

**CONTENIDO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN EL
MUNICIPIO DE PASTO**

YERALDINE ELIZABETH CADENA VACA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2011**

**CONTENIDO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN EL
MUNICIPIO DE PASTO**

YERALDINE ELIZABETH CADENA VACA

**Trabajo de investigación para optar al título de Especialista en Derecho
Administrativo**

Dra. CARMEN MARINA LUNA MORA

Asesora

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO**

2011

**Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de
responsabilidad exclusiva de sus autores.**

**Artículo Primero del Acuerdo 324 de Octubre 11 de 1966, emanado del
Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.**

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DE JURADO

JURADO

JURADO

San Juan de Pasto, Febrero de 2011

Dedico este trabajo a las personas que realizan esta labor de investigación en este tema tan especial como es la Responsabilidad Fiscal

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios por que ha sido mi respaldo constante y me ha permitido culminar exitosamente de este logro.

A mis padres que me ha formado y encaminado por sendas de rectitud y responsabilidad. Gracias por su esfuerzo y lucha constante por el apoyo incondicional durante el transcurrir de mi carrera.

Y gracias al destino que permitió el ingreso a la Contraloría.

GLOSARIO

SUJETOS DE CONTROL: entidad o persona sujeta de fiscalización y por lo tanto con la responsabilidad de rendir cuenta sobre los resultados de su gestión a las Contralorías. Estos sujetos de control están definidos por resolución.

SUJETOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL: personas naturales obligadas a responder pecuniariamente por el correcto manejo de los bienes y los fondos públicos.

RESPONSABLES FISCALES: personas naturales o jurídicas que, como consecuencia de una actuación administrativa adelantada por las contralorías, deben resarcir al Estado el daño ocasionado por su ineficiente gestión fiscal.

RESPONSABILIDAD FISCAL: declaración jurídica en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que se ha realizado, y que está obligado a reparar el daño causado al erario, por su conducta dolosa o gravemente culposa.

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.

HALLAZGO: toda situación irregular encontrada durante el proceso de una auditoría.

HALLAZGO FISCAL: todo hallazgo administrativo en el que se tipifica que los servidores públicos o los particulares han realizado una gestión fiscal deficiente, contraria a los principios establecidos para la función, que han producido un presunto daño patrimonial al Estado.

INDAGACIÓN PRELIMINAR: procedimiento que se caracteriza por ser extraprocesal, y tiene por objetivo 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 a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.

DETRIMENTO PATRIMONIAL: lesión al patrimonio público.

DAÑO PATRIMONIAL: se entiende por daño patrimonial al Estado, la lesión del patrimonio representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión antieconómica e ineficaz que en términos generales no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado.

DEBIDO PROCESO: sometimiento de todas las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas, en cuanto a los efectos que produzcan sobre el interés particular, a las formalidades preestablecidas por las normas jurídicas. Tiene como finalidad la protección de las garantías consignadas en las normas. Es una característica esencial del estado de derecho.

RESUMEN

Dentro de la lucha contra el fenómeno de la corrupción, el Constituyente Colombiano en 1991, impulsó dentro de la reforma de aquel año, el fortalecimiento de los órganos de control y cambió en parte la concepción de los mismos. En ese marco y dentro del Título X de la nueva Carta Política, la Contraloría General de la República.

En principio, cabe señalar que todo tipo de control tiene el propósito de vigilar, observar, comprobar y eventualmente sancionar que los diferentes organismos del Estado desarrollen o cumplan con las funciones que se han definido para cada uno de ellos en la Constitución.

El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto; cuya labor principalmente corresponde a la Contraloría General de la República, que se encarga de la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación. Este control se ejerce de manera posterior y selectiva conforme a lo que señale la ley.

ABSTRAC

In the fight against the phenomenon of corruption, the Colombian Constitutional in 1991, promoted under the reform of that year, the strengthening of supervisory bodies and partly changed the conception of them. In this context and under Title X of the new Constitution, the Comptroller General of the Republic.

In principle, it should be noted that any type of control is intended to monitor, observe, test and eventually sanction the different State agencies develop or fulfilling the roles that are defined for each of them in the Constitution.

Fiscal control is a public function exercised by autonomous bodies established by the Constitution with that very object, whose work mainly corresponds to the Comptroller General of the Republic, which is responsible for monitoring the fiscal management and administration of private or entities that manage funds or assets of the nation. This control is exercised at a later stage and selective as to what is stipulated by law.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	14
CAPITULO I	15
ANTECEDENTES	15
CAPITULO II	29
ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL	29
2.1 ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD FISCAL	32
2.1.1 Daño como elemento de la responsabilidad fiscal	32
2.1.2 Daño patrimonial del Estado	33
2.2 DOLO O CULPA GRAVE DEL GESTOR PÚBLICO	41
2.3 RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO Y LA CULPA	44
CAPITULO III	46
EL CONTROL FISCAL	46
3.1 ASPECTOS GENERALES DEL CONTROL FISCAL	47
3.2 GESTIÓN FISCAL	50
3.3 PRINCIPIOS RECTORES DE LA GESTIÓN FISCAL	51
3.3.1 Eficiencia	52
3.3.2 Eficacia	52
3.3.3 Equidad	53
3.3.4 Economía	53
3.4 VALORACIÓN DE COSTOS AMBIENTALES	54
3.5 CRITERIOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD FISCAL	57
3.5.1 Culpa leve	64
3.5.2 Dolo	67
3.5.3 Obrar con desviación de poder	68
3.5.4 Culpa grave	68

3.6 PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	73
3.7 CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	73
3.7.1 Inicio del proceso de responsabilidad fiscal	74
3.7.2 Trámite a partir del auto de apertura	74
3.7.3 Requisitos del auto de apertura	75
3.7.4 Notificación del auto de apertura	75
3.7.5 Comunicación del auto de apertura	76
3.7.6 Práctica de pruebas y defensa del implicado	76
3.7.7 Decisión	77
3.7.8 Auto de imputación de responsabilidad fiscal	77
3.7.9 Notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal	77
3.7.10 Traslado	78
3.7.11 Decreto y prácticas de pruebas	78
3.7.12 Término para proferir fallo	78
3.7.13 Fallo con responsabilidad fiscal	79
3.7.14 Contenido del fallo con responsabilidad fiscal	79
3.8 GRADO DE CONSULTA	80
3.9 EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS	81
3.10 CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL	81
3.11 NULIDADES EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	82
3.12 IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES	82
3.13 CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL	82
3.14 SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS	83
3.15 UNIDAD PROCESAL Y CONEXIDAD	83
3.16 MEDIDAS CAUTELARES	83
CAPITULO IV	84
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL ADOPTADO POR LA CONTRALORÍA MUNICIPAL DE PASTO	84
4.1 INDAGACIÓN PRELIMINAR	84

4.1.1 Descripción del procedimiento	84
4.1.2 Responsables	85
4.1.3 Documentos relacionados	85
4.1.4 Diagrama de flujo	86
4.2 PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	87
4.2.1 Descripción del procedimiento	87
4.2.2 Responsables	91
4.2.3 Documentos relacionados	91
4.2.4 Diagrama de flujo	92
4.3 MOTIVOS QUE ORIGINAN LA ACCIÓN FISCAL EN EL MUNICIPIO DE PASTO	95
CAPITULO V	96
PROPUESTA	96
CAPITULO VI	103
NOVEDADES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL SEGÚN EL PROYECTO DE LEY ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN	103
CONCLUSIONES	106
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución de 1991 surgió la necesidad de que todas las actuaciones de las autoridades públicas se supediten al principio del debido Proceso. Teniendo en cuenta la definición que plasma la C-339 de 1996, el debido proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos. El incumplimiento de las normas legales que rigen cada proceso administrativo o judicial genera una violación y un desconocimiento del mismo. El artículo 29 del ordenamiento constitucional lo consagra expresamente “para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”.

El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

Por su parte el proceso de responsabilidad fiscal está definido por la ley 610 de 2000, como el “conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. En acatamiento a la exigencia constitucional el artículo 2º de la Ley se expresa que en el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

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

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

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

un proceso de poco conocimiento en los aspectos jurídico y social, siendo su fin último buscar que las arcas del Estado no se debiliten o empobrezcan a causa de una ineficiente gestión.

En el desarrollo de las diversas comunidades sociales y en la medida que el ser humano se organiza y crea instituciones públicas, ha visto necesario desarrollar el control fiscal, que tiene en cuenta desde el mismo origen de las instituciones y envuelve una larga serie de aspectos que se incorporan, en el caso de Colombia, en la perspectiva de la nueva carta política, modificándose y perfeccionándose paulatinamente, hasta convertirse hoy en día en parte fundamental de la acción social del control popular de los recursos de inversión, y con la consecución de la normatividad específica como lo es la Ley 610 de 2000, que establece el trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal de competencia de las Contralorías. Hoy entonces, se mira con distinta óptica, las relaciones del Estado con el constituyente primario (el ciudadano), con los servidores públicos y con las entidades territoriales.

Si se observan las entidades que hoy ejercen el Control Fiscal no nacieron por ideas burocráticas, políticas ni entorpecedoras de la administración pública, como muchos la conciben, sino por la necesidad de crear un organismo que coadyuve al poder ejecutivo en su labor de fiscalizar el desarrollo del gasto público. Las diversas normas jurisdiccionales como la ley 42 que trata sobre la “organización del sistema de control fiscal, financiero y de los organismos que lo ejercen” y en especial la ley 610 de 2000 por la cual se “establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías” en referencia a la investigación y el juicio fiscal, con el fin de aplicar estos conceptos en miras a la creación de una guía para el usuario que contenga las garantías y los principios aplicables; es decir, el debido proceso, así como la función del Estado y las acciones de responsabilidad fiscal hacia los entes estatales de los recursos del mismo.

La función del control fiscal es en sí una función pública de directa acción, pues la Contraloría General de la Nación se apoya en lo establecido en la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 267, es decir su función consiste en vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos de la nación, estos también se apoyan en diversas sentencias jurídicas de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

La Contraloría Municipal de Pasto, se creó mediante Acuerdo No 2 de 1937 expedido por el Concejo Municipal de Pasto.

Sucesivamente se emitieron las siguientes normas que regulan el funcionamiento de las Contralorías en sus diferentes niveles en las que se incluye en presente recurso la Contraloría Municipal de Pasto Ley 42 de 1993, por la cual se establece la organización del sistema de control fiscal financiero y de los organismos que lo ejercen. Decretos-Leyes 106, 598, 715, 716 y 734. Ley 272 de 2000, organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República; Ley 610 de 2000, trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, título X, capítulo 1 artículos 117, 119, 267 y 268 de la Constitución Política, Decreto 267 de 2000. D.O. 43905, por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría.

Por otra parte y como se expuso anteriormente el concejo Municipal de Pasto como Corporación Competente y Responsable de la creación de esta entidad de Control mediante Acuerdo No. 032 de Noviembre 23 de 2009, confiere facultades para establecer el manual de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Contraloría Municipal de Pasto, el cual fue adoptado por la resolución interna No. 324 del 3 de Diciembre de 2009, describiendo como funciones esenciales del Contralor Municipal, en transcripción taxativa de las funciones constitucionales y las del decreto 267 del 2000.

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

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

Dentro de este marco se examinará el contexto constitucional y legal de la responsabilidad fiscal, por lo cual se establecerán las relaciones existentes entre la gestión fiscal, la vigilancia fiscal y la responsabilidad fiscal.

Se deducirán de dicho marco constitucional las notas esenciales de la responsabilidad fiscal, permitiendo tales características diferenciar tal responsabilidad de otros tipos de responsabilidad de que puede ser objeto el gestor público.

Finalmente, es menester analizar los elementos que constituyen la responsabilidad fiscal, sin los cuales no es posible concretar tal responsabilidad.

¹ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal, 1 edición. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Para la transparencia y eficiencia en la ejecución de las finanzas públicas, el balance de poder entre las tres clásicas ramas en que éste se divide, ha arrojado resultados negativos, dando lugar al surgimiento de otros órganos con la función de control. En este sentido, la democracia y la libertad requieren de instituciones especializadas en control fiscal o disciplinario. A más democracia más controles eficaces y con más controles eficaces más democracia. Es realmente antidemocrático que los controles sean inexistentes o no funcionen plenamente. El grado de Democracia y de libertad se medirá por la existencia, representatividad y buen funcionamiento de los controles sobre el ejercicio del poder. Tal conclusión se fundamenta en numerosos ejemplos prácticos de gobierno y de Democracia.

Ese cuarto poder vendría de otras instituciones con autonomía orgánica y funcional así como de la creciente importancia como es el caso de la Corte de Cuentas, Contralorías, Auditorías, fiscalías, veedurías, oidores, defensores cívicos o del pueblo, en fin, oficinas de control que están a la orden del día para ejercer funciones en torno a la garantía de participación democrática en la toma de decisiones estatales, para superar el ejercicio personal o autocrático del poder, para defender los derechos y los intereses individuales y colectivos y desarrollar el gobierno de las leyes, en suma, para defender el interés público y en bienestar general.

