueba falsa no puede ser convalidada por el derecho, de manera que si en un primer momento tal hecho tiene ocurrencia, debe preverse la posibilidad de corregirlo. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que el ordenamiento jurídico no ampara situaciones originadas en el engaño, la mala fe y el quebrantamiento de la ley, pues tal hecho se opone al valor fundamental de la justicia e impide el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado, como es el de propugnar por la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2”¹⁵⁸

El segundo condición para que se configure el evento jurídico de la reapertura del proceso fiscal existe siempre y cuando las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar o investigación sean contrarias a la realidad o estén fundadas en error o engaño, significa entonces que no se protegen situaciones o pruebas producidas con embuste, artificio o mala fé.}

Por lo anterior la corte declara exequible el precepto demandado por el accionante.

¹⁵⁸ *Ibidem*

29 PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL

29.1 Corte Constitucional Sentencia C-512 DE 2013

El actor solicita que se declare la inexecutable del parágrafo 3 del artículo 97 y del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, relativos al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal y a las presunciones de dolo y de culpa, previstas para determinar la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal, por vulnerar los artículos 29, 83 y 248 de la Constitución.

A continuación se transcriben los artículos objeto de la demanda con el fin de efectuar un análisis jurisprudencial:

LEY 1474 DE 2011

“ARTÍCULO 97. PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000.

El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. El proceso verbal que se crea por esta ley se aplicará en el siguiente orden:

1. El proceso será aplicable al nivel central de la Contraloría General de la República y a la Auditoría General de la República a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

2. A partir del 1o de enero de 2012 el proceso será aplicable a las Gerencias Departamentales de la Contraloría General y a las Contralorías Territoriales.

PARÁGRAFO 2o. Con el fin de tramitar de manera adecuada el proceso verbal de responsabilidad fiscal, los órganos de control podrán redistribuir las funciones en las dependencias o grupos de trabajo existentes, de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad.

PARÁGRAFO 3o. En las indagaciones preliminares que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de la presente ley, los órganos de control fiscal competentes podrán adecuar su trámite al procedimiento verbal en el momento de calificar su mérito, profiriendo auto de apertura e imputación si se dan los presupuestos señalados en este artículo. En los procesos de responsabilidad fiscal en los cuales no se haya proferido auto de imputación a la entrada en vigencia de la presente ley, los órganos de control fiscal competentes, de acuerdo con su capacidad operativa, podrán adecuar su trámite al procedimiento verbal en el momento de la formulación del auto de imputación, evento en el cual así se indicará en este acto administrativo, se citará para audiencia de descargos y se tomarán las provisiones procesales necesarias para continuar por el trámite verbal. En los demás casos, tanto las indagaciones preliminares como los procesos de responsabilidad fiscal se continuarán adelantando hasta su terminación de conformidad con la Ley 610 de 2000.

(...)

ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales”.¹⁵⁹

El actor fundamenta su discurso manifestando que la presunción del dolo cuando exista una declaración de responsabilidad penal o disciplinaria extiende los efectos de esas decisiones a regímenes diferentes basado en los siguientes argumentos:

- 1) En los procesos penal y disciplinario se trata de establecer responsabilidades diferentes a la que es propia del proceso de responsabilidad fiscal, en el cual se debe presumir la inocencia y la buena fe;
- 2) El mero traslado procesal de una sentencia penal o de una decisión disciplinaria al proceso fiscal, para configurar una presunción de dolo, extiende de manera indebida el efecto de dichas decisiones a ámbitos diferentes, de manera contraria a lo previsto en el artículo 248 de la Constitución.

¹⁵⁹ Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción)

Recalca el autor que presumir la culpa y el dolo, también resultan contrarias al debido proceso y a la presunción de buena fe, de ahí que concluya que para establecer la responsabilidad fiscal de una persona es menester demostrar en el proceso su culpabilidad, valga decir, que obró con dolo o culpa grave. Por lo tanto el cargo se plantea frente a estos dos tipos de presunciones.

29.1.1 Problema Jurídico

El parágrafo 3 del artículo 97 de la Ley 1474 de 2011 prevé la regla de que las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal seguirán su trámite conforme a lo previsto en la Ley 610 de 2000. Esta regla tiene dos excepciones, a saber:

(i) Las indagaciones preliminares que están en trámite al entrar en vigencia de la ley, se pueden adecuar –por los órganos de control fiscal competentes-, al momento de calificar su mérito, al trámite del procedimiento verbal;

(ii) Los procesos de responsabilidad fiscal en los que no se haya proferido auto de imputación al entrar en vigencia la Ley 1474 de 2011, se pueden adecuar –por los órganos de control fiscal competentes, conforme a su capacidad operativa- al procedimiento verbal, al momento de formular el auto de imputación.

El problema jurídico a resolver por este tribunal es: si en el planteamiento atrás mencionado referente a las excepciones a la regla de que en las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal, que estaban en trámite al entrar en vigencia la Ley 1474 de 2011, se puede adecuar su trámite para adelantarlos por el procedimiento verbal, vulneran el debido proceso (art. 29 C.P.) y, en particular, el principio de legalidad, conforme al cual *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio”*.

Además de ello otro problema jurídico a resolver por el tribunal es ¿el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, al prever presunciones de dolo y culpa grave para determinar el grado de culpabilidad, a efectos de establecer la responsabilidad fiscal, vulnera el debido proceso (art. 29 C.P.), en particular la presunción de inocencia, la presunción de buena fe (art. 83 C.P.) y la regla constitucional de que sólo las condenas judiciales definitivas tienen la calidad de antecedentes penales y convencionales (art. 248)?

29.1.2 Consideraciones De La Corte

Antes de entrar a debatir la constitucionalidad de los artículos en concreto la Corte resalta el carácter patrimonial que tiene el proceso de responsabilidad fiscal, difiere del proceso disciplinario en que aquí no se endilga una sanción, por el contrario la condena es

netamente patrimonial la cual consiste en reparar el daño causado, asemejándose a una multa o a una sanción de tipo patrimonial.¹⁶⁰

Ante la situación planteada la Corte precisa linderos jurídicos de la siguiente nítida manera. *“de la posibilidad de adecuar el trámite al procedimiento verbal, a la circunstancia objetiva de que no se haya proferido auto de imputación de responsabilidad, este tribunal advirtió que en la etapa de indagación preliminar ni siquiera se ha proferido el auto de apertura del proceso y, por tanto, mucho menos el auto de imputación de responsabilidad; y que es posible distinguir entre el auto de apertura del proceso y el auto de imputación de responsabilidad, por lo que podría hablarse de dos etapas diferentes. Ante la circunstancia objetiva de no haberse proferido auto de imputación de responsabilidad, valga decir, ante la circunstancia de no haber señalado en el proceso a una persona determinada a la cual se imputa un daño, la circunstancia de que el proceso se encuentre en la etapa de preliminares o de que se haya proferido auto de apertura del proceso, no afecta o menoscaba en manera alguna los derechos y garantías del procesado. En la Sentencia C-131 de 2002 este tribunal consideró admisible esta particular configuración del proceso de responsabilidad fiscal, pues advirtió que éste no tiene una regulación detenida en la Constitución y, por tanto, le corresponde al legislador establecerla”*¹⁶¹

La corte considera que al no existir el evento de imputar una responsabilidad fiscal es decir, no concurre una efectiva y plena identificación a la persona que se le endilga el daño fiscal y no hallándose esta circunstancia no encuentran afectados los derechos del procesado al adecuar el trámite al procedimiento verbal.