Todo lo anterior, nos impone la necesidad de hacer revisión a algunos aspectos institucionales del control en Colombia, pero más que con ánimo descriptivo, la necesidad de validar la solidez y la operatividad del mismo para que la realidad y la teoría coincidan y sea efectivamente sea una herramienta de la democracia y la gobernabilidad.

La gestión fiscal hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas 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”².

Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta del gestor público guarda alguna relación 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 la actualidad no se discute que la función de comprobación, inspección, fiscalización, intervención sobre la actividad de las entidades públicas es un dispositivo necesario e indispensable para la realización de los fines esenciales del Estado. En particular, el control fiscal recae sobre la conformación y el uso que se haga del patrimonio público con ese propósito, juega en ese sentido un papel muy importante.

Lo anterior es así, por cuanto el control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura "el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado"³.

² Sentencia C-499/98 de septiembre quince (15) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

³ *Ibíd.*

El control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura "el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado".

El control fiscal ya no se ejerce a partir del análisis numérico legal del gasto público sino que ahora vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos. Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. De acuerdo con este mandato, por ser posterior se realiza una vez se hayan ejecutado las distintas operaciones, actividades y procesos que serán objeto de control, y al ser selectivo, significa que no se revisan todas y cada una de las actuaciones administrativas adelantadas por quienes realizan gestión fiscal, sino que utilizando la técnica de muestreo, se examina solamente un grupo representativo de operaciones, cuentas u otros procesos relacionados con el gasto público que, a juicio de las Contralorías, sea suficiente para extraer conclusiones sobre los asuntos atinentes al control fiscal.

La razón que motivó la proscripción del sistema de control fiscal previo en Colombia fueron los efectos perjudiciales de su implementación en el normal desenvolvimiento de la función administrativa. Con esta eliminación se pretendió erradicar la coadministración de los organismos de control, que antes de la Carta de 1991 intervenían en los procesos de contratación pública al punto de condicionar o incluso vetar la capacidad contractual de las entidades del Estado. El vicio fundamental detectado en el esquema consistía en que la intervención temprana de la Contraloría impedía la celebración de los contratos cuando quiera que se verificara el incumplimiento de los requisitos legales de contratación.

De manera tal, que la vigilancia de la gestión fiscal se ejerce de manera integral puesto que ahora incluye el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, 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 la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado. La vigilancia de la gestión fiscal incluye también el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y la valoración de los costos ambientales.

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución 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, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicán de las Contralorías Territoriales.

Necesariamente se deriva la responsabilidad fiscal del ejercicio de una gestión fiscal. La responsabilidad fiscal de acuerdo con el numeral 5° del artículo 268 constitucional únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición. No sobra recordar 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 comporten una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal.

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. Esta 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.

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° siguiente, precisa que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, resarcimiento que se logra mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense dicho perjuicio.

En el ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de responsabilidad, las cuales, aunque se rijan por principios constitucionales comunes como el debido proceso y los que regulan la actuación administrativa, son autónomas, tienen objeto, naturaleza y finalidad propias y están reguladas por sistemas legislativos diferentes⁴.

⁴ Las modalidades de responsabilidad más frecuentes a que puede dar lugar la actuación de los servidores públicos y de los particulares en los casos que señale la ley, son las de carácter penal, disciplinaria, patrimonial, política y fiscal. En la materia que ocupa la atención de la Corte, en diferentes escenarios se alude a la sujeción a los principios y fundamentos constitucionales. Así por ejemplo, durante el trámite de aprobación de la ley a la que pertenecen las normas acusadas (L. 610), se plantearon estos presupuestos en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes: "-Consagración en forma expresa del sometimiento del proceso de responsabilidad fiscal a los principios que regulan el debido proceso y a los que presiden la actuación de la administración, de manera que, de una parte, se brinden a los presuntos

Para poder diferenciar los distintos tipos de responsabilidad que recae sobre el servidor público debe tenerse en cuenta que el artículo 124 de la Constitución Política establece que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

Esta norma alberga varios preceptos fundamentales:

- Ratifica el principio básico de la responsabilidad de todo servidor público por sus actos u omisiones.
- Crea la reserva legal de la responsabilidad (por acción, omisión, y por extralimitación).
- La ley podrá configurar diversas clases de responsabilidad oficial: de naturaleza política, de carácter patrimonial de naturaleza penal y disciplinaria y responsabilidad fiscal. A cada uno de ellas corresponde diversos mecanismos de hacerlas valer, sin que se prohíba hacerlas simultáneas e independientes entre sí.

En el derecho colombiano la regla general es que las responsabilidades sean subjetivas, es decir que tengan en cuenta la conducta del individuo. Ahora, para que alguien sea condenado como responsable (independientemente del tipo de responsabilidad penal, civil, disciplinaria, administrativa o fiscal debe haber desplegado una conducta culposa o dolosa.

responsables vinculados a investigaciones y los juicios fiscales todas las garantías para el ejercicio de su derecho a la defensa y, de otra parte, las contralorías obren con celeridad, eficiencia, eficacia, economía e imparcialidad en el trámite de estos procesos, que son los mismos atributos que dichos organismos evalúan respecto de la gestión de las entidades vigiladas. (...) -Correlación entre el objeto del proceso de responsabilidad fiscal y la atribución constitucional de la cual emana su fundamento legal, establecida en el numeral 5º del artículo 267 de la Carta, en cuya virtud corresponde a los contralores establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, de manera que el establecimiento de aquélla por parte de las contralorías está referida a una indebida o inadecuada gestión fiscal de la cual se derive un daño patrimonial que afecte la hacienda pública. (...)" . En: Gaceta del Congreso No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8

De los planteamientos expuestos pueden concluirse que tanto en el proceso disciplinario como en el de tipo fiscal la responsabilidad es administrativa, toda vez que se juzga la conducta de un servidor público o de un particular que ejerce transitoriamente funciones públicas, por incumplimiento de los deberes que les están asignados o por incurrir en conductas prohibidas que afectan el buen desempeño de la función pública (proceso disciplinario) y el manejo de los bienes o recursos públicos (proceso fiscal). Pero en el proceso de responsabilidad fiscal, la responsabilidad también es patrimonial, porque como consecuencia de su declaratoria el implicado debe resarcir, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, el perjuicio patrimonial causado a la respectiva entidad.

En lo que respecta a la figura de la restitución o devolución de los bienes que dieron origen a la conducta materia de investigación, se precisa lo siguiente:

El artículo 30-2 de la Ley 200 de julio 28 de 1995 consagraba como sanción accesoria “La devolución, la restitución o la reparación, según el caso, del bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que ellas no se hayan cumplido en el proceso penal, cuando la conducta haya originado las dos acciones”. Esta norma presentaba dos inconvenientes, de una parte, ligaba el resultado del proceso disciplinario al penal, no obstante ser totalmente independientes y tener finalidades diferentes. De otro lado, no se trataba de la imposición de una sanción sino de una declaración legal que le proporcionara la calidad de título ejecutivo al fallo disciplinario y la atribución de un poder coactivo directo de la administración para el cobro del valor condenado a devolver, restituir o reparar, pero no representaba ningún valor práctico, pues conducía a la posibilidad de hacer efectivo el fallo, en este caso, ante la jurisdicción civil.

Cabe señalar que en la Procuraduría General de la Nación no aparece caso alguno en que se haya aplicado la sanción accesoria referida, ni esa entidad expidió reglamento que regule su imposición.

En la evolución de tal disposición encontramos que en materia de responsabilidad fiscal el legislador aclaró en el artículo 7 de la ley 610 de 2000⁵ el evento en que ésta se podría deducir por causa de pérdida, daño o deterioro sufrida por los bienes públicos, distintas del desgaste natural que sufren las cosas. Tal proceso procederá cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables.

Las demás causales, deberán ser investigadas disciplinaria o penalmente.

En ese orden de ideas, y de acuerdo con la precisión anterior, se puede concluir que las contralorías son las únicas que tienen la facultad, por mandato constitucional, para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, que precisamente tienen como función, determinar si hubo detrimento al erario, ordenar su resarcimiento al responsable fiscal y, si es del caso, su ejecución por jurisdicción coactiva.

Las causas que motivan la iniciación de la Indagación Preliminar y la apertura del proceso, su archivo o Imputación de Responsabilidad Fiscal en algunos periodos buscando obtener una información reciente y actualizada, ya que el proceso de Responsabilidad Fiscal se le dio una mayor connotación y organización con la Ley 610 de 2000 que establece el trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal de competencia de las Contralorías.

⁵ Artículo 7 de la Ley 610 de 2000, establece “PERDIDA, DAÑO O DETERIORO DE BIENES. En los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables.” “En los demás eventos de pérdida, daño o deterioro de este tipo de bienes, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el Código Disciplinario Único o a los delitos tipificados en la legislación penal.”

“El Control Fiscal moderno debe ir más allá, con el fin de ejercer un control con base a parámetros de evaluación que permitan controlar adecuadamente el uso de los recursos invertidos sin necesidad de coadministrar, debido a que hay entidades gubernamentales que están concebidas para lograr objetivos de política socioeconómica y la Contraloría no puede permanecer estática a estos acontecimientos”.⁶

Es de anotar, que en esta materia, como en tantos otros aspectos de nuestro ordenamiento constitucional, el país no se ha percatado aún de los cambios sustanciales que el constituyente de esa época le introdujo a la función pública del Control Fiscal. El papel de las autoridades del Control Fiscal, como el de todas las autoridades de la República, está vinculado como lo expresa el artículo 2 de la Constitución Nacional a “Asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los Particulares y del interés general”.

Algunas consideraciones importantes son las que dan lugar al contexto del problema investigado: la primera de ellas obedece a la deficiente normatividad existente que ayude a solucionar los vacíos que existen a la hora de dar aplicación al proceso de Responsabilidad Fiscal, y el segundo es la falta de difusión del

⁶ Las modalidades de responsabilidad más frecuentes a que puede dar lugar la actuación de los servidores públicos y de los particulares en los casos que señale la ley, son las de carácter penal, disciplinaria, patrimonial, política y fiscal. En la materia que ocupa la atención de la Corte, en diferentes escenarios se alude a la sujeción a los principios y fundamentos constitucionales. Así por ejemplo, durante el trámite de aprobación de la ley a la que pertenecen las normas acusadas (L. 610), se plantearon estos presupuestos en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes: “-Consagración en forma expresa del sometimiento del proceso de responsabilidad fiscal a los principios que regulan el debido proceso y a los que presiden la actuación de la administración, de manera que, de una parte, se brinden a los presuntos responsables vinculados a investigaciones y los juicios fiscales todas las garantías para el ejercicio de su derecho a la defensa y, de otra parte, las contralorías obren con celeridad, eficiencia, eficacia, economía e imparcialidad en el trámite de estos procesos, que son los mismos atributos que dichos organismos evalúan respecto de la gestión de las entidades vigiladas. (...) - Correlación entre el objeto del proceso de responsabilidad fiscal y la atribución constitucional de la cual emana su fundamento legal, establecida en el numeral 5º del artículo 267 de la Carta, en cuya virtud corresponde a los contralores establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, de manera que el establecimiento de aquélla por parte de las contralorías está referida a una indebida o inadecuada gestión fiscal de la cual se derive un daño patrimonial que afecte la hacienda pública. (...)”. En: Gaceta del Congreso No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8

control fiscal y el proceso como tal, pues como se demostrará en el desarrollo de este trabajo es uno de los mayores problemas a la hora de dar aplicación al mismo, ya que ni los responsables fiscales y muchas veces los mismos defensores, bien de oficio o por mandato no tienen la suficiente claridad de las etapas del proceso, perdiendo con esto la oportunidad de defensa en un momento determinado.

CAPITULO II

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

Ya hemos señalado que la finalidad de la responsabilidad fiscal es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga a su cargo la gestión fiscal.

Sus características esenciales son las de ser una modalidad de responsabilidad autónoma e independiente, de carácter administrativo y de contenido patrimonial o resarcitorio⁷.

Estas calidades de la responsabilidad fiscal han sido consideradas y admitidas durante los procesos de configuración legislativa y en la jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, en el informe ponencia para primer debate al proyecto de ley en la Comisión Quinta del Senado se insistió en la necesidad de otorgar un procedimiento autónomo a la responsabilidad fiscal. En esa oportunidad se dijo que “Tanto el proyecto inicial como las diversas ponencias son reiterativas en señalar la necesidad de regular de manera integral el régimen de responsabilidad fiscal, estableciendo en forma clara y precisa las reglas de procedimiento para su determinación. Sin embargo, más allá del propósito laudable de suplir los vacíos y deficiencias de la actual regulación contenida en la Ley 42 de 1993, existe una necesidad mayor: la de imprimirle identidad propia a la función fiscalizadora, de manera que la responsabilidad fiscal se consolide como una responsabilidad autónoma, con sus procedimientos propios e independientes de otros tipos de responsabilidad que existen en el ordenamiento jurídico”⁸.

⁷ Corte Constitucional. Sentencias C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸ Gaceta del Congreso No. 177 del 31 de mayo de 2000, pág. 9. Sobre estas calidades, el párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 610, establece que “La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”. Para la Corte,

Así mismo, en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se señaló lo siguiente: “No cabe duda, pues, de la conveniencia y oportunidad de esta reforma a la regulación del proceso de responsabilidad fiscal, cuyos aspectos centrales son: - Reconocimiento del carácter resarcitorio y administrativo del proceso, lo cual significa, de una parte, que, si bien la responsabilidad es personal y subjetiva, la misma no tiene carácter sancionatorio, y en tal virtud (...) la decisión con que concluya el proceso es susceptible de impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que la primera fuente normativa a aplicar en lo no regulado es, por consiguiente, el Código Contencioso Administrativo”⁹.

De otro lado, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha considerado igualmente el carácter autónomo y resarcitorio de la responsabilidad fiscal. Así por ejemplo, en la sentencia SU-620 de 1996, la Corte expresó que: “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

“La responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que haya lugar. Por consiguiente, es claro que dicho proceso no es ni puede calificarse como un proceso sancionatorio, pues tienen una naturaleza diferente. Además, éste proceso se inicia con posterioridad al fallo que se profiere en el proceso de responsabilidad fiscal, por lo que se trata de dos procesos distintos, autónomos e independientes”. Sentencia T-973 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

⁹ Gaceta del Congreso No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8. El legislador reconoce, igualmente, 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 (Art. 4º, Ley 610/2000).

reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94”.

Posteriormente, en la sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero se señaló que “Los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada. La Corte señaló entonces que los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa”¹⁰.

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.

¹⁰ En el mismo sentido en la sentencia C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett se dijo 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 se 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, 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”. Así mismo, en la sentencia C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se dijo que “la definición de naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal significa que el fallo correspondiente puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso de lo administrativo”.

2.1 ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD FISCAL

2.1.1 El daño como elemento de la responsabilidad Fiscal. El daño es un componente esencial y determinante en la responsabilidad fiscal y se puede calificar como el elemento más importante, ya que, aunque se den la conducta culposa o dolosa y el nexo de causalidad, no surge la obligación de indemnizar o reparar si no aparece claro el daño.

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 desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y 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.

Para la estimación del daño se debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por tanto, entre otros factores que se han de valorar, se debe considerar 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, se ha de establecer no sólo la dimensión de éste, sino que se debe examinar también eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, si la administración obtuvo algún beneficio.

El daño puede estar representado en la merma, deterioro, pérdida, uso indebido, sobrecostos, etcétera.

Para determinar esa responsabilidad, es necesario que se encuentren plenamente demostrados los siguientes elementos: la conducta, el daño y la relación de causalidad.

Es por tanto un elemento indispensable de la reparación, la existencia del daño. Al respecto, el profesor Juan Carlos Henao manifiesta lo siguiente "...Veamos algunas definiciones sobre el punto. Para De Cupis, "daño no significa más que conocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable"¹¹

2.1.2 Daño patrimonial del Estado. La noción de daño, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, corresponde tanto al detrimento, pérdida o menoscabo que puedan afectar a una persona en sí mismo, como a los que puedan comprometer su patrimonio.

El daño se debe relacionar con el menoscabo con el derecho, es decir, el producido con violación a una norma jurídica (antijuridicidad), y la de hacer nacer la responsabilidad de la persona, por lo que se puede definir como daño toda lesión a un interés legítimo.

El daño patrimonial es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima, así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las

¹¹ HENAO, Juan Carlos. Teoría general de la responsabilidad civil. Cuarta Edición. Buenos Aires.

lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional.

Así será el daño patrimonial, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional.

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.

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.

Se advierte 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.

Sobre este aspecto conviene preguntarnos si ¿Es admisible la inexistencia de responsabilidad fiscal cuando el daño patrimonial al erario se ha ocasionado entre dos o más entidades públicas? Aclarando en este punto que responsabilidad recae en los representantes legales de cada entidad.

Frente al daño patrimonial, uno de los aspectos que ha revestido amplia discusión es la consideración de su existencia como generador de responsabilidad fiscal cuando el mismo se produce entre dos o más entidades públicas. Varios ejemplos permiten ilustrar la situación planteada:

- Cuando una entidad no presenta oportunamente la declaración de retenciones en la fuente y como consecuencia de ello debe pagar unos intereses de mora y una sanción por extemporaneidad a favor de la DIAN, y, en general, cuando existe mora o inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones tributarias frente al Estado y ello da lugar al pago de intereses y sanciones.
- Cuando se produce una reclamación de un mayor valor generado en la ejecución de un contrato interadministrativo, y la otra parte, sin necesidad de que se recurra a las instancias judiciales o alternativas de solución de conflictos, lo que daría lugar al ejercicio de la acción de repetición y no al proceso de responsabilidad fiscal, atiende y paga la reclamación del otro contratista.
- Cuando la entidad estatal, frente a los plazos pactados para el efecto en el contrato, se retrasa en el cumplimiento de los pagos a otra entidad pública que oficia también como contratista y como consecuencia se ve obligada a efectuar el reconocimiento y pago de intereses de mora.

Naturalmente que en todos estos eventos, si se admite que la afectación del patrimonio de la entidad que realiza los pagos constituye fuente de responsabilidad fiscal, habrá que demostrar la actuación dolosa o gravemente culposa de los gestores fiscales que ocasionaron o dieron lugar a que se produjera el detrimento.

Pero, lo que aquí se expone es la disquisición sobre la configuración de daño con efectos sobre el patrimonio de los gestores fiscales, cuando el mismo acontece entre dos entidades públicas, dado que en últimas la integridad patrimonial del erario no se vería afectada, pues recursos que en principio corresponderían ser ejecutados por una entidad terminarían siéndolo por otra a la cual ellos lleguen por efecto de la situación particular que así lo determine.

Con esa argumentación ha hecho carrera en las contralorías la tesis de que “cuando el detrimento patrimonial al erario se ha ocasionado entre entidades públicas no hay lugar a la derivación de responsabilidad fiscal, pues en estricto rigor no ha existido lesión a la integridad del patrimonio público. Sin embargo, esta consideración que parece lógica y llamativa, tiene varios reparos para poder ser aceptada”¹².

En primer lugar, no tiene en cuenta la situación que se presenta cuando las entidades involucradas pertenecen a distintos niveles territoriales o hacen parte de entidades territoriales distintas, en atención a la aplicación del principio constitucional de la autonomía de las entidades territoriales. Esta consideración derivaría en que solamente sería admisible la inexistencia de responsabilidad fiscal cuando el daño se hubiera ocasionado entre entidades pertenecientes al mismo nivel y entidad territorial.

En segundo lugar, tampoco tiene en cuenta la situación de las entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios y de los órganos de régimen especial, los cuales, al estar dotados de personería jurídica, son titulares de un patrimonio propio y distinto del de la Nación o del de la correspondiente entidad territorial, y manejan autónomamente tanto su presupuesto como su contabilidad, en cuyos registros aparecerá reflejada la pérdida patrimonial en que se haya incurrido, aún si quien se beneficia de la misma es otra entidad pública. Con esta

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 de 2001.

consideración, la inexistencia de responsabilidad fiscal se restringiría todavía más y quedaría reducida al daño ocasionado entre entidades pertenecientes al Nivel Central de la respectiva Administración Nacional o Territorial.

En tercer lugar y para todos los supuestos, la consideración de que en esos eventos no hay daño patrimonial, no atiende a la definición legal de la responsabilidad fiscal, en cuya virtud el daño que da lugar a su declaración es aquel que proviene de una gestión fiscal que haya ido en contra de los cometidos y fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de control fiscal de las contralorías.

De esta manera, cuando se produce una afectación indebida al patrimonio público con ocasión de la gestión fiscal de sus bienes y recursos, en últimas se está generando que aquellos que hubieran debido destinarse al cumplimiento del respectivo objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto del respectivo sujeto de control, no se apliquen a esa finalidad, y por ende, en relación con el sujeto controlado, sí quepa hablar de una responsabilidad fiscal por el incumplimiento de ese imperativo legal.

Con base en las anteriores consideraciones se llega a la conclusión de que en ningún caso el daño patrimonial acaecido entre dos entidades públicas puede tomarse como inexistente para efectos de que las contralorías se abstengan en ellos de establecer la respectiva responsabilidad fiscal, si además concurren los restantes elementos que la estructuran.

De otro lado, es menester también plantearse en razón a la importancia del tema para la determinación de la responsabilidad fiscal ¿Cuándo existe realmente daño al patrimonio público en la contratación estatal por el reconocimiento y pago de mayores valores a los contratistas?

Una de las principales fuentes de la responsabilidad fiscal la constituye la contratación estatal, en la medida en que la misma es una de las principales herramientas de gestión fiscal de los sujetos de control, y por consiguiente ella se encuentra expuesta a que en su utilización y por razón de la misma se afecte el patrimonio de las entidades gestoras.

En torno a la contratación estatal como fuente de la responsabilidad fiscal, un aspecto que amerita una reflexión es la determinación de la existencia de daño patrimonial cuando se está en presencia de sobrecostos o mayores valores pagados frente a los pactados en los contratos estatales por circunstancias acaecidas durante su ejecución.

Esta reflexión, por tanto, excluye consideraciones sobre el detrimento producido por sobrecostos en la celebración de los contratos o por mayores valores reconocidos y pagados derivados directamente de su liquidación y que no correspondan al reconocimiento en este acto de los eventos acaecidos durante su ejecución.

Con bastante frecuencia la ejecución de los contratos estatales, y principalmente de los de tracto sucesivo, se ve afectada por eventos que derivan en el reconocimiento y pago al contratista de mayores valores que aquellos que fueron pactados en el acuerdo de voluntades, y no siempre y no necesariamente esas diferencias han de tenerse como constitutivas de detrimento al patrimonio público.

En efecto, son múltiples las circunstancias que pueden dar lugar a esos reconocimientos: unas atribuibles a la administración, otras al propio contratista, algunas a las dos partes y otras a eventos de fuerza mayor o caso fortuito, pero también hay situaciones que se derivan de la propia ejecución del contrato y del cumplimiento de su clausulado, por lo cual resulta conveniente detenerse en los efectos que respecto de la responsabilidad fiscal, y, para lo que interesa en este

punto, de la causación de daño al patrimonio público, se derivan de cada posibilidad.

Así, cuando se origina el pago de un mayor valor por un evento atribuible a la administración, si bien hay lugar al reconocimiento a favor del contratista, ello no quiere decir que no haya habido afectación al erario, pues resulta claro que de no haber mediado la actuación” imprevista o negligente de la administración”, no se tendría que haber efectuado un mayor reconocimiento al contratista.

La segunda posibilidad consiste en que se efectúe el pago de un mayor valor al contratista, a pesar de haber sido este último quien ocasionara el evento que lo generó, situación en la cual se presenta una afectación de la integridad patrimonial de la entidad contratante, cuyo origen es el reconocimiento y pago de una suma que no tendría que haberse pagado al contratista. La diferencia con la primera posibilidad consiste en que mientras que en esta la responsabilidad habría que ubicarla únicamente en los gestores fiscales que hacían parte de la administración, en la alternativa planteada, ella habría de cobijar a los gestores fiscales de ambos extremos del contrato¹³.

La tercera posibilidad es una combinación de las dos anteriores, en cuyo caso, aunque no hay lugar a duda sobre la configuración del daño, la dificultad puede llegar a presentarse para efectos de establecer si hay lugar a una responsabilidad solidaria entre las dos partes o si se hace necesaria la individualización de sus responsabilidades en función de la incidencia que sus respectivas conductas antijurídicas hayan tenido en la causación del detrimento patrimonial.

La cuarta eventualidad se presenta cuando por fuerza mayor o caso fortuito hay lugar a reconocer al contratista un mayor valor. Es claro que aunque no haya una

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 89 de 1993. Principio Imprevisión. Diario Oficial. Octubre 28 de 1993

conducta antijurídica imputable a ambas partes del contrato, ello no quiere decir que el daño patrimonial no se haya presentado; lo que sucede en tal caso es que no hay lugar a derivar responsabilidad fiscal, en atención a que falta el elemento subjetivo de la misma.