De igual manera añade la Corte *“ El procedimiento verbal no es en sí mismo contrario a la Constitución, pues responde a los principios de celeridad, publicidad y economía procesal. Su aplicación en lugar del procedimiento ordinario no supone o implica menoscabo alguno para las garantías del procesado, pues en todo caso se debe respetar los principios y garantías reconocidos por ésta, por los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y por la ley que lo regula”*¹⁶²

¹⁶⁰ el proceso de responsabilidad fiscal no pretende investigar la comisión de una falta e imponer la correspondiente sanción, como es el caso del proceso disciplinario, sino que busca determinar y, si es del caso, declarar la responsabilidad fiscal del gestor fiscal. Esta responsabilidad es netamente patrimonial y no corresponde a una sanción. Si bien puede haber una condena patrimonial como consecuencia de esta declaración, ésta corresponde a la reparación del daño causado y en manera alguna puede tenerse como una multa o como una sanción de carácter patrimonial. Sentencia C-512 de 2013

¹⁶¹ Sentencia C 512 de 2013

¹⁶² Ibidem

La corte reitera la importancia de los principios de economía procesal celeridad y publicidad puesto que la misma constitución les brinda la importancia en materia procesal, de igual manera adecuar el procedimiento verbal no vulnera los derechos del investigado puesto que existen garantías para el procesado en el tramite verbal y la entidad debe velar por el respeto a las garantías y principios que se han brindado en materia internacionalmente, por esta razón al sopesar dichos principios constitucionales mencionados con la aparente afectación al debido proceso por adecuar el tramite la corte declara exequible los preceptos demandados.

De otro lado respecto a la aplicación del principio de irretroactividad de la ley señala la corporación :

En efecto, si bien en materia de aplicación de leyes en el tiempo la regla es la de la irretroactividad, salvo en materia penal, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, *“que no hayan generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua”*.

*Por ser el proceso una situación jurídica en curso, las leyes que lo rigen son de aplicación inmediata. Como lo reconoce de manera explícita este tribunal en la Sentencia C-619 de 2001, al aplicar el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, la nueva ley de la ritualidad de los juicios es de aplicación inmediata, salvo que los términos hubiesen empezado a correr y las actuaciones o diligencias ya estuvieren iniciadas, caso en el cual se aplica la ley anterior.*¹⁶³

Sobre la base de las consideraciones anteriores se observa que el principio de irretroactividad se aplica por regla general en aras de brindarle estabilidad al ordenamiento jurídico solo existe excepción en el ámbito penal por lo que en el ámbito de la responsabilidad fiscal opera ipso iure es decir su aplicación opera de pleno derecho.

EN síntesis la Corte al analizar el cargo de violación referente a la adecuación del tramite fiscal en etapa de indagación e investigación al proceso verbal estipulado en el inciso 3 del artículo 97 de la ley 1474 de 2011 a luz de las reglas aplicables de la naturaleza y características del proceso de responsabilidad fiscal, de la posibilidad de aplicar procedimientos verbales en los procesos administrativos y de la aplicación de las leyes procesales en el tiempo, y al analizar el principio de legalidad conforme a dichas reglas,

¹⁶³ Sentencia C 512 de 2013

la corporación aduce que no está llamado a prosperar . Y no lo está, porque las normas procesales que aluden a ritos, formas o procedimientos, como es la que aquí se examina, tienen vigencia inmediata, mientras que las normas sustantivas o relativas a derechos y garantías de las personas, estén en una ley sustancial o en una ley procesal, no tienen este tipo de vigencia en virtud del principio de legalidad.

Por otro lado al analizar las presunciones de dolo y culpa grave para determinar el grado de culpabilidad, a efectos de establecer la responsabilidad fiscal, examina si dicha presunción vulnera o no el debido proceso la corte realiza el siguiente análisis trayendo a colación jurisprudencias que indicado en esta materia :

“ Las presunciones tienen una relación directa con la carga de la prueba en el proceso. Quien las invoca, debe demostrar los antecedentes o circunstancias a partir de las cuales sea posible deducir el hecho objeto de la presunción. Si se está frente a una presunción iuris et de iure, quien la pretende desvirtuar debe demostrar la inexistencia de dichos antecedentes o circunstancias, para hacer imposible la deducción. Si se está frente a una presunción iuris tantum, quien la pretende desvirtuar puede demostrar la inexistencia de estos antecedentes o circunstancias o la inexistencia del hecho. Y esto es posible porque en la presunción iuris tantum, aunque los antecedentes o circunstancias sean ciertos y conocidos, la deducción no es necesaria, sino que obedece a una relación lógica posible, comúnmente aceptada y de usual ocurrencia¹⁶⁴

De igual manera reitera *“La circunstancia de que la ley prevea presunciones no vulnera per se el debido proceso¹⁶⁵, pues se trata de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos relevantes y de proteger bienes jurídicos valiosos, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia. Las presunciones deben obedecer a la realidad empírica y perseguir un fin constitucionalmente valioso. Y deben hacerlo de manera razonable y proporcionada. En la medida en que es posible desvirtuarlas, por medio de pruebas idóneas, las presunciones no vulneran el debido proceso, ni el derecho de defensa, ni menoscaban las garantías mínimas de las personas afectadas por ellas.¹⁶⁶*

Se observa claramente la reiteración de la jurisprudencia precisando que las presunciones de dolo y culpa en los diferentes ordenamientos jurídicos no vulneran el debido proceso por si mismo, dado que su objetivo es brindar seguridad jurídica a bienes jurídicos tutelados de igual manera dichas presunciones pueden ser desvirtuadas

¹⁶⁴ Sentencia C-388 de 2000

¹⁶⁵ Sentencias C-015 de 1993, C-109 y C-540 de 1995, C-238 y C-622 de 1997, C-665 de 1998

¹⁶⁶ Corte Constitucional Sentencia C 512 de 2013

probatoriamente por lo que no se menoscaba el derecho de defensa dentro del proceso verbal ante esta situación.

Seguidamente extrae jurisprudencia que han resuelto casos similares como la que analizó la constitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en los que se establecen presunciones de dolo y de culpa grave para los agentes del Estado en el marco de la acción de repetición¹⁶⁷ donde se establece de forma objetiva que estas presunciones “no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia”, sino “un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales”. Desde la antigüedad, la presunción es un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad conforme a lo que ocurre de manera regular y ordinaria –*praesumptio simitur ex eo quod plerumque fit*¹⁶⁸

Para concluir el precepto examinado la corte afirma lo siguiente “Presunciones simplemente legales que la Corte encuentra razonables, en la medida que ha sido la propia ley la que le fija a los administradores el marco general de su actuación, obrar de buena fe, de manera leal y con la diligencia de “un buen hombre de negocios”, lo cual no puede más que denotar la profesionalidad, diligencia y rectitud con la que deben actuar los administradores en bienestar de los intereses de la sociedad y de sus asociados, atendiendo la importancia y relevancia del papel que cumplen en el desarrollo de sus funciones y el alto grado de responsabilidad que asumen por la gestión profesional que se les encomienda.”¹⁶⁹

Dadas las consideraciones anteriores la Corte encuentra proporcional los artículos que regulan el proceso verbal de responsabilidad fiscal que adopto en esta materia la ley 1474 d

¹⁶⁷ Sentencia C-374 de 200

¹⁶⁸ Sentencias C-544 de 1994 y C-540 de 1995

¹⁶⁹ Ibidem

30 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL PROCESO FISCAL Y DISCIPLINARIO

30.1 Corte Constitucional Sentencia C 077 de 2007

En la presente Jurisprudencia la Corte hace referencia al principio de unidad de materia que debe acogerse el legislador, además precisa cuales son los temas en materia de una ley que deben tener por lo menos un referente común, Para practicar este juicio la Corte Constitucional ha utilizado un criterio flexible y ha establecido que para que la unidad exigida se presente debe por lo menos existir una conexidad a) temática; b) teleológica; c) causal o, d) sistemática.