La última circunstancia que puede dar lugar al reconocimiento y pago a favor del contratista de un mayor valor al pactado contractualmente, se deriva de lo acordado en el texto del contrato y de su propia ejecución. Aquí conviene recordar que el propio estatuto de contratación establece la obligación de pactar las fórmulas que permitan mantener “el equilibrio financiero del contrato,” de manera que cuando en razón de su propia ejecución, dentro de los plazos pactados, hay lugar a aplicar fórmulas de reajustes o índices de actualización, o la forma de pago las lleva implícitas (como cuando el precio se pacta en salarios mínimos y este valor de referencia se incrementa), que se traduzcan en el reconocimiento y pago al contratista de un valor superior, resulta claro que allí no se presenta un daño al patrimonio público porque la suma pagada equivale por razón del tiempo transcurrido a la suma pactada y por consiguiente no se presenta en rigor una afectación a la integridad del erario¹⁴.

Similar situación acontece cuando en la ejecución del contrato se presenta la necesidad de atender a una mayor cantidad de obra realizada o de bienes suministrados o a una mayor extensión de los servicios prestados, para poder cumplir a cabalidad con el objeto contratado y sin que ello implique una modificación del acuerdo inicial, eventos en los cuales esas cantidades adicionales de obras, bienes o servicios, que efectivamente han sido realizadas, suministrados o prestados deben ser reconocidos y pagados, sin que ello implique que se haya presentado una disminución en el patrimonio público.

¹⁴ Ibid.

2.2 DOLO O CULPA GRAVE DEL GESTOR PÚBLICO

Para deducir la responsabilidad fiscal es necesario en efecto determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. En este sentido cabe recordar que como lo señalan los artículos 4° y 5° de la ley 610 de 2000, 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 y que para que ella se configure debe existir un nexo causal entre dicha conducta dolosa o gravemente culposa y el daño patrimonial al Estado. De lo cual se colige que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

En atención a lo anterior, debemos preguntarnos cuándo existe culpa grave en la conducta imputable al gestor fiscal para que se pueda declarar la responsabilidad fiscal.

Con la sentencia C-619-02 de la Corte Constitucional se equiparó la valoración de la conducta antijurídica para efectos del ejercicio de la acción de repetición o de la derivación de responsabilidad fiscal respecto de los agentes estatales y los gestores fiscales, respectivamente, en el dolo y la culpa grave, dando aplicación en los dos casos a la preceptiva del artículo 90 de la Carta Política¹⁵.

Con independencia de si se está de acuerdo o no con lo resuelto por el tribunal constitucional, en atención a que dicho fallo declaró inexecutable la regulación establecida en la Ley 610 de 2000 de establecer la responsabilidad fiscal a partir de la culpa leve, lo cierto es que hoy la misma solamente se puede establecer

¹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 678 de 2001. Santafé de Bogotá. Diario Oficial. Agosto 3 de 2001

cuando el gestor fiscal que ha ocasionado o permitido que se ocasionara el daño patrimonial al erario ha obrado con dolo o con culpa grave.

Resulta conveniente analizar cuándo se presenta una actuación dolosa o gravemente culposa por parte del gestor fiscal para que la misma sea constitutiva del elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal así:

La conducta, activa u o misiva, imputable al autor del daño, dolosa o culposa, se refiere a la potestad funcional, reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular que autorizado legalmente despliegue gestión fiscal, en ejercicio de la cual, o con ocasión de ella, genere un daño al patrimonio del Estado.

En este sentido la Corte Constitucional, en Sentencia SU- 620 de 1996, expresó: "Dicha especie de responsabilidad es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa¹⁶".

Este tema es de importancia porque en muchos de los organismos de control existe la percepción de que con la sentencia de la Corte hoy es prácticamente imposible llegar a una declaración de responsabilidad fiscal, sobre todo cuando se está frente a un examen de culpa y no de dolo por parte del gestor fiscal, lo cual ocurre en la gran mayoría de los casos.

Si bien es cierto que es mucho más favorable para la protección del erario que la responsabilidad patrimonial por la gestión fiscal se establezca a partir de la culpa leve y no desde la culpa grave del gestor fiscal, ello no quiere decir que no existan situaciones en las cuales la misma pueda ser demostrada y que como consecuencia haya lugar al resarcimiento económico por el daño ocasionado al patrimonio público.

¹⁶ Sentencia SU-620 de 1996

En efecto, si se considera que se presenta culpa grave cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión o oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público, no puede haber duda de que un daño producido al erario por una de las siguientes situaciones implica que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave:

- Ejecución de los recursos presupuestales sin una planeación correcta y adecuada o sin realizar los estudios técnicos, económicos, jurídicos o de factibilidad, diseños, planos o proyectos necesarios para su inversión.
- Elaboración de pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, de manera que conduzcan a interpretaciones o decisiones técnicas que afecten la integridad patrimonial de la entidad contratante.
- Celebración de contratos con recursos del erario sin contar con la garantía de que su ejecución cuenta con el respaldo presupuestal necesario para su terminación.
- Omisión del cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de consultoría, interventoría o supervisión, o no 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.
- Incumplimiento de 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.

- 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 aceptación sin justificación objetiva de ofertas que superen los precios del mercado.
- Aceptación de bienes, obras o servicios de calidad inferior a la contratada o a la establecida en normas técnicas y omisión en la realización oportuna de las reclamaciones correspondientes.
- 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.
- Omisión o ligereza en la defensa de los intereses patrimoniales de la entidad pública en actuaciones judiciales, arbitrales o conciliatorias.
- En general, cualquier conducta negligente o imprudente abiertamente contraria a los principios que informan el ejercicio de la función administrativa y la gestión fiscal o a su naturaleza y objeto.

2.3 RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO Y LA CULPA

El último de los tres elementos esenciales de la responsabilidad fiscal es la relación de causa a efecto entre el daño y la culpa.

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

El estudio y los resultados obtenidos por medio del presente trabajo de grado, para obtener el título de especialista en Derecho Administrativo, servirán como base teórica y práctica de otros estudiantes que continúen con la labor iniciada por el equipo de trabajo de la Contraloría Municipal de Pasto, profundizando, explorando o ahondando la problemática objeto de estudio, a través de ópticas similares y/o complementarias.

En ese mismo sentido se estará brindando una importante fuente de referenciación a las personas encargadas de la dirección, gestión y evaluación del proceso de control y de responsabilidad fiscal, como también a los servidores públicos que manejan los fondos o bienes del Estado.

En un sentido de difusión se tiene como propósito el de promover el conocimiento del control fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal con el fin de lograr un sentido de cooperación de los servidores públicos para prevenir y combatir de una manera eficaz la desorganización y el empobrecimiento paulatino dentro de la economía del municipio.

A sabiendas del verdadero sentido de la administración pública, los servidores de las entidades territoriales incurren con mucha frecuencia en un detrimento patrimonial de los bienes y recursos del municipio, los cuales son de destinación específica conllevando también a una ineficiencia administrativa y a una mala interpretación de los planes de desarrollo, los planes de gobierno y los planes de inversión.

En sí, es necesario formar, promocionar y estimular el valor de la ética administrativa agregada a la función del servidor público para lograr un verdadero control fiscal, con la debida capacitación y orientación. Mientras las anomalías subsistan, y no se subsanen seguirá tomando fuerza la mala costumbre de la mala administración y el manejo ineficiente de los recursos del Estado.

CAPITULO III

EL CONTROL FISCAL

El control fiscal, es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por la Contraloría Municipal de Pasto con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la acción fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño patrimonial al Estado.

Sentido: El proceso de responsabilidad fiscal permite establecer la responsabilidad de quienes tiene a su cargo bienes o recurso sobre los cuales recae la vigilancia de la Contraloría Municipal de Pasto, con el objeto de lograr resarcimiento de los daños causados.

El proceso de responsabilidad fiscal se podrá hincar a través de la contraloría Municipal de Pasto, cuando la ciudadanía presente denuncias o quejas, cuando las entidades vigiladas así los soliciten, y como consecuencia de la auditoria realizada por la contraloría Municipal.

En el ejercicio que le corresponde a la División de Responsabilidad Fiscal en el año 2007 adelantó un total de 16 Indagaciones preliminares y 16 proceso de responsabilidad Fiscal Para un total de 32 expedientes tramitados por 3 profesionales del área (Ver cuadro anexo)

Objeto: Elementos la responsabilidad fiscal está integrada por:

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

Un daño patrimonial al Estado.

Un nexo causal entre los dos anteriores.

Fines: Dentro de los fines tras cuales va el proceso de control fiscal, son aquellos que implican las diversas responsabilidades civiles y jurídicas de acuerdo a la ley y sus acciones para la recuperación o reinserción de los dineros propios de destinación específica en el presupuesto municipal.

3.1 ASPECTOS GENERALES DEL CONTROL FISCAL

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

El segundo, el control administrativo, busca entre otros fines, ajustar la ejecución administrativa a los planes y programas de desarrollo, es decir, verificar su conformidad con ellos; es, en síntesis, la evaluación de los resultados y progresos sostenidos. Por eso se dijo que sin la evaluación no es posible responder por la eficacia de ejecución, o sea el conjunto de actos, hechos y operaciones administrativas¹⁷.

La jurisprudencia ha sostenido:

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

¹⁷ Gaceta Judicial, Tomo CXXXVII, No. 2331, p. 186.

de legalidad, de gestión de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno - que las mismas se ajusten a los dictámenes previstos en la Constitución y la Ley (...) ¹⁸.

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

El artículo 267 de la Carta Política establece que el control fiscal "...es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la Gestión Fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación...". El mismo artículo menciona que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

El artículo 268, como ya se había mencionado, enuncia cuáles son las atribuciones del Contralor General de la República, dentro de las que se destaca: Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer sanciones pecuniarias, recaudar su monto, y ejercer la jurisdicción coactiva.

De otra parte, es importante señalar que hace parte del control fiscal la evaluación del sistema de control interno que la Ley 87 de 1993 define como el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades,

¹⁸ Sentencia C-585 de 1995, Corte Constitucional.

operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección, en atención a las metas u objetivos previstos y consultando los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y valoración de costos ambientales.

Por último, se debe resaltar dentro de los fundamentos constitucionales, la valiosa herramienta que constituye el artículo 271, que dispone que los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría General de la República tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente, lo que permite que exista una relación estrecha entre los organismos de control que posibilite obtener mejores resultados.

De otra parte, la Ley 42 de 1993 define el control fiscal como una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

Lo anterior permite determinar en la administración, en un período determinado: que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad, los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas; identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales; cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente, y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que éstos cumplan con los objetivos previstos por la administración.

3.2 GESTIÓN FISCAL

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

En vigencia de la Ley 42 de 1993, si bien es cierto la misma no consagraba una definición expresa de gestión fiscal, la jurisprudencia se encargó de hacerlo, y concluyó que es el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a las adecuadas y correctas adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, el manejo y la inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. Hoy, la Ley 610 de 2000 recoge esta definición jurisprudencial.

La gestión fiscal de la administración se inicia con los actos de adquisición o integración de un patrimonio del Estado que se destina a satisfacer las

necesidades del servicio público; prosigue con los actos propios tendientes a su conservación, mejoramiento y explotación; y concluye con la afectación, disposición o inversión de los bienes muebles o inmuebles que de él hacen parte, para el mismo fin que le dio origen, y lo justifica el servicio público, entendido como herramienta para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Como se señaló anteriormente, el concepto de gestión fiscal es desarrollado en diferentes sentencias de la Corte Constitucional¹⁹, de las cuales se desprende que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la Ley 42 de 1993.

En otras palabras, esta vigilancia de la gestión fiscal que realiza la Contraloría General de la República incluye el ejercicio de un control financiero que alude a la administración o manejo de sus bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición, y de una vigilancia de gestión de resultados, entendidos estos últimos como el cumplimiento del objeto misional y las metas y objetivos establecidos en el proceso de planeación de la gestión.

Estos componentes de la gestión fiscal deben ser medidos por el órgano de control, como lo establece el artículo 8 de la Ley 42 de 1993, evaluando el grado de cumplimiento de los principios de eficacia, economía, eficiencia, equidad y valoración de los costos ambientales.

3.3 PRINCIPIOS RECTORES DE LA GESTIÓN FISCAL

Teniendo en cuenta lo expuesto, la violación de los principios que rigen la gestión fiscal puede tener como consecuencia la generación de un daño patrimonial al

¹⁹ Sentencias Nos. C-529/93 M.P. Eduardo Cifuentes; C-167/95; C-586/95 M.P. Eduardo Cifuentes y José Gregorio Hernández; C-272/96.

Estado, y resulta entonces importante señalar, para efectos de las decisiones que esta Delegada debe tomar en los procesos de responsabilidad fiscal a su cargo, en todos sus niveles, qué entiende este Despacho, de manera muy general, por cada uno de los principios enunciados, con el fin de unificar criterios al respecto, así:

3.3.1 Eficiencia. Es la maximización de resultados, con los mismos recursos, en un período determinado; es el uso racional de los recursos disponibles en la consecución del objetivo o meta misional de la Administración, "es obtener más y mejores resultados con menos recursos".

Lo que realmente se mide es la forma como se manejan los recursos disponibles para la obtención de las metas o resultados misionales. Está relacionada con aspectos internos de la organización y no con los aspectos externos de la entidad.

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

3.3.2 Eficacia. Es la obtención de los resultados de manera oportuna y en entera relación con los objetivos y metas propuestos por la administración para un determinado período, y encaminadas al cumplimiento de su objeto misional.

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

Está relacionada con los aspectos externos de la entidad. Es así como el ciudadano percibe el cumplimiento de las funciones de la administración y por ende tiene interés en la eficacia de la función pública.

La eficacia es absoluta, es decir, se alcanza o no se alcanza el objetivo misional y se cumplen o no los fines del Estado.

3.3.3 Equidad. Es la concepción de una justicia fundada en la igualdad ante el derecho y el respeto por los derechos de cada cual. Equidad es entonces un proceso en el que intervienen variables y se obtienen productos. Es necesario reconocer que las variables representan unos gastos y que los productos representan unos ingresos.

El indicador de equidad se calcula teniendo en cuenta la participación de la comunidad en el total de la población y se confronta frente al total de los beneficios recibidos, frente al total de los mismos. En conclusión, la equidad es aquel principio que estudia el desarrollo de la administración, al identificar los receptores de su actuación económica y la distribución de los costos y beneficios entre sectores económicos y sociales, y entre entidades territoriales.

El principio de equidad de la gestión fiscal se concreta en la identificación de los receptores de la acción económica y en el análisis de la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales, así como entre entidades territoriales.

3.3.4 Economía. Es el principio en virtud del cual, en igualdad de condiciones de la mejor calidad de los bienes y servicios, se obtiene el menor costo posible. Consiste pues, en que el valor contratado sea menor o igual que el valor del mercado. Este principio comporta un elemento objetivo que se traduce en una operación matemática, analizando que la asignación de recursos haya sido la más

conveniente a nivel de costos, lo que permite a la vez maximizar los resultados y cumplir los fines propuestos.

3.4 VALORACIÓN DE COSTOS AMBIENTALES

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

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

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

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

El concepto de gestión pública se debe mirar desde el punto de vista técnico-administrativo, es decir, "va más allá del concepto apegado al principio de legalidad para caer en el de verificación de resultados que se deben alcanzar con

la gestión, ni más ni menos que los fines generales del Estado"²⁰, lo que quiere decir que la gestión fiscal no sólo debe ajustarse a las normas jurídicas que lo determinan, sino a los criterios propios de dicha gestión.

La Ley 42 de 1993 concibe dichos principios, al señalar que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales, de tal manera que permita establecer en un período determinado, que la asignación de los recursos sea la más conveniente para maximizar los resultados.

La Corte Constitucional ha establecido el alcance de la gestión fiscal, así:

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(...) comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas (...) 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(...) ²¹

De esta forma, la eficiencia, se verifica cotejando los recursos públicos, el proceso al cual se aplican y los resultados obtenidos, y esa confrontación arroja un coeficiente productivo. La economía refiere a precisar si con los recursos resultantes se obtiene el máximo desempeño constitucional. Y la eficacia alude a cumplir metas y objetivos.

²⁰ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Op. Cit. p. 168.

²¹ Sentencia 840 de 2001, Corte Constitucional, MP Jaime Araujo Rentería.

En conclusión, la Corte Constitucional ha determinado que la gestión fiscal "es el concepto que alude a administración y manejo de bienes públicos en sus diferentes etapas del recaudo, percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición"²².

Justamente el control fiscal como función propia de la Contraloría General de la República es un instrumento de vigilancia de la gestión fiscal, de manera selectiva y posterior, además de los controles de legalidad, financiero, físico, de gestión, de resultados, de revisión, con el fin de determinar el grado de eficiencia, economía, eficacia y valoración de costos ambientales de la gestión fiscal.

Por lo tanto la responsabilidad fiscal no sólo se deriva por los daños patrimoniales causados al patrimonio público por el agente público o privado, en ejercicio de actos de gestión fiscal, sino también por gestiones ineficaces o antieconómicas que deriven en lesión patrimonial²³.

Sin embargo, la gestión fiscal, además de ser concepto técnico y de administración "es el elemento que le otorga tipicidad administrativa"²⁴, por lo que la gestión fiscal le concede al servidor público, o de manera excepcional al particular por vía funcional o contractual, no sólo disponibilidad material sobre el patrimonio público, sino una disponibilidad jurídica, es decir, capacidad jurídica para disponer válida y legítimamente de este patrimonio dentro del límite del ordenamiento jurídico, por lo que de esta disponibilidad jurídica se deriva una posición de garante del servidor público y del particular.

²² Sentencia C-529 de 1993 Corte Constitucional, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Op. Cit. p. 170.

²⁴ Expresión en la sentencia C- 840 de 2001 MP Jaime Araujo Rentería.

En los conceptos de función pública y función administrativa hay un ámbito finalístico, pues el servidor público debe alcanzar los cometidos estatales; sin embargo, no todas esas actuaciones constituyen gestión fiscal, ya que ésta alude al deber de protección especial sobre los bienes públicos, derivada de la relación funcional o contractual por parte del servidor público, o contratista, que tiene capacidad jurídica para administrarlos. Todo esto en torno a los criterios de eficacia, eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales, previstos en el artículo 8 de la Ley 42 de 1993.

Así las cosas, en Colombia, de acuerdo con la Constitución y la ley, para que exista responsabilidad, y por ende la Contraloría General de la República pueda establecer que alguien es responsable fiscal, se debe probar que el funcionario público o el particular (persona natural o el representante legal de la jurídica) que ejerza gestión fiscal ha desarrollado una conducta dolosa o gravemente culposa, que implica violación de los principios rectores de la gestión fiscal, y que como consecuencia de ello se ocasionó un hecho generador de daño patrimonial al Estado Colombiano.

3.5 CRITERIOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD FISCAL

Efectuado el correspondiente análisis probatorio, así como el estudio de los argumentos presentados por los presuntos responsables y/o sus apoderados, el funcionario competente debe establecer la viabilidad jurídica de declarar la responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

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 les corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregular de los dineros o bienes públicos. De este modo,

el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se deriven de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y está obligado a reparar el daño causado al erario, por su conducta dolosa o gravemente culposa²⁵.

Para la estimación del daño se debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores se debe tener en cuenta que 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, se ha de establecer no sólo la dimensión de éste, sino que se debe examinar también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio²⁶.

El proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo su naturaleza jurídica y los objetivos que persigue, presenta las siguientes características²⁷:

1. 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.
2. 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

²⁵ Sentencia SU-620/96

²⁶ Sentencia SU-620/96

²⁷ Sentencia SU-620/96

que les incumbe, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan por consiguiente el patrimonio estatal.

3. Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.
4. Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.).
5. Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo artículo 81, Ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal.
6. Es, por tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con la disciplinaria y penal, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94.
7. 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 requerimientos de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas.

Como función complementaria del control y de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, existe igualmente a cargo de ésta, y por expreso encargo de la Constitución Política en su artículo 268 numeral 5, 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 desempeñan 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 (artículos 6, 29, 90, 121, 123 inciso 2, 124, 267, 268-5 y 272 C.P.)²⁸.

Es decir, la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal es un concepto de orden constitucional que 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

²⁸ Sentencia SU-620/96

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 grave.

Lo anterior significa que todos aquellos funcionarios públicos de mayor jerarquía dentro de la organización de las entidades públicas, que en virtud del cargo que desempeñan tengan funciones asignadas, no solamente en calidad de gestores fiscales, es decir, no sólo aquellos funcionarios del nivel directivo que por sus competencias o en virtud de una titularidad jurídica a ellos asignada tienen la potestad de realizar gestión fiscal, pueden ser responsabilizados fiscalmente, sino que también involucra a todos aquellos funcionarios del nivel directivo que con sus decisiones determinen u orienten la gestión fiscal de aquellos que la ejercen.

En consecuencia, cuando el funcionario del Nivel directivo a quien por la naturaleza y responsabilidad de su cargo se le ha confiado la gestión fiscal de la entidad, toma decisiones que resultan no solamente ilegales, sino ineficientes, ineficaces, antieconómicas e inequitativas, y genera con ello un daño patrimonial, debe responder fiscalmente. Esta facultad entraña la capacidad jurídica de efectuar actos de adquisición e integración de un patrimonio del Estado destinado a satisfacer las necesidades del servicio público, actos propios a su conservación, mejoramiento y explotación, y actos relacionados con la afectación, disposición o inversión del patrimonio.

Adicionalmente, cuando hablamos de que son responsables fiscales quienes con "ocasión de esta" gestión fiscal, produzcan un daño al patrimonio del Estado, se podría reconocer que la ley no exige un sujeto activo calificado con la calidad de servidor público, sino que, por el contrario, establece que puede ser responsable fiscal cualquier persona a quien se le pruebe que determinó la gestión fiscal, es decir, quien con sus decisiones establezca, fije, decreta, falle, influya, compruebe, acuerde, estipule o prescriba una situación que defina directa o indirectamente la

gestión fiscal a cargo de otro, y con la que se ocasione un detrimento patrimonial para el Estado, y podría ser el caso de quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y los contratistas y particulares que con su conducta hubieren propiciado todas las condiciones que causaron perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

El análisis efectuado a la disposición precitada, el cual es desarrollo de la gestión fiscal señalada en la norma constitucional, deja claro que el espíritu del legislador fue establecer un criterio no restrictivo para determinar el sujeto pasivo de la acción fiscal. Se trata entonces de un amplio ámbito dentro del cual el ente de control puede determinar la responsabilidad fiscal y de esta manera se garantizan mayores posibilidades de asegurar el resarcimiento del daño patrimonial ocasionado al Estado.

Para efectos de la definición de la responsabilidad fiscal emanada de la norma constitucional contenida en el artículo 268, es aplicable según el procedimiento que se siga, el artículo 83 de la Ley 42 de 1993, o los artículos 3 y 5 de la Ley 610 en los que se encuentra el fundamento jurídico con base en el cual se ha de establecer la responsabilidad fiscal de los investigados; dicha especie de responsabilidad es de carácter subjetivo porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa grave.

Uno de los elementos indispensables para que se configure Responsabilidad Fiscal, aparte de la cuantificación del daño, la identificación de la entidad afectada, y la relación entre la conducta y la causación del daño como nexo de causalidad, es que el presunto responsable fiscal haya actuado con una conducta dolosa o gravemente culposa.

En primer lugar, se debe hacer alusión a los fundamentos constitucionales, en los cuales se basa la declaratoria de responsabilidad de todo servidor público:

Artículo 6 CP: "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

Artículo 121 CP: "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley."

Artículo 124 CP: "La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

Siguiendo lo anterior, se habla de la "Función Reglada de la Administración", cuya base fundamental es el llamado Principio de Legalidad, según el cual, "toda actuación singular del Estado debe estar justificada en una norma previa y superior" y la "Sujeción del actuar del Estado al ordenamiento"

En consecuencia de lo que se ha venido exponiendo, un solo acto puede generar la declaratoria de varias responsabilidades; es decir, una misma conducta es susceptible de dar origen a varias responsabilidades porque existen distintos niveles de reproche o bienes tutelados. Así, tenemos que el régimen disciplinario garantiza la moralidad, la objetividad y la legalidad de la función pública; el régimen penal protege valores sociales que merecen especial protección como la vida, el patrimonio económico, el sufragio y la función pública.

La Responsabilidad Fiscal, por su parte, tutela los "fondos o bienes de la Nación" (artículo 267, inciso 1 CP) y también "los intereses patrimoniales" del mismo (artículo 268-8 CP), surgiendo como una especie más del régimen general de responsabilidades que cobija a los servidores públicos y a los particulares, personas naturales o jurídicas, siempre que tengan a su cargo la administración o manejo del patrimonio del Estado, debido a que la responsabilidad fiscal protege el

patrimonio estatal de todos los ataques de los cuales puede ser víctima, siempre que se produzcan como consecuencia del ejercicio directo o indirecto de la gestión fiscal.

Dentro de las principales características de la naturaleza de la responsabilidad fiscal, como se ha repetido en varias oportunidades en estas notas, se encuentra que es resarcitoria y no sancionatoria; subjetiva, debido a que la imputación a un agente debe ser a título de dolo o culpa grave (Sentencia C-619/02); e individual.

Por ser entonces la acción de responsabilidad fiscal una acción de naturaleza subjetiva e individual, se debe estudiar si la conducta del presunto responsable fiscal fue dolosa o gravemente culposa, y en consecuencia se hace necesario profundizar en el estudio y diferencias de los grados de culpa como la culpa leve, grave y finalmente el dolo, y su incidencia en materia fiscal.

3.5.1 Culpa leve. El artículo 63 del Código Civil, al cual se recurría como norma para fundamentar el grado de culpabilidad en el proceso de responsabilidad fiscal, define tres clases de culpa o descuido: grave, leve y levísimo:

En este estatuto se entiende por culpa leve:

(...) Descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...) Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano (...)