De igual manera en la presente Jurisprudencia la corte realiza un paralelo entre el proceso disciplinario y el proceso de responsabilidad Fiscal, destacando las características propias de cada proceso, fundamental en materia de responsabilidad fiscal dado que se tiende a confundir sus elementos, sus fines y aspectos procesales con los del derecho disciplinario.

Por lo anterior la Corte en esta jurisprudencia plantea diferencias conceptuales, sustanciales y procesales entre el proceso fiscal y disciplinario de la siguiente manera:

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.

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 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.

Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si

*eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio*¹⁷⁰.

Hecha la observación anterior la Corte reitera que el daño patrimonial es un carácter determinante en los procesos de responsabilidad fiscal, sin la existencia del daño cuantificable patrimonialmente no podría declararse responsable fiscal a un agente del Estado, por su parte señala las principales características del proceso de responsabilidad Fiscal indicando:

a) *Es de **naturaleza administrativa** por estar orientado hacia al establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos;*

b) *Es igualmente de **naturaleza 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;*

c) *No tiene un carácter sancionatorio ni penal, siendo en consecuencia una **responsabilidad independiente y autónoma**, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos;*

d) *Está regido por el **debido proceso**, o sea en el juicio de responsabilidad fiscal también se deben observar las garantías sustanciales y procesales.*

En referencia con la clasificación anterior se observa la autonomía e independencia con que este tipo de responsabilidad se desarrolla, significando que en relación con el proceso disciplinario contiene otro tipo de objetivos, elementos como de sanción aduciendo que si el principal objetivo es resarcir el daño por consiguiente se debe compensar esos perjuicios sufridos monetariamente.

Seguidamente expone: *“De conformidad con la jurisprudencia constitucional, a pesar de que los principios del derecho penal de naturaleza constitucional se aplican, en principio, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado, incluido el derecho disciplinario, éste tiene sus características propias,¹⁷¹ por estar orientado a la protección de la organización y funcionamiento de la administración pública, o más específicamente, en consideración a la importancia del interés público protegido. Esto ha permitido la aplicación restringida de las garantías que en el sistema penal son exigidas, diferenciando la finalidad del régimen disciplinario de la del régimen penal:*

¹⁷⁰ Sentencia SU-620 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonel

¹⁷¹ Sentencia C-1161 de 2000 MP. Martínez Caballero Alejandro

"... el derecho disciplinario pretende garantizar "la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo" (Sent. C-341 de 1996), cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional."

La Corte ha precisado igualmente que en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones (Ibídem). De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas (C-373 de 2002).

En este sentido, también ha dicho la Corte que si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que - por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia (C-181 de 2002).¹⁷²

Analizadas las características planteadas por la corporación se deduce , que al proceso de responsabilidad fiscal no tiene como fin asegurar el cumplimiento de deberes funcionales puesto que esas acciones u omisiones solo le competen al derecho disciplinario quien es el competente para valorar la inobservancia de normas positivas que contienen deberes que deben reflejar los servidores públicos y que al desquebrajar dichas normas , esto es el desconocimiento de la función social que se le atribuye al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, es el derecho disciplinario el competente para iniciar la respectiva investigación.

¹⁷² Sentencia C 077 de 2007

31 BIBLIOGRAFIA

- AMAYA, OLAYA .Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad Fiscal, aspectos sustanciales y procesales. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Universidad externado de Colombia .Bogotá 2002
- SANTAFE, ALFONSO. Lidia Yolanda La declaratoria de la Responsabilidad Fiscal: ¿Función Administrativa o Jurisdiccional? Maestría en derecho. Bogotá D.c
- Contraloría General de la República. Guía de Auditoría para las Contralorías Territoriales. Imprenta Nacional de Colombia. 2012
- ROMERO, CALVO. Diana. La responsabilidad Fiscal. Tesis de grado. Bogotá. Universidad de la Sabana. 2001
- VASQUES, MIRANDA. Willian. Control fiscal y auditoría del Estado en Colombia. 1 edi . Fundación universidad Jorge Tadeo Lozano Bogotá. 2000 ISBN 958-9029-31-0.

Anexos C. Análisis del Recurso de Reposición Interpuesto por el Abogado De la Dra. Helga Johana Ríos Duran contra de la resolución No 000005 de cinco (5) de junio de 2013 que la declara Responsable Fiscal.

El 5 de junio de 2013 se declaro fiscalmente responsable mediante proceso verbal de responsabilidad fiscal a la Dra HELGA JOHANNA RIOS DURAN y a través de resolución No SC- 000005 de 2013 expedido por la Contraloría Municipal de Bucaramanga.

Los hechos que sirven de fundamento son los siguientes:

La Dra. HELGA JOHANNA RIOS DURAN ejerció funciones delegadas por el Alcalde Municipal, mediante Decreto No 230 de 2011 , para adelantar de manera íntegra los procesos contractuales de la administración municipal propios de la secretaría administrativa , específicamente desarrolló la etapa precontractual del contrato No 531 de 27 de diciembre de 2011, fase mediante la cual la administración definió aspectos esenciales para el logro de los propósitos perseguidos , con la suscripción y ejecución del contrato, siendo alguno de estos: el objeto contractual, plazo de ejecución modalidad y tipología contractual, garantías de cumplimiento y de calidad, designación de supervisor , etc. Resultado del análisis de las pruebas legalmente introducidas y practicadas dentro del proceso, se constato que el objetó contractual (agenda 2012) no logró satisfacer las necesidades con las que se justificó el gasto Público, configurándose con ella una lesión al patrimonio del municipio de Bucaramanga ya que importantes recursos públicos fueron destinados a un contrato que no reportó ningún beneficio para la administración, siendo atribuida esta lesión a la conducta dolosa de la Dra Helga Johanna Rios Duran en relación con su actividad desplegada , dado que a pesar de haber conocido el contenido de la Agenda 2012, aun antes de iniciarse formalmente la Etapa precontractual, asi como el alcance del informe de

estrategias publicitarias-siendo este el de divulgación y no cambio de imagen – pretendió satisfacer específicas necesidades

Por lo anterior la defensa Técnica sustenta el recurso de reposición argumentando lo siguientes cargos:

1).La defensa argumenta que dicha resolución fue dictadas con pruebas que carecen de valor probatorio, argumentando que es en la Audiencia de descargos el momento procesal en el cual se hace el decreto de pruebas y no en el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal aduciendo que dicho auto es un acto de mera comunicación , así mismo la defensa considera irregular la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, únicamente con el resultado del informe de auditoría y soportes del traslado de hallazgo aduciendo que no se realizó ningún análisis probatorio por la contraloría.

Respecto a este punto es importante traer a colación la sentencia C- 512 de 2013 que declara exequibles artículos de la ley 1474 de 2011, y regula el proceso verbal de responsabilidad fiscal , específicamente desarrollando el tema de la libertad de configuración normativa del legislador referente a los procedimiento verbal en los procesos administrativos *‘la aplicación del procedimiento disciplinario verbal para algunas faltas gravísimas no vulnera la Constitución’*¹⁷³, por considerar que este procedimiento responde tanto a la explícita voluntad del legislador, en ejercicio de su competencia de configuración del proceso, de dar mayor celeridad a los trámites disciplinarios bajo determinadas condiciones. No obstante, la posibilidad de que sea el operador disciplinario quien determinase por su mero arbitrio en qué casos se adelanta el procedimiento verbal, se consideró contraria a la Constitución, por vulnerar la reserva de ley. ”

¹⁷³ Corte Constitucional Sentencia C-512 DE 2013

Siendo así la ley 1474 de 2011 específicamente en su artículo 97 y siguientes regula el proceso de responsabilidad Fiscal, ahora bien respecto al cargo señalado por la defensa el artículo Artículo 111 señala que “*se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación*” de igual manera establece en su artículo 112 prevé que Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, Se expedirá un auto de apertura e imputación, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante.

Cabe agregar que el artículo 41 numeral 6 indica que entre los requisitos formales del auto de apertura se encuentra el *Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes*.

Con los base en los planteamientos anteriores la defensa incurre en error puesto que en el auto de apertura e imputación fiscal (por remisión del artículo 112 de la ley 1474 de 2011 a los requisitos del artículo 41) y en la audiencia de descargos son los momentos procesales en las cuales se pueden decretar ciertas pruebas pertinentes y conducentes por parte del órgano de control, así mismo esta actuación procesal no es de mera comunicación dado que también ordena el decreto de las medidas cautelares.

2).Respecto a la configuración del daño la defensa alega que es un hecho nuevo cuando la contraloría aduce que no existió soporte técnico para determinar que con la elaboración y la impresión y entrega de Agendas, se lograría cambiar la imagen de la ciudadanía, por el contrario alega la defensa

que sí existió dicho soporte , siendo el Contrato de consultoría de 14 de octubre de 2011 la prueba fehaciente sobre las dudas que sobre el cumplimiento del plan de desarrollo se generaron por la destitución del Ex Alcalde, de igual ,manera alega que la contraloría no apreció el testimonio de Wilfrido Cueto Barragán apuntando que la estrategia de las agendas no iban encaminadas a un cambio de imagen de la administración municipal anterior puesto que era una parte plenamente idónea para satisfacer el objetivo buscado.

Respecto al cargo es importante traer a colación la sentencia C -382 de 2008 la cual señalo como característica importante de la Responsabilidad Fiscal que debe fundarse en los principios que rigen la función administrativa señalando lo siguiente “ *Finalmente, para establecer la responsabilidad que les asiste a los servidores públicos y a los particulares, por el indebido manejo o administración de los dineros o bienes públicos a su cargo, los órganos de control fiscal están obligados a obrar con observancia plena de las garantías sustanciales y procesales propias del debido proceso, las cuales deben armonizarse con los principios que gobiernan la función administrativa, es decir, con los principios de igualdad, moralidad eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209)*¹⁷⁴. Por lo anterior las Contralorías al establecer la responsabilidad fiscal de todo servidor público o particular debe fundamentarse en los principios que rigen la Función administrativa, para el caso en concreto se observa que si bien las agendas era un (1) punto de diez (10) para lograr el objetivo de cambiar la imagen de la administración a la ciudadanía, se observa la transgresión al principio de economía, de eficiencia y de eficacia puesto que se desborda el presupuesto para satisfacer el objetivo primordial en diez (10) opciones diferentes entre las cuales solamente las 1000 agendas era un objetivo no satisfaciendo de manera integra el objetivo principal , de igual manera no era el mecanismo idóneo , pues de acuerdo al acervo probatorio la ejecución de dicho

¹⁷⁴ Corte Constitucional Sentencia C-382 de 2008

presupuesto no conlleva a la concreción del resultado obtenido esto es cambiar la imagen de la anterior administración por su mal manejo frente a la comunidad con la adquisición de 1000 agendas publicitarias significa que los resultados que arrojaron la adquisición de las mencionadas agendas no se lograron de manera oportuna y no guardan relación con el objetivo inicial propuesto.

3).Argumenta el defensor que existe falsa motivación puesto que no se puede utilizar la sana crítica, la lógica o las reglas de la experiencia para demostrar que el objeto contractual no era idóneo para lograr el pretendido cambio de imagen, ya que por una parte no se puede argumentar responsabilidad fiscal acudiendo a la falta de lógica y por la otra no existe ninguna regla de la experiencia o la sana crítica que se aplique a temas de publicidad y si existiere la Contraloría debió mencionar cual es la lógica, la regla de la experiencia la sana o la lógica que se aplica al caso .

Es importante señalar que en el artículo 26 de la ley 610 de 2000 se indica que “ *las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana Crítica y la persuasión racional* ”, respecto al punto es importante tener en cuenta los conceptos de sana crítica y reglas de la experiencia definidos por la Corte Suprema de Justicia indicando lo siguiente “*La sana crítica impone al funcionario judicial valorar la prueba contrastándola con los restantes medios, y teniendo en cuenta la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos con los que se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió y las singularidades que puedan incidir en el alcance de la prueba examinada. El examen probatorio, individual y de conjunto, además de los criterios señalados, acude a los supuestos lógicos, no contrarios con la ciencia, la técnica ni con las reglas de la experiencia, para inferir la solución jurídica que la situación examinada amerita.*”¹⁷⁵

¹⁷⁵Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 25 de mayo de 2005, radicación 21068.

Con referencia a lo anterior se valoraron una serie de indicios en primer lugar la responsable fiscal escogió como modalidad de contratación directa como el contrato de prestación de servicios para el desarrollo del objeto principal esto era la adquisición de 1000 agendas en aras de cambiar la imagen de la anterior administración, resultando contrario a la naturaleza del mismo, entendiéndose como un contrato estatal cuya naturaleza de la función desarrollada es una obligación de hacer en razón de la experiencia, capacidad y formación profesional de una persona en determinada materia ¹⁷⁶ por lo anterior quedo en evidencia que la real finalidad del contrato eran adquirir 1000 agendas publicitarias edición de lujo, elaboradas en policromía, de igual manera otro indicio que se tuvo en cuenta fue el querer cambiar la imagen de 4 años de administración tres (3) días antes de terminar el periodo del alcalde, así mismo se apreció la prueba testimonial de las personas que tuvieron acceso a la agenda 2012, en especial el testimonio del señor Wilfrido Cueto Barragán que según lo estipulado en el informe de consultoría , él no diseño la estrategia buscando cambiar que la ciudadanía tenia frente a la administración.

Se concluye entonces que este despacho apreció los medios probatorios teniendo en cuenta las pruebas indiciarias atrás mencionadas, describiéndose las circunstancias de tiempo, modo y lugar que conllevaron a incurrir a la funcionaria un detrimento patrimonial al Estado.