Dentro de los antecedentes jurisprudenciales, se encuentra que inicialmente el Consejo de Estado en consulta 846 de 1996, bajo la vigencia de la Ley 42 de 1993, consideró que el grado a partir del cual podía derivarse la responsabilidad fiscal era el de culpa leve, de conformidad con el artículo 63 y 2155 del Código

Civil, debido a que el grado de responsabilidad que deriva de la gestión fiscal implica obligaciones específicas, en las que se exige hasta el mínimo cuidado.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en Sentencia C-840/02 estableció que:

"(...) en tratándose de responsabilidad fiscal resultaría impropio situarse en los dominios del artículo 90 Superior, pues, sencillamente, en tal hipótesis fiscal el Estado es justamente el extremo afectado, como que el Tesoro Público sufre los quebrantos causados por la conducta irregular de quienes ejercen gestión fiscal, sean éstos servidores públicos o particulares".

Por último, encontramos la Sentencia C-619 de 2002, en la que se la Corte Constitucional afirma que la responsabilidad fiscal es tan solo 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.

"La Corte encuentra la contrariedad de la expresión 'culpa leve', toda vez que establece 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 (...)"

Para la Corte, el régimen de la Culpa Leve, en materia de responsabilidad fiscal, vulnera el artículo 13 de la CP "(...) 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 (...)". El criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, de lo contrario, se estaría aplicando un trato

diferencial de imputación, por el solo hecho de que a la declaración de responsabilidad se accede por distinta vía.

En consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional declaró inexecutable el párrafo 2 del artículo 4 de la Ley 610 de 2000 y la expresión leve, contenida en el artículo 53, para determinar que habrá responsabilidad fiscal siempre que exista una conducta dolosa o gravemente culposa.

Finalmente, sobre los efectos de la presente sentencia es necesario precisar que es de aplicación inmediata a partir de su expedición y tiene efectos "erga omnes", esto significa que en adelante; aun en los casos en los cuales se esté adelantando la etapa de juicio fiscal por el procedimiento regulado por la Ley 42 de 1993, no es posible valorar la conducta de los presuntos responsables fiscales desde la óptica de la culpa leve; de lo contrario, se desatendería lo dispuesto por la Corte Constitucional cuyo cumplimiento es obligatorio y se haría más gravosa la situación de los implicados dentro del proceso de Responsabilidad fiscal, al ser la culpa leve un grado de culpa mayor a la que el constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado.

Así, los procesos fallados antes de la declaratoria de inexecutable del párrafo 2 del artículo 4 y la expresión leve del artículo 53 de la Ley 610 de 2000, deben quedar bajo la figura de situación decidida, puesto que fueron pronunciamientos administrativos proferidos conforme a normas vigentes al momento del fallo y además los fallos de inconstitucionalidad tienen efectos hacia el futuro, debido a que la Corte no señaló un efecto distinto en la sentencia en comento.

Por el contrario, cualquier proceso de responsabilidad fiscal en curso, es decir, aquel en el que no se haya proferido fallo ejecutoriado al momento de la declaratoria de inexecutable de las normas antes mencionadas, incluyendo los que se rigen por las disposiciones de la Ley 42 de 1993, se deberán fundamentar

en una conducta dolosa o gravemente culposa, siendo claro que como consecuencia práctica de la aplicación de la Sentencia C-619 de 2002, el régimen de imputación de responsabilidad para los gestores fiscales se ha tornado más laxo.

Por esto la importancia de analizar qué entiende este Despacho por Dolo y Culpa Grave, con base en la doctrina, la jurisprudencia y la remisión a otras normas legales.

3.5.2 Dolo. La doctrina, de manera uniforme, identifica dos elementos esenciales en el dolo:

Elemento cognoscitivo: La persona conoce la ilicitud de la conducta y es consciente de que su proceder es contrario a derecho.

Elemento volitivo: Adicionalmente, la persona quiere la realización de la conducta prohibida, es decir, tiene la clara intención y la decisión de realizarla pese a que sabe de su ilicitud.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de noviembre 13 de 1956 expresó:

(...) El dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de engañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de "intención positiva" de inferir injusticia. Por tanto para justipreciar el dolo, debe entenderse tanto a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención como su manifestación externa (...)

De otra parte, y como criterio auxiliar de interpretación, el Despacho encuentra que el artículo 5 de la Ley 678 de 2001 señala que la conducta es dolosa

(...) cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

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

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

Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

3.5.4 Culpa grave. También como criterio auxiliar de interpretación, a juicio de la Delegada, la misma Ley 678 de 2001, en su artículo 6, establece que "la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

La culpa grave equivale al máximo descuido o negligencia del agente del Estado en el manejo de los negocios a su cargo.

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

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

La Corte Constitucional, que se ha pronunciado sobre la exequibilidad de los artículos antes citados de la mencionada Ley 678 de 2001, afirma en la Sentencia C-374/02, lo siguiente:

(...) Finalmente, observa la Corte que, en términos generales, los hechos en los que se fundamentan las presunciones de dolo y de culpa grave consagradas en las normas que se impugnan, se refieren a probabilidades fundadas en la experiencia que por ser razonables o verosímiles permiten deducir la existencia del hecho presumido. Así mismo, aprecia que dichas presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas pues al facilitar el ejercicio de la acción de repetición en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, permiten alcanzar los objetivos de garantizar la integridad del patrimonio público y la moralidad y eficacia de la función pública (artículos 123 y 209 de la CP).

Igualmente, en Sentencia C-285/02, estipuló:

(...) Ahora bien, en los supuestos de responsabilidad estatal no generados en dolo o culpa grave, si bien hay lugar a declaración de tal responsabilidad, el Estado no se halla legitimado para repetir contra el funcionario.

Pero en los supuestos de dolo o culpa grave no solo hay lugar a la declaración de responsabilidad estatal sino que, además, el Estado tiene el deber de repetir contra el agente. Con todo, esta circunstancia no implica que se esté circunscribiendo el espacio de la responsabilidad estatal a contornos más estrechos que los previstos por el constituyente pues el legislador, aparte de respetar el fundamento constitucional de tal responsabilidad, ha enunciado los parámetros a los que remiten las múltiples hipótesis de culpa grave y lo ha hecho con estricto apego a la menor cobertura que el constituyente le fijó a la acción de repetición.

Por ello, la Corte debe resaltar que la responsabilidad patrimonial del Estado se rige por la cláusula general contenida en el artículo 90 de la Carta y que ella constituye el fundamento de los distintos regímenes de responsabilidad establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

El inciso primero del artículo 6 (de la Ley 678 de 2001) es una regla de derecho de alcance general en la cual se fijan los criterios para la determinación de la conducta gravemente culposa del agente estatal y el inciso segundo contiene una relación de los eventos en que el legislador presume la existencia de una conducta gravemente culposa. No obstante, es claro que por fuera de estas hipótesis el juez puede deducir otras causales de culpa grave que si bien no se adecuen a alguna de las presunciones legalmente consagradas, si se enmarquen en los criterios fijados en el inciso primero, pero en estos supuestos, al no operar presunción de culpa grave alguna, deberán demostrarse los extremos de la acción de repetición ya que no habrá lugar a la inversión de la carga de la prueba (...)

Por su parte, la Sentencia C-455-02, dispuso:

(...) Por último, se puede decir que la diferencia conceptual que en este punto acoge el legislador corresponde sencillamente a la diferencia ya reconocida por la normatividad civil. En efecto, el artículo 63 del Código Civil precisa que la culpa grave es la negligencia grave consistente en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, mientras que el dolo es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad del otro.

Para iniciar, es preciso recordar que mediante Sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 71 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ). El artículo en cuestión establece una tabla de hipótesis en que pueden incurrir los funcionarios y empleados de la rama judicial, hipótesis a partir de las cuales se presumen el dolo y la culpa grave, a saber:

Artículo 71. De la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

En aplicación del inciso anterior, lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación equivaldrá a condena.

Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:

1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.

2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

En respuesta a la propuesta hecha por el Procurador General de la Nación para que se condicionara la exequibilidad del artículo 6 de la Ley 678 en el sentido de que la lista de presunciones allí contenida no era taxativa, la Corte dijo que dicho condicionamiento era innecesario porque "resultaría insólito pretender que la ley taxativamente detalle el universo de aquellas posibles conductas de los agentes estatales susceptibles de valorarse como gravemente culposas. De allí que una interpretación razonable, sin necesidad de condicionamiento alguno, permita advertir en el inciso primero del artículo 6 demandado no la enumeración taxativa de los supuestos fácticos constitutivos de culpa grave sino los parámetros a los que debe atenerse el juez que conoce la acción de repetición para verificar, en cada evento, si se está o no ante un supuesto de culpa grave que legitime al Estado para repetir contra su agente." (Sentencia C-285 de 2002).

Expuesto lo anterior, se puede decir que no existen límites exactos y precisos entre la culpa grave y el dolo, debido a que la diferencia radica en un análisis de tipo psicológico. No obstante, se debe tener presente que el dolo tiene un elemento volitivo y cognoscitivo donde el agente del Estado conoce y quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado, mientras que en la culpa grave el elemento intencional está ausente. Por el contrario, una conducta culposa se caracteriza por la falta de diligencia, o por una infracción al deber de cuidado frente a un resultado que era previsible.

Asimismo, sólo se utilizará la normatividad civil en materia de responsabilidad fiscal, como criterio de interpretación auxiliar, no sólo por los nuevos pronunciamientos jurisprudenciales, sino porque también existe una nueva normatividad más afín en esta materia, como es la Ley 678 de 2001, que regula la acción de repetición y en sus artículos 5 y 6 se encarga de establecer presunciones de dolo y culpa grave.

3.6 PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

A continuación procedemos a dar una definición de lo que es el proceso de responsabilidad fiscal, sus características, una breve descripción de su trámite, sus diversas etapas y las actuaciones que se surten dentro del mismo, así como las garantías procesales que tienen las personas que a él se vinculan, las cuales son de obligatorio cumplimiento y evacuación.

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 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.

3.7 CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

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 compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Ésta no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo artículo 81, Ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria. Es, por tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con la disciplinaria y penal.

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 (artículo 29 de la Constitución).

3.7.1 Inicio del proceso de responsabilidad fiscal. El artículo 8 de la Ley 610 de 2000 expresa:

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 o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000.

3.7.2 Trámite a partir del auto de apertura. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. A partir de aquí, se cuentan tres

meses, que serán prorrogables hasta por dos más cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto motivado.

En estos tres meses, el funcionario que lleve el proceso debe:

1. Notificar el auto de apertura a los presuntos responsables.
2. Vincular a otros posibles presuntos responsables.
3. Escucharlos en versión libre y espontánea.
4. Comunicar el auto de apertura al representante legal de la entidad afectada.
5. Comunicar el auto de apertura a la compañía de seguros.
6. Practicar las pruebas necesarias para demostrar la existencia de los tres elementos de responsabilidad fiscal.
7. Solicitar la certificación del último sueldo y dirección registrada.
8. Solicitar e incorporar al expediente copia de la póliza de seguros.

3.7.3 Requisitos del auto de apertura. Para efectos de los requisitos, se deberá atender lo previsto en el artículo 41 de la Ley 610 de 2000.

3.7.4 Notificación del auto de apertura. En el evento en que se haya identificado a los posibles presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, se les deberá notificar el auto de trámite que ordene la apertura del proceso.

La notificación se deberá hacer personalmente (artículo 44 del CCA), por cualquier medio que resulte eficaz.

Si después de haber intentado por todos los medios no se logra hacer la notificación personal, ésta se hará por edicto (artículo 45 del CCA).

3.7.5 Comunicación del auto de apertura. Debe ser comunicado al representante legal de la entidad afectada.

El auto de apertura se comunicará a la compañía de seguros cuando el posible 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, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. Debe ser comunicado al representante legal de la entidad afectada.

En caso de que el representante legal llegue a ser también un posible presunto responsable fiscal, se le deberá notificar y comunicar el auto de apertura

3.7.6 Práctica de pruebas y defensa del implicado. Se deberán decretar y practicar todas las pruebas que resulten pertinentes y conducentes.

Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal, en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario competente que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso.

La exposición libre y espontánea de los hechos se podrá decretar de oficio o a solicitud de parte.

En todo caso, no se podrá dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea, no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

3.7.7 Decisión. Vencidos los tres (3) meses (que podrán ser prorrogados por dos más), se procederá a la cesación de la acción fiscal (artículo 16) y, en consecuencia, se ordenará el archivo del proceso (artículo 47) o a dictar auto de imputación de responsabilidad (artículo 48) mediante providencia motivada.

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

El contenido de este auto deberá supeditarse a lo establecido en el artículo 48 de la Ley 610 de 2000.

Contra esta providencia no proceden recursos.

3.7.9 Notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal. Se notificará personalmente a los presuntos responsables o a sus apoderados, si los tuvieren. Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, se procederá a la notificación por edicto. Surtida ésta, se les designará apoderado de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso.