4). DE igual manera alega falsa motivación y violación al principio de Congruencia de por parte de la Sub Contraloría puesto que en el Auto de apertura e imputación de Responsabilidad Fiscal en ningún momento se hace mención a la violación del principio de Democrático en cambio en el acto que se debate la SuB contraloría manifestó “ no puede dejar de mencionarse que la pretensión de cambiar la imagen frente a la ciudadanía mediante el objeto Contratado, además de presentar los inconvenientes ya

¹⁷⁶ Corte Constitucional Sentencia C 154 DE 1997 M.P: Hernando Herrera Vergara.

anotados resulta contraria al principio democrático que de acuerdo al momento coyuntural de cambio de la administración demanda que tales ejecutoria se reserven a la administración entrante por lo que la saliente no debe empecinarse como en este caso lo hizo en cambiar dos días en lo que estructuró al cabo de 4 años.

Referente a los planteamientos hechos por la defensa es importante mencionar la Jurisprudencia del Consejo de Estado la cual reitera la naturaleza jurídica y el objetivo que persigue la responsabilidad fiscal señalando lo siguiente “ *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*”¹⁷⁷

Dadas las condiciones anteriores incurre en error la defensa al aducir que en los respectivos autos de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, deba endilgarse un cargo como lo es transgredir el principio democrático , pues como se señala , lo que se imputa es una responsabilidad previa configuración de los tres elementos de la responsabilidad fiscal esto es de una acción dolosa o culposa, un daño patrimonial al estado y un nexo causal, confundiendo este proceso con el proceso disciplinario la cual si tiene por objeto imputar unos cargos por omisión de deberes funcionarios de los servidores públicos o particulares así lo ha manifestado la Corte Constitucional Aduciendo lo siguiente “ *de allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de las normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple*

¹⁷⁷ Consejo de Estado. sección primera Sentencia de Febrero 7 de 2008. Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrade

*funciones públicas”*¹⁷⁸ significa entonces que al derecho fiscal no le corresponde imputar cargos ni valorar la inobservancia de las normas positivas dado que la naturaleza del proceso fiscal es meramente 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 estatal¹⁷⁹

5). referente al elemento Subjetivo esto es sobre la Conducta Dolosa Desplegada por la DRA HELGA JOHANNA RIOS DURAN, la defensa menciona en primer lugar que hoy por hoy no está permitido excluir de manera sesgada al delegante por los hechos de su delegación, pues en este subsiste la responsabilidad de vigilar o dirigir los actos, pues en este subsiste la responsabilidad de vigilar y dirigir los actos delegados, por otra parte debió ser un indicativo para vincular al delegante por el hecho de la delegación de la contratación , los constantes fallos disciplinarios en los cuales se llamó a quien delegó para responder por los actos del delegatario , tales como el caso de Ivan Moreno Rojas y Fernando Vargas en Bucaramanga. De igual manera aduce que la única explicación que concibe para que se hubiera excluido al delegante esto es al Dr Héctor Moreno Galvis de la responsabilidad de su delegación , es que su defendida fuera la única Gestora Fiscal que actuó dentro del proceso contractual excluyendo la defensa esta posibilidad dado que se encontró probado que más personas intervinieron en todas las etapas Contractuales, edificándose con ello una falsa motivación del acto administrativo sometido a recurso de reposición. Con relación al cargo planteado es importante traer a colación la jurisprudencia de la Corte Constitucional que señala lo siguiente *“La responsabilidad fiscal que se declara en el proceso es esencialmente patrimonial y no sancionatoria, toda vez que tiene una finalidad exclusivamente reparatoria, en cuanto persigue la*

¹⁷⁸ Corte Constitucional Sentencia C- 373 de 2002

¹⁷⁹ Corte Constitucional Sentencia C-077 de 2007

*indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado al Estado*¹⁸⁰ significa entonces que desde el punto de vista administrativo el objetivo del proceso es resarcir el perjuicio causado a través de una multa que se le impone al responsable por lo anterior no se extiende la solidaridad al delegante puesto quien realizó acciones pertinentes para la ejecución del gasto público fue la delegante es decir quien tenía la capacidad para comprometer el fisco fue la Dra. Helga Johanna , así mismo si con una persona es suficiente para recuperar dicho detrimento patrimonial , no es necesario vincular a otras personas independientemente si actuaron o no dentro del proceso contractual, ahora bien si existe una corresponsabilidad fiscal, quien restablece el perjuicio causado al patrimonio del Estado puede ejercer la acción de repetición contra quienes considere responsables.

6).Por otra parte señala la defensa que no existe Fundamento para Afirmar que la doctora HELGA JOHANNA RIOS DURAN actuó con Voluntad para transgredir los principios de la función administrativa y de la Contratación Estatal (la cual recalca la defensa no son conocidos por ella) ya que tal como consta en el proceso su actuar se encaminó a acoger lo que le señaló un informe técnico y un concepto Jurídico , las cuales le dijeron se necesita esto entonces haga esto y aprobaron la minuta Contractual .

Sobre este punto es pertinente extraer parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que define el Dolo y sus clasificaciones específicamente en la administración pública y en los procesos de responsabilidad Fiscal “ *Caben varias clasificaciones del dolo, pero la más importante distingue entre dolo directo, que comprende aquellos casos en que el autor quiere intencionalmente el resultado representado en su mente, y es el más frecuente, y dolo eventual, referido a aquellos supuestos en que el agente se representa como probable la producción del resultado y, aunque no lo quiere directamente, acepta la*

¹⁸⁰ Corte Constitucional Sentencia C -382 DE 2008 : MP Jaime Araujo Renteria

probabilidad de que acontezca”.¹⁸¹. Sobre este punto cabe agregar que la Dra. Helga Joanna tuvo Conocimiento del contenido de la Agenda 2012 antes de iniciarse la etapa precontractual, según como consta en los documentos suscritos por el representante legal, de igual manera de acuerdo al testimonio del señor Jorge Enrique Reyes parra, Representante Legal del Contratista manifestando que la DRA HELGA conoció el diseño litográfico conocido como *manchote* un ejemplar de iguales características a las agendas objeto del contrato impreso a laser, significando entonces que la Dra. Helga Joanna aunque no quería causar el daño directamente conoció y tuvo la oportunidad de prevenir el resultado, aceptando la probabilidad de que aconteciera.

7. Respecto al último de sus elementos esto es el NEXO CAUSAL, considera el Dr. Zapata, que a diferencia de lo que se consignó en la resolución SC 000005 de 5 de Junio de 2013, su defendida no tuvo la oportunidad de conocer anticipadamente el alcance o los efectos que produciría el Contrato No 531 de 2011 ya que además de no tener conocimientos en estrategias publicitarias, la Dra Helga atendió el Concepto de una persona Experta en estos temas además de considerar que era una estrategia de 10 que estaban encaminadas a lograr el mismo objetivo.

La ley 610 de 2000 específicamente en su artículo 5 aplica la teoría dogmatica, al consagrar como tercer elemento de la culpa atribuible a una persona que realiza Gestión fiscal¹⁸²

La conducta dolosa se encuentra demostrada en la forma que se mencionó atrás, esto es que la Dra. HELGA JOHANNA RIOS DURAN Tuvo Conocimiento en la etapa precontractual de una agenda ejemplar con todo el diseño litográfico aunque no quería causar el daño directamente conoció y tuvo la oportunidad de

¹⁸¹ Corte Constitucional Sentencia C 840 de 2001

¹⁸² ROMERO, CALVO. Diana. La responsabilidad Fiscal. Tesis de grado. Bogotá. Universidad de la Sabana. 2001

prevenir el resultado, aceptando la probabilidad de que aconteciera, Asimilando su conducta al dolo eventual esto es suscribir un contrato como modalidad de prestación de servicios para la adquisición de mil agendas publicitarias no siendo el tipo de contratación indicado para lograr el objetivo primordial, esto es lograr el cambio de imagen de la administración ante la comunidad con la adquisición de 1000 agendas publicitarias, por lo anterior se transgredió el principio de eficiencia y eficacia , principio que rige la función administrativa y que debe armonizarse al momento de endilgar una responsabilidad Fiscal , por consiguiente se configuro un daño patrimonial al Estado como producto de violación al principio de eficiencia y eficacia en la contratación estatal pues de acuerdo al acervo probatorio y a las reglas de la experiencia, mil agentas publicitarias no lograrán cambiar la imagen de la comunidad respecto al mal manejo de la administración de un alcalde durante 4 años de periodo , contribuyendo al despilfarro del patrimonio por valor de cuarenta millones ciento noventa y cuatro mil ciento treinta y siete pesos (\$ 40.194.137,11)

Anexos D. Análisis Del Recurso de Reposición y Subsidio de Apelación Interpuesto por el Abogado del Señor Rodrigo Zambrano Pinto (Gerente de la EMAB. S.A E.S.P) En Contra de la Resolución Por la Cual Lo Declara Responsable Fiscal, recurso interpuesto el día 29 De Julio De 2013

HECHOS

EL SEÑOR RODRIGO PINTO ZAMBRANO se desempeñó como Gerente de la EMAB S.S. ESP durante el periodo comprendido entre el 03 de enero de 2001 al 23 de mayo de 2003, dentro de este periodo omitió implementar un sistema de gestión ambiental de residuos sólidos de la EMAB S.A ESP por lo que posteriormente la CDMB sancionó a la EMAB S.A ESP, Pagándose dicha sanción en el año 2006.

Por lo Anterior la Contraloría Municipal de Bucaramanga mediante resolución DECLARÓ responsablemente Fiscal al señor Rodrigo Zambrano quien ejercía como gerente de la EMAB S.A E.S.P para la época de los hechos.

EL Dr. Fabián Rolando Méndez Cáceres actuando como apoderado del señor Rodrigo Zambrano interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión contenida en la resolución por la cual declara responsabilidad fiscal al Dr. Rodrigo Zambrano pinto

FUNDAMENTOS EN QUE SUSTENTA EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN

1) DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

Aduce la defensa que el señor Sub contralor de Bucaramanga al momento de proferir el fallo de responsabilidad fiscal, efectuó un análisis del artículo 9 de la ley 610 de 2000 , para efectos de sustentar la No declaración de la caducidad de la acción fiscal, contrariando el ordenamiento jurídico específicamente resalta que el

ad quo hizo referencia al artículo 9 de la ley 610 de 2000 ,señalando que solo es posible aplicar el termino de caducidad establecido a partir de la fecha que se causó el daño es decir el año 2006 , fecha en la cual se canceló la sanción de la CDMB y no es desde el momento que se estructuraron los hechos generadores de dicho daño, conductas que datan de 2001 y 2002.

En ese sentido dicha interpretación constituye un objeto de debate asunto para el señor apoderado pues de conformidad con el ordenamiento se considera que el termino de caducidad de la responsabilidad fiscal debe contabilizarse a partir de la fecha en que se cometieron los hechos que ocasionaron el supuesto daño patrimonial; no obstante , el señor Sub Contralor municipal de Bucaramanga estimó durante el curso de proceso que el mismo debió a empezar a contarse solo desde el momento del desembolso del dinero que ocasionó dicha sanción es decir a partir del año 2006.

De igual manera enfatiza la defensa que de acuerdo al artículo 9 de la ley 610 de 2000 la prescripción debe contarse a partir de la fecha de la ocurrencia de los hechos que ocasionaron el HECHO GENERADOR DEL DAÑO DEL PATRIMONIO DEL ESTADO significa entonces según el actor seria a partir del AÑO 2001 Y 2002 fecha en que se omitió presentar el sistema de gestión Ambiental de residuos Sólidos de la EMAN S.A E.S.P y no desde el año 2006 fecha en que se realizó el pago de la sanción interpuesta por la CDMB a la EMPAS, por lo anterior reitera que es desde el hecho generador del daño (año 2001 y 2002) en que debe empezar a contabilizar el termino de cinco años dentro del cual debe proferirse providencia en firme que declare la responsabilidad fiscal so pena que opere la caducidad de esta.

2) VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA POR FALTA DE PRONUNCIAMIENTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS EN EL ESCRITO DE DESCARGOS.

Aduce la defensa una vulneración al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la constitución política , materializándose dicha violación, en razón a que en el Juicio Fiscal no se hizo ningún tipo de análisis frente a esa garantía constitucional , puesto que no se practicaron las pruebas solicitadas .

Lo anterior teniendo en cuenta que en el escrito que se corre traslado al auto de apertura de la acción fiscal se solicitó la práctica de la siguientes pruebas :

De oficio

- Se sirva oficiar a la CDMB, la fecha exacta que la EMAB S.A ESP, Pcedió a presentar el sistema de Gestión Ambiental, de acuerdo al requerimiento efectuado mediante la Resolución No 00547 del 17 de Agosto de 2001 y demás documentos en ocasión de dicho requerimiento
- Se sirva oficiar a la CDMB, con el fin que informe las prorrogas otorgadas a la Emab s.a ESP, con el fin de la presentación y la implementación del sistema de Gestión Ambiental
- TESTIMONIALES
- Se sirva decretar y practicar los siguientes testimoniales, con el fin de que expongan sobre los hechos que ocasionó la presente investigación
- JAIRO SALCEDO , quien puede ser ubicado en las instalaciones de la EMAB S.A ESP o por conducto del suscrito
- Aristubulo Merchan Villareal, quien puede ser ubicado en la carrera 11 C No 23-20, casa No 6 Barrio los rosales, Floridablanca.
- En este orden de ideas manifiesta las defensa que el señor Sub Contralor de Bucaramanga se abstuvo de conceder tanto a mi poderdante en la indagación preliminar, como en los argumentos de defensa contra las imputaciones

efectuadas en el Auto de imputación de responsabilidad fiscal, el derecho a la práctica de pruebas encaminadas a esclarecer los hechos materia de la investigación, violando los principios universales de derecho de defensa , publicidad y contradicción.