También, se notificará a la compañía de seguros, si la hubiere, en la forma y términos establecidos en los artículos 44 y 45 del CCA (personalmente o por edicto).

3.7.10 Traslado. Los presuntos responsables fiscales dispondrán de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto para:

- Presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto.
- Solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer.

Durante este término, el expediente permanecerá disponible en la Secretaría.

3.7.11 Decreto y prácticas de pruebas. Vencido el término de traslado, el funcionario competente ordenará, mediante auto, la práctica de las pruebas solicitadas, o decretará de oficio las que considere pertinentes y conducentes, por un término máximo de treinta (30) días. El auto que decrete o rechace las pruebas se deberá notificar por estado al día siguiente de su expedición. Contra el auto que rechace la solicitud de pruebas procederán los recursos de reposición y apelación; esta última se concederá en el efecto diferido. (Los recursos se deberán interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, en la forma prevista en el CCA).

3.7.12 Término para proferir fallo. Vencido el término de traslado y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, que podrá ser:

- Fallo con responsabilidad fiscal

- Fallo sin responsabilidad fiscal

Lo anterior, dentro del término de treinta (30) días.

3.7.13 Fallo con responsabilidad fiscal. Lo proferirá el funcionario competente cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza sobre:

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

3.7.14 Contenido del fallo con responsabilidad fiscal. Lo profiere el funcionario competente con el siguiente contenido:

1. Se deberá dejar plenamente demostrada la existencia del daño o detrimento económico al Estado.
2. Cuantificación e indexación de los daños.
3. Identificación plena de los responsables fiscales y la descripción de su conducta dolosa o gravemente culposa.
4. Descripción clara del nexo de causalidad entre los dos anteriores elementos.

5. Entidad afectada a la que se le debe resarcir el daño.
6. Fundamentos de derecho que sirven de sustento para la declaratoria de responsabilidad fiscal.
7. Indicación y valoración de las pruebas que sirven de sustento para la decisión.
8. Identificación de la compañía aseguradora e indicación del número, fecha, vigencia y valor de la póliza de seguros.
9. Parte resolutive.
10. Notificación personal y enunciación de los recursos que proceden contra esta decisión.
11. Orden de la inclusión del nombre del responsable fiscal en el Boletín de Responsables Fiscales.
12. Remisión de copias auténticas del fallo y los demás documentos necesarios, a la Dirección de Jurisdicción Coactiva, para el respectivo cobro coactivo.
13. Remisión de copia del fallo a la Procuraduría General de la Nación, para efectos del registro de sancionados.

3.8 GRADO DE CONSULTA

Se establece el grado de consulta en defensa de:

- El interés público.

- El ordenamiento jurídico.
- Los derechos y garantías fundamentales.

Procederá cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

3.9 EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS

Las providencias quedarán ejecutoriadas cuando:

- Contra ellas no proceda ningún recurso.
- Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos.
- Los recursos interpuestos se hayan decidido.

3.10 CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL

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

- Inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales de los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado, y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.
- Remisión del expediente a la Procuraduría General de la Nación.

3.11 NULIDADES EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Son causales de nulidad: a. la falta de competencia del funcionario; b. violación del derecho de defensa del implicado; y c. la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

La nulidad puede ser declarada de oficio o a solicitud de parte, en cualquier estado del proceso y hasta antes de proferirse fallo definitivo, en forma parcial o total, ordenando que se reponga la actuación.

3.12 IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

El funcionario que conozca del proceso de responsabilidad fiscal y advierta la ocurrencia de causal de recusación deberá declararse impedido tan pronto como tenga conocimiento de la misma.

Las causales de impedimento y recusación para los investigadores fiscales son las contempladas en el CCA, Códigos de Procedimiento Civil y Penal.

3.13 CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL

En cualquier estado de la indagación preliminar o del PRF, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no se podía iniciar o

proseguir por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió, o que no constituye daño patrimonial al Estado, o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o el daño causado ha sido resarcido totalmente, siempre que se hayan verificado los hechos.

3.14 SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS

Los términos del proceso de responsabilidad fiscal se pueden suspender en los eventos de:

- Fuerza mayor o caso fortuito.
- Por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación.

3.15 UNIDAD PROCESAL Y CONEXIDAD

Por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de implicados. En el caso de estar adelantándose más de una actuación por el mismo hecho, se deberá ordenar la acumulación, la cual procederá sólo a partir de la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal y siempre que no se haya proferido fallo de primera o única instancia (procede de oficio o a solicitud de parte).

3.16 MEDIDAS CAUTELARES

En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal, se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables, hasta por un monto suficiente para amparar el pago del posible daño al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución.

CAPITULO IV
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL ADOPTADO POR LA
CONTRALORÍA MUNICIPAL DE PASTO

4.1 INDAGACIÓN PRELIMINAR

4.1.1 Descripción del procedimiento. La indagación preliminar puede iniciarse, por cualquiera de las siguientes circunstancias: oficiosamente, como consecuencia de los productos obtenidos de gestión de auditoría, por solicitud de las mismas entidades vigiladas y por denuncia o queja presentada por cualquier persona u organización ciudadana.

La indagación preliminar se inicia formalmente con el auto de apertura de la misma, cuando no exista 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, para lo cual de manera previa el funcionario competente, procederá a efectuar, a) una revisión de los soportes que acompañen al documento con base en el cual se da inicio al trámite; b) avocar el conocimiento del asunto y a la preparación y radicación del expediente; c) efectuar el reparto y comisión cuando el asunto corresponda al profesional universitario.

Decisión que deberá notificarse personalmente o por escrito, en el evento en que se encuentre identificados los presuntos implicados, y a la compañía de seguros si la hubiere; caso contrario deberá enviarse comunicación al representante legal de la entidad sobre la apertura de la misma.

En el auto de apertura de indagación preliminar, el funcionario de conocimiento debe ordenar la práctica de “las pruebas y diligencias pertinentes, tendiente a 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 a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido en él., las cuales tendrán un término máximo de seis (6) meses.

Cumplidos los términos previstos anteriormente y la práctica de las pruebas, el funcionario de conocimiento procederá a ordenar el cierre de la indagación preliminar, y a optar por una de estas dos situaciones:

- a) Ordenar el archivo del expediente, esto en el evento de que establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al municipio o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente; decisión que deberá ser notificada personalmente o por edicto a las personas a quienes se les haya recibido versión libre y espontánea, caso contrario simplemente se enviará comunicación sobre su archivo al representante legal de la entidad, finalizando el trámite.
- b) Ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, para lo cual se sigue el PROCEDIMIENTO RESPONSABILIDAD FISCAL RFJC 110-P02.

4.1.2 Responsables. Es responsable de la aplicación y mejoramiento del procedimiento el Director Técnico de Responsabilidad Fiscal, los Profesionales Universitarios y la Secretaria asignada al área.

4.1.3 Documentos relacionados

- Mapa de riesgos

- Normograma por procesos
- Ficha técnica de indicadores
- Hoja de ruta – indagación preliminar
- Tablero de control – indagación preliminar

4.1.4 Diagrama de flujo

Flujograma	Actividad	Responsable	Documento y/o Registro	
			Código	Nombre
<pre> graph TD INICIO([INICIO]) --> 1((1)) 1 --> 2[2] 2 --> 3[3] 3 --> 4[4] 4 --> 5[5] 5 --> 6[6] 6 --> 7((7)) </pre>	Se inicia en los eventos previstos en el inciso 1º del artículo 30 de la Ley 610 de 2000, así: oficiosamente, producto de auditoría, por solicitud de las mismas entidades vigiladas, o por denuncia o queja convalidada.			
	Revisión de los soportes probatorios y análisis de los mismos para determinar si procede o no la apertura de la indagación preliminar. Término 5 días	Dueño del proceso	RFJC – 110 – R13	Tablero de Control de Indagación Preliminar
	Avocar conocimiento del asunto, preparación del expediente y radicación. Término 1 día	Dueño del proceso	RFJC – 110 – R01	Auto de Trámite
	Reparto y comisión cuando el asunto corresponda al Profesional Universitario. Término 1 día	Dueño del proceso / Profesional Universitario	GD – 105 – R05	Comunicación Oficial
	Dictar auto de apertura de Indagación Preliminar. Ordenar práctica de pruebas y demás diligencias pertinentes. Término 5 días	Dueño del proceso / Profesional Universitario	RFJC – 110 – R01	Auto de Trámite
	Comunicar la apertura de indagación Preliminar al Representante Legal de la entidad y/o notificar el auto de apertura a los presuntos implicados en el evento en que estuviesen identificados y a la Compañía de Seguros, si la hubiere. Término 30 días	Dueño del Proceso / Profesional Universitario	GD – 105 – R 05 / RPJC – 110 – R03	Comunicación Oficial. Notificación personal o por edicto.
	Práctica de Pruebas. Término 6 meses, 180 días	Dueño del Proceso / Profesional Universitario	GD – 105 – R 05 / RPJC – 110 – R01	Comunicación Oficial Auto de trámite
	Revisión y análisis de la prueba y control de términos procesales. Término 3 días	Dueño del Proceso	RFJC – 110 – R02	Hoja de Ruta Indagación Preliminar

Flujograma	Actividad	Responsable	Documento y/o Registro	
			Código	Nombre
<pre> graph TD Start(()) --> D{8} D --> 8a[8a] D --> 8b[8b] 8a --> 9[9] 8b --> 9 9 --> FIN([FIN]) </pre>	<p>Proferir auto de fondo, optando por una de estas dos situaciones:</p> <p>a) Cierre de indagación preliminar y archivo de expediente.</p> <p>b) Cierre de indagación preliminar y apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal – Se continúa con la aplicación del Procedimiento de Responsabilidad Fiscal RFJC – 110 – P02</p> <p>Termino 5 días</p>	Dueño del Proceso / Profesional Universitario	RFJC – 110 – R02	Auto de Fondo
	<p>Comunicar el cierre de la indagación preliminar y/o notificar a los presuntos implicados en el evento de que hubiesen sido identificados y vinculados a la indagación preliminar y a la Compañía de Seguros, si la hubiere.</p> <p>Término 30 días</p>		Dueño del Proceso / Profesional Universitario	GD – 105 – R05 RPJC – 110 – R03

4.2 PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

4.2.1 Descripción del procedimiento. El proceso de responsabilidad fiscal puede iniciarse por cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Oficiosamente
- b) Con fundamente en cualquiera de los productos de gestión de auditoría.
- c) Por solicitud de las mismas entidades vigiladas, y
- d) Por denuncia o queja presentada por cualquier persona u organización ciudadana.
- e) Con base en indagación preliminar tramitada.

Desde el punto de vista jurídico, el proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente con el auto de apertura del mismo, para lo cual de manera previa el funcionario competente, deberá:

- Realizar un análisis sobre el cumplimiento de los requisitos, es decir tener seguridad sobre la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo.

Decisión que deberá notificarse al presunto implicado y a la compañía de seguros si la hubiere, personalmente o por escrito.

En el auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal, el funcionario de conocimiento debe ordenar la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, las cuales tendrán un término de duración de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten; y conjuntamente en cuaderno separado podría decretar medidas cautelares.

Cumplidos los términos previstos para la investigación de los hechos y la práctica de las pruebas, el funcionario de conocimiento debe mediante auto motivado, optar por una de estas dos situaciones:

- a) Ordenar el archivo del proceso, esto en el evento de que compruebe que los hechos no existieron o que si se dieron, no comprometen al erario público; o que incluso, existiendo daño, éste no se haya dado dentro del ejercicio de una gestión fiscal; cuando se hubiere resarcido el perjuicio, o cuando exista una causal excluyente de responsabilidad, o haya operado la caducidad o la prescripción; decisión que deberá ser notificada a las partes, personalmente o mediante edicto.

Agotado el trámite anterior, el asunto debe remitirse a los tres (3) días siguientes mediante oficio al Superior Jerárquico, a fin de que se surta el grado de consulta, quien procederá mediante providencia motivada previa verificación de la observancia del debido proceso, a confirmar el archivo del expediente o en su defecto a revocar tal decisión.

Cuando el Superior Jerárquico confirma el archivo del expediente, finaliza el procedimiento.

En el evento en que se revoque el auto de archivo, el expediente deberá devolverse al funcionario de conocimiento, a fin de que profiera auto de imputación de responsabilidad fiscal, y continúe con el trámite respectivo.

- b) Proferir auto de imputación de responsabilidad fiscal si se ha demostrado del daño o perjuicio al patrimonio del Estado, y éste sea producido dentro de una gestión fiscal; igualmente, cuando se ha identificado a los implicados y hay medios probatorios que ofrezcan serios motivos de credibilidad sobre la responsabilidad fiscal de aquellos; decisión que deberá notificarse directa y personalmente al implicado y a la compañía aseguradora si la tuviere.