3) DE LA AUSENCIA DE DOLO O CULPA EN LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR MI PROCURADOR DURANTE EL PERIODO QUE SE DESEMPEÑO COMO GERENTE DE LA EMAB S.A ESP

Señala la defensa que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1 de la ley 610 de 2000 que determina que 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 esta causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño patrimonial al Estado.”* En atención al ejercicio de sus funciones que tenía el señor Rodrigo Zambrano pinto para la época de los hechos como gerente de la EMAB S.A.E.S.P alega la defensa que NO EXISTE PRESUPUESTO sustancial, para analizar la existencia de responsabilidad la cual se origina cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables y para el caso en concreto de acuerdo a los estatutos como gerente , no tienen una vinculación funcional con la elaboración, implementación y funcionamiento del sistema de gestión ambiental de la Empresa vigencias de 200 y 2007 y en consecuencia la posible responsabilidad que se pueda generar , si diera lugar a ella, no es condigna de un proceso de responsabilidad fiscal, de igual manera si se partiera de la existencia del presupuesto sustancial es necesario tener en cuenta los elementos consagrados en el artículo 5 de la ley 610 de 2000, es decir Conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal

ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES

De conformidad con los planteamientos hechos en el recurso de reposición se realizara un análisis de los cargos señalados por la defensa en concordancia con la Jurisprudencia de las altas cortes :

1) CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL

Siendo el caso a enfatizar es necesario determinar y aclarar las diferencias entre el proceso fiscal y el proceso disciplinario

La corte constitucional en sentencia C- 077 DE 2007 hace énfasis en las diferencias y semejanzas entre el proceso de responsabilidad fiscal y el proceso disciplinario *Considerando "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. 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 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."*

El derecho disciplinario pretende *garantizar "la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo" (Sent. C-341 de 1996), cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de "igualdad, moralidad,*

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional.

La Corte ha precisado igualmente que en materia disciplinaria, *la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones (Ibídem). De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas(C-373 de 2002).*

Así las cosas es preciso aclarar que tratándose del hecho generador del daño que aduce el actor, cuando el señor gerente de la EMAB. S.A E.P , durante el periodo comprendido entre el 3 de enero del 2001 al 23 de mayo de 2002 , actuó de manera omisiva al no presentar dentro del término estipulado el sistema de gestión ambiental de residuos sólidos de la EMAB S.A ESP, siendo esta la conducta que conllevó a una sanción posterior por parte de la CDMB , no puede desde el proceso de responsabilidad fiscal examinarse esta conducta , ya que dicho éste proceso no tiene como fin asegurar el cumplimiento de deberes funcionales puesto que esas faltas solo le competen al derecho disciplinario quien es el competente para valorar la inobservancia de normas positivas en cuanto a ella implique el quebrantamiento del deber funcional , esto es el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas.¹⁸³ ahora bien el fin del proceso de responsabilidad fiscal como se ha recalcado varias veces por las altas Cortes es la 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.

183 Corte Constitucional sentencia C 077 DE 2007

En este caso es a partir del pago de la sanción establecida en una resolución expedida por la CDMB como sanción, que existe y se determina el manejo irregular de los bienes que conllevan a configurar un daño patrimonial al Estado, de igual forma la conducta si bien es necesaria para que se configure uno los tres elementos en aras de declarar responsablemente fiscal a un servidor público o particular, no es dicha conducta omisiva en sí misma la que debe analizarse únicamente como aduce el actor, dicha omisión no le interesa al derecho fiscal, por el contrario atendiendo al carácter resarcitorio de la Responsabilidad Fiscal es a partir del daño en que se debe empezar a realizar una investigación por parte del Ente fiscal, tal y como lo reitera la Sección primera de la sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado *''Solo Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño (...) En armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al patrimonio del Estado y la cuantía''*¹⁸⁴

Por lo anterior no prospera el cargo del actor al aducir que debió iniciar la investigación y por ende empezar a contar los términos de prescripción en la época en que se omitió la presentación del sistema de gestión ambiental de residuos sólidos de la EMAB S.A ESP, dentro del término estipulado, puesto que se observa por parte de la Jurisprudencia la Importancia que tiene el daño como elemento de estudio en la Responsabilidad Fiscal, donde una vez probado el Daño se pueden empezar a probar los demás elementos como la conducta, en esta

184CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E) Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación numero: 25000-23-24-000-2001-00064-01

caso dicha investigación debe iniciarse es a partir del pago de la sanción a la Corporación puesto que es donde se deduce la Existencia de un daño al patrimonio Público

2) VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA POR FALTA DE PRONUNCIAMIENTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS EN EL ESCRITO DE DESCARGOS.

Respecto al segundo hecho , en lo que concierne a la violación al debido proceso cuando el ente investigador se abstiene de decretar pruebas en la etapa de Indagación preliminar este despacho explica que la indagación preliminar no forma parte del proceso de responsabilidad fiscal, tampoco es obligatorio de las contralorías realizar una indagación preliminar siempre y cuando se verifiquen los requisitos indicados en el artículo 39 de la ley 610 de 2000 de lo contrario es deber de la contraloría verificarlos dentro de los 6 meses siguientes de otro modo deberá expedir un auto de Archivo¹⁸⁵ por lo anterior se deduce que dicha etapa no forma parte del proceso de responsabilidad fiscal y el mismo se inicia formalmente solo a partir de la expedición del auto de apertura , significa entonces que en la indagación preliminar no es el momento procesal para solicitar , ni aportar pruebas, tampoco para ejercer el derecho de defensa.

Respecto al tema de la negación de las pruebas dentro del auto de imputación que corre traslado

Cabe traer a colación “el principio Estoppel” que de acuerdo a pronunciamientos del Consejo de Estado, consiste en que cuando una parte al adoptar una determinada posición la cual produce efectos Jurídicos no puede venir a alegar posteriormente que la misma es contraria a sus intereses, porque ello viola la regla general de que las partes deben ajustar su comportamiento al principio de buena

¹⁸⁵ Corte Constitucional Sentencia C 840 de 2001

fe ¹⁸⁶ . ahora bien el señor Sub Contralor tomó una decisión de negar la solicitud de pruebas y contra esta decisión se brindan los recursos que la ley 610 otorga específicamente en su artículo 24 precisando que en contra de la decisión de denegar total o parcialmente las pruebas solicitadas o allegadas contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación , se evidencia que no se interpusieron dichos recursos en el momento procesal oportuno , esto es dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la decisión por estado, por lo anterior el despacho entiende que el investigado estaba de acuerdo, es decir consintió en la posición que adoptó la administración y después no puede asumir una decisión contraria por que se encontraba conforme al no interponerlos.

3) DE LA AUSENCIA DE DOLO O CULPA EN LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR MI PROCURADOR DURANTE EL PERIODO QUE SE DESEMPEÑO COMO GERENTE DE LA EMAB S.A ESP

Respecto al tercer cargo promovido por el actor cabe resaltar que Se ha reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que la Gestión fiscal no solamente implica ordenar el Gasto o ejecutar el presupuesto público de acuerdo a lo expresado por la Corporación en lo siguiente *"por lo tanto, la responsabilidad fiscal no solo deriva por los daños patrimoniales causados al patrimonio público por un agente público o privado , en ejercicio de actos de gestión fiscal, por un comportamiento directamente dañino (sustracción , degradación o pérdida del bien público) sino también por gestiones ineficientes antieconómicas que deriven de una lesión patrimonial"* ¹⁸⁷ en este caso la imposición de una multa impuesta por un agente externo ocasional el daño patrimonial a la Entidad es resultado de una gestión ineficiente y antieconómica causada por el señor gerente de la EMAB Rodrigo Zambrano al omitir presentar dentro del término estipulado el sistema de

¹⁸⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) Radicado número: 25000-23-24-000-2007-00209-01 del 3 de noviembre de 2011 CP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta

¹⁸⁷ Corte constitucional sentencia C 840 de 2001 Mp Arajo Renteria Jaime

gestión ambiental de residuos sólidos de la EMAB S.A ESP cuando ejercía como Gerente.

Hechas las consideraciones anteriores no prospera el Cargo que aduce la defensa esto es que no existía el presupuesto sustancial al momento del pago de la sanción a la CDMB por parte de la EMAB.S.A.ESP en virtud de que el hecho no tenía relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos.

Anexos E. Análisis del fallo de tutela del diez (10) de octubre de 2013 del juzgado octavo civil municipal a favor de la Contraloría Municipal De Bucaramanga E Interpuesto Por Proactiva Chicamocha S.A Esp

**JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA FALLO DE
TUTELA DEL DIEZ (10) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE**

Proc: Acción De Tutela

Rad: 2013-00613

Accionante: Proactiva Chicamocha S.A EPS

Accionado: Contraloría Municipal De Bucaramang

Hechos

5) mediante auto de 6 de junio de 2012, La Contraloría Municipal de Bucaramanga, ordenó la apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal No 3235, por el daño Fiscal Ocasionado a la EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A ESP; posteriormente, por auto de 13 de noviembre de 2012, vinculó Como demandados en dicho proceso, como presuntos responsables a la EMPRESA DE ASEO CHICAMUCHA S.A EPS, por el presunto daño fiscal ocasionado a la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A ESP en Cuantía de \$ 364.313.591, en virtud de que ejercía como Interventor del Contrato No 048 de 2012

6) De igual manera mediante Auto de 17 de junio de 2013, se decretaron medidas cautelares, concretamente, el embargo para la empresa de ASEO CHICAMUCHA ESA, por lo que el 13 de Agosto de 2013, se realizó consignación a nombre de la CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA por valor de \$ 546.470.386, Advirtiendo que contra ese acto administrativo no proceden recursos ante el ente de control.

7) Por lo anterior el investigado interpuso acción de tutela por violación al Debido proceso en contra del acto administrativo que decretó las medidas cautelares considerando que la ley 610 de 2000 no contempla los mecanismos de defensa como el recurso de reposición y apelación en contra del mencionado Auto , de igual manera alega el Auto no fue motivado por parte de La Contraloría Municipal de Bucaramanga , no estimando el por qué se estima procedente aplicar dicha medida cautelar por valor muy superior al supuesto daño Fiscal que se señalo en el auto de apertura de investigación

8) en primera instancia señaló que no se tuvo en cuenta que PROACTIVA CHICAMOCHA S.A ESP, no recibe, ni administra los dineros por concepto por subsidios y contribuciones, solo recibe los conceptos de aseo que efectivamente presta. Con ello precisa que el administrador de justicia no tuvo argumentos de fondo para establecer que la empresa accionante maneja recursos públicos, si la prestación de un servicio es función administrativa, pues en este último caso también se determina que las empresas que prestan un servicio público puedan o no ser sujetos de control fiscal o disciplinario por parte de las entidades correspondientes.

DE LA SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA

La Contraloría Municipal de Bucaramanga se opone a las pretensiones y solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela, Aduciendo que existen otros mecanismos de defensa estipulados en la ley 60 de 2000 específicamente en sus artículos 36 y 38 señalando que existen otros mecanismos idóneos para hacer valer sus derechos y evitar la presunta vulneración que alega dentro del proceso de responsabilidad Fiscal.

Mediante el fallo del 4 de septiembre de 2013 el Juzgado de primera instancia resolvió negar por improcedencia el amparo de los derechos fundamentales al

debido proceso aducidos por el accionante, considerando que dispone de otros mecanismos de defensa Judicial.

Por lo anterior el representante legal de **PROACTIVA CHICAMOCHA S.A EPS** Impugnó el fallo, trayendo todo lo manifestado y argumentando en su fallo de tutela los aspectos atrás mencionados sustentando la inconformidad contra la decisión del AD QUO. Alegando que la acción de tutela es procedente cuando exista inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad frente a la necesidad de proteger a una persona frente a sus derechos fundamentales

CONSIDERACIONES

El despacho realiza un estudio referente al mecanismo de Tutela que brinda el artículo 86 de la Constitución política, de igual manera trae a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional precisando sobre el derecho fundamental al debido proceso lo siguiente *“ el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual Conducta Abusiva que pueda asumir la autoridad que ocnoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud y como garantía al respeto de dichos principios el proceso se institucionaliza y se normatiza mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias.”*¹⁸⁸

Respecto al debido proceso en las actuaciones por responsabilidad fiscal trae a colación la Sentencia SU 620 de 1996 indicando *“ 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*

¹⁸⁸ Corte Constitucional Sentencia C- 214 del 28 de abril de 1994)

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.'"

Respecto al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela

Indica que en el Decreto 2591 de 1991 específicamente en su artículo 6 Numeral 1 se señala que la acción de tutela no procederá cuando existan otros recursos o medios de defensa Judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de igual manera señala que la Corte Constitucional ha expresado que el perjuicio irremediable se considera de conformidad con las circunstancias del caso en particular, este sea cierto e inminente, y grave desde el punto de vista del bien o interés Jurídico que lesionaría y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado además de urgente atención, o sea necesario e inaplazable su prevención para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irremediable. Entonces si se constata la eminente ocurrencia del perjuicio irremediable y exista otro mecanismo de defensa judicial, la tutela procederá como mecanismo transitorio para evitar la consumación del perjuicio.

Ahora bien, la corporación realiza un estudio de los requisitos generales que se deben observar para la procedencia de la acción de tutela:

- f) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, advirtiendo que el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional
- g) que la persona afectada haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que estén a su alcance
- h) que se cumpla el principio de inmediatez, esto es interponer la tutela en un termino razonable
- i) que se trate de una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo y determinante en la sentencia y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora
- j) que la parte actora identifique en forma razonable, los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, cuya vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial cuando ello sea posible.

Por lo anterior el Juzgado procede a analizar el caso en concreto:

Aduce el despacho que el auto que decreta medidas cautelares emanado del ente investigador no tiene connotación de acto administrativo, pues que tan solo la decisión final esto es, la resolución sancionatoria o absolutoria, alcanza el rango de acto administrativo, siendo estos últimos, los que tendrían lugar en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así mismo, según el acervo probatorio el despacho afirma que las circunstancias del accionante no se encuentran ante un perjuicio irremediable del accionante que se le haya causado a la empresa PROACTIVA S.A E SP, además que como ya se concretó, no existe aun acto administrativo, para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que tampoco es procedente hablar de tutelar derechos de manera transitoria

Conforme lo anterior , la tutela contra los autos citados, si bien es cierto, como lo informa la Entidad Accionada, no proceden los recursos de reposición y apelación, bien puede interponerse la respectiva solicitud de nulidad contemplada en los artículos 36 y 38 de la citada ley 610 de 2000, con fundamento en los argumentos en la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso , esgrimidos en esa acción constitucional, situación que no informa la foliatura haya interpuesto la parte accionante ante el Juez natural.

En conclusión el despacho manifiesta que accionante contó con la posibilidad de iniciar otros mecanismos de defensa como el de nulidad mencionada anteriormente por lo que se impide la injerencia del Juez Constitucional en estos asuntos, así mismo no está obligado el despacho a proferir consideraciones sobre los cargos planteados y argumentos expuestos .

En vista de los planteamientos hechos el Juzgado octavo civil de Bucaramanga confirma la decisión de primera instancia, de denegar acción de tutela por improcedente.