En la misma providencia se ordenará correr traslado a las partes por el término de diez (10) días, contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto, a fin de que presenten los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto, soliciten pruebas o se aporten las que se pretendan hacer valer.

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

Agotado el trámite anterior, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, que podrá ser:

a) Fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba de conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal; decisión que deberá ser notificada a las partes, personalmente o mediante edicto.

Una vez surtida la notificación del fallo, el asunto debe remitirse dentro de los tres (3) días siguientes mediante oficio al Superior Jerárquico, a fin de que se surta el grado de consulta, quien procederá mediante providencia motivada a confirmar el fallo sin responsabilidad fiscal o en su defecto a revocar tal decisión.

Cuando el Superior Jerárquico confirme el fallo sin responsabilidad fiscal finaliza el procedimiento.

En el evento en que se revoque el fallo sin responsabilidad fiscal, el expediente deberá devolverse al funcionario de conocimiento, a fin de que profiera fallo con responsabilidad fiscal, y continúe con el trámite respectivo.

b) Fallo con responsabilidad 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 ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable; fallo que también deberá ser notificado personalmente o por edicto.

Contra el fallo con responsabilidad fiscal proceden los recursos de reposición y apelación que podrán ser interpuestos dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la diligencia de notificación personal. Interpuestos los recursos de reposición y/o apelación, puede presentarse cualquiera de las situaciones:

- Que se revoque el fallo con responsabilidad fiscal y se ordene en consecuencia el archivo del expediente, decisión que deberá notificarse personalmente o por edicto, no susceptible de recurso alguno.
- Que se confirme el fallo con responsabilidad fiscal, evento en el cual se dejará constancia de ejecutoria del fallo, se dispondrá la inclusión de responsable fiscal en el Boletín y se dará traslado del título a Jurisdicción Coactiva, finalizando el procedimiento.

4.2.2 Responsables. Es responsable de la aplicación y mejoramiento del procedimiento el Director Técnico de Responsabilidad Fiscal, los Profesionales Universitarios y la Secretaria asignada en el área.

4.2.3 Documentos relacionados

- Mapa de riesgos.
- Normograma por procesos
- Ficha técnica de indicadores
- Hoja de ruta – proceso responsabilidad fiscal
- Tablero de control – proceso responsabilidad fiscal

4.2.4 diagrama de flujo

Flujograma	Actividad	Responsable	Documento y/o Registro	
			Código	Nombre
<pre> graph TD INICIO([INICIO]) --> 1[1] 1 --> 2[2] 2 --> 3[3] 3 --> 4[4] 4 --> 5[5] 5 --> 6[6] 6 --> 7[7] 7 --> 8[8] </pre>	<p>Se inicia en los eventos previstos en el artículo 40 de la Ley 610 de 2000, así: oficiosamente, con base en la indagación preliminar tramitada, con fundamento en cualquiera de los productos de gestión de auditoría, por solicitud de las mismas entidades vigiladas, o por denuncia o queja convalidada.</p>			
	<p>Revisión y estudio sobre cumplimiento de los requisitos impuestos por el proceso, de los legales y los establecidos por la entidad. Término 5 días</p>	Dueño del proceso	RFJC – 110 – R11	Tablero de Control
	<p>Avocar conocimiento del asunto, preparación del expediente y radicación. Termino 1 día</p>	Dueño del proceso	RFJC – 110 – R01	Auto de Trámite
	<p>Reparto y comisión cuando el asunto corresponda al Profesional Universitario. Término 1 día</p>	Dueño del proceso	GD – 105 – R05	Comunicación Oficial
	<p>Dictar auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal, ordenando la práctica de pruebas de investigación de bienes y demás diligencias pertinentes. . Término 5 días</p>	Dueño del proceso / Profesional Universitario	RFJC – 110 – R01 RFJC – 110 – R11	Auto de Trámite Tablero de control
	<p>Notificar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal al presunto(s) implicado(s) y a la Compañía de Seguros, si la hubiere. Término 30 días</p>	Dueño del Proceso / Profesional Universitario	GD – 105 – R 05/ RPJC – 110 – R03	Comunicación Oficial. Notificación personal o por edicto
	<p>Práctica de Pruebas. Término 3 meses, 90 días</p>	Dueño del Proceso / Profesional Universitario	GD – 105 – R 05 RPJC – 110 – R01	Comunicación Oficial Auto de trámite
	<p>Verificar si han sido vinculados la totalidad de los presuntos responsables fiscales y/o si se les nombró apoderado de oficio; y si amerita o no prórroga del término probatorio Término 1 día</p>	Dueño del Proceso / Profesional Universitario	RFJC – 110 – R11	Tablero de control
	<p>Prórroga término probatorio cuando las circunstancias lo ameriten Término 2 meses – 60 días</p>	Dueño del Proceso / Profesional Universitario	GD – 105 – R05 RFJC – 110 – R01	Comunicación Oficial Auto de Trámite

Flujograma	Actividad	Responsable	Documento y/o Registro		
			Código	Nombre	
<pre> graph TD Start(()) --> 12b[12b] 12b --> 13b[13b] 13b --> 14b{14b} 14b --> 14b1[14b1] 14b --> 14b2[14b2] 14b1 --> 15b1[15b1] 15b1 --> 16b1[16b1] 16b1 --> 17b1{17b1} 17b1 -- SI --> 17b11[17b11] 17b1 -- NO --> 17b12[17b12] 17b11 --> FIN((FIN)) 17b12 --> 14b2[14b2] 14b2 --> 15b2[15b2] </pre>	Traslado del expediente Término 10 días hábiles – 15 días	Secretaria	GD – 105 – R05	Comunicación Oficial	
	Decreto de pruebas de oficio o a solicitud de parte Término 30 días	Dueño del Proceso / Profesional Universitario	RFJC – 110 – R01 RFJC – 110 – R11	Auto de Trámite Tablero de control	
	Fallo de primera instancia, optando por una de las dos situaciones: b1) Fallo sin responsabilidad fiscal b2) Fallo con responsabilidad fiscal Término 30 días				
	Cuando la opción corresponde a 14b1, es decir a fallo sin responsabilidad fiscal se adelantará el siguiente trámite.				
	Notificar el fallo sin responsabilidad fiscal al implicado y a la Compañía de Seguros en caso de haber sido vinculada Término 30 días	Dueño del Proceso / Profesional Universitario / Secretaria	GD – 105 – R05 RFJC – 110 – R03	Comunicación Oficial Notificación personal o por edicto	
	Remisión del expediente al Despacho del Contralor Municipal Término 3 días	Dueño del Proceso / Secretaria	GD – 105 – R05	Comunicación Oficial	
	Resolución grado de consulta pro parte del superior Jerárquico optando por una de las dos situaciones b11) Confirma la decisión de primera instancia. b12) No confirma la decisión de primera instancia. Se revoca y se pasa al procedimiento indicado en el 14b2 Término 1 mes - 30 días	Contralor Municipal	OI – 100 – R08	Auto de Fondo	
	CONFIRMA SI NO 17b11 17b12				
	Cuando la opción corresponde a 14b2, es decir a fallo con responsabilidad fiscal se adelantará el siguiente trámite.				
	Notificar el fallo con responsabilidad fiscal al responsable fiscal y a la Compañía de seguros en caso de haber sido vinculada en calidad de tercero civilmente responsable. Término 30 días	Dueño del Proceso / Profesional Universitario / Secretaria	GD – 105 – R05 RFJC – 110 – R03	Comunicación Oficial Notificación personal o por edicto	

Flujograma	Actividad	Responsable	Documento y/o Registro	
			Código	Nombre
<pre> graph TD 16b2[16b2] --> 17b2{17b2} 17b2 --> 17b21[17b21] 17b2 --> 17b22[17b22] 17b21 --> FIN1((FIN)) 17b22 --> 14b2[14b2] 14b2 --> 15b1[15b1] 15b1 --> FIN2((FIN)) </pre>	Interposición de recursos de reposición y/o apelación Término 5 días	Secretaria	GD – 105 – R05	Comunicación oficial
	Resolución de Recursos: Se puede presentar una de las siguientes situaciones: b21) Se revoca fallo con responsabilidad fiscal y se archiva el proceso – Fin del proceso. b22) Se confirma la decisión. Reposición: Término 2 meses - 60 días Apelación: Término 20 días	Dueño del Proceso/ Profesional Universitario/ Contralor Municipal	RFJC – 110 – R02 OI – 100 R08	Auto de Fondo
	Ejecutoria del fallo. Término 5 días	Secretaria	GD – 105 – R05	Comunicación oficial
	Reporte al Boletín de Responsables Fiscales y Traslado a Jurisdicción Coactiva. Término 3 días	Dueño del Proceso / Secretaria	GD – 105 – R05	Comunicación Oficial

4.3 MOTIVOS QUE ORIGINAN LA ACCIÓN FISCAL EN EL MUNICIPIO DE PASTO

CAUSAS	No.	PORCENTAJE
Irregularidades en contratación	19	38%
Diversas irregularidades en el manejo de recursos del erario público.	10	20%
Prescripción en cobros coactivos en las diferentes dependencias de la administración.	2	4.08%
Irregularidades en Fondos Educativos Docentes	7	14.28%
Irregularidades en pagos de adquisiciones	8	16.32%
Otras causas	4	8.16%

CAPITULO V

PROPUESTA

El constituyente de 1991, dentro del propósito de asegurar que el manejo del patrimonio estatal se desenvuelva en ámbitos de moralidad, eficacia, economía y legalidad, asignó a los organismos relacionados con el control fiscal un carácter técnico y la autonomía administrativa y presupuestal requerida para el ejercicio de sus funciones.

Así, el artículo 267 de la Constitución establece el control fiscal como una función pública que ejerce la Contraloría General de la República, y en virtud del principio de autonomía y descentralización política y administrativa de las entidades territoriales también las contralorías de los departamentos, distritos y municipios. Mediante este control se vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación; se hace en forma posterior y selectiva e incorpora el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Las atribuciones conferidas al Contralor General de la República, asignadas en idénticos términos a los contralores departamentales, distritales y municipales por disposición expresa del artículo 272 constitucional, se establecen en el artículo 268 de la Carta. Dentro de ellas se hace referencia, en los numerales 1º y 2º, al deber que tienen quienes ejercen como titulares del control fiscal de exigir a los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación una satisfactoria rendición de cuentas y de éstos a entregarlas oportunamente, de conformidad con los métodos y criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados, específicamente establecidos para el efecto, determinando el grado de eficiencia, eficacia y economía en su gestión.

Como la administración del tesoro público supone una mayor responsabilidad para el servidor que la realiza, quien incurra en algún acto irregular sobre el manejo de bienes y recursos públicos adquiere, además de la responsabilidad disciplinaria y penal, una de tipo fiscal ante el órgano respectivo de control, el cual ejercerá la potestad sancionatoria pecuniaria.

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”²⁹, 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.

Sin embargo, por se el ente fiscal de carácter administrativo abre la puerta para que las autoridades administrativas puedan fallar las peticiones que les formulen, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial partiendo de la oportunidad legal que brinda la Ley 1395 de 2010, que introdujo reformas importantes al procedimiento Administrativo relacionados con el Precedente para casos análogos, y por economía procesal para emitir los fallos.

Esta reforma es una verdadera innovación y fija un precedente importantísimo, ya que a través del mismo, en materias tan diversas como el tema pensional, prestacional, salarial, de reparación directa por daños oficiales comprometidos con armas de fuego oficiales vehículos o daños a conscriptos, así como en materia tributaria y aduanera, se podrán resolver las peticiones que les formulen teniendo en cuenta en la expedición de dichos actos, el precedente jurisprudencial, en materia ordinaria o contenciosa administrativa.

²⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 de 2000. Santafé de Bogotá. Diario Oficial. Agosto 15 de 2000

Establece igualmente, que el precedente jurisprudencial corresponde a cinco fallas en el mismo sentido, por los mismos hechos y pretensiones que se hubieren proferido en casos análogos.

Como ya expresé y de acuerdo a mi experiencia en la Contraloría Municipal de Pasto, se encuentra que existe en algunos casos, temor para proferir los actos administrativos, no obstante existir múltiples fallos que resuelven el tema, no obstante se escoge en oportunidades fallar el caso teniendo en cuenta el criterio del funcionario de turno y se deja a la jurisdicción contenciosa administrativa, que resuelva el tema.

Esta situación ha sido analizada en los encuentros de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, es así como se ha planteado que en materia laboral no existiría tanto cúmulo de procesos si se analizaran los casos y se fallara conforme al precedente jurisprudencial en casos análogos ya que en la mayoría de ellos se han resuelto ab-initio, con una teoría, que se desconocen las entidades administrativas, lo que genera múltiples demandas que son resueltas a través del tiempo precisamente con el precedente jurisprudencial, con un costo fiscal para el estado, especialmente en temas relacionados con pensiones.

Es por ello que sin dubitación alguna concluimos que esta si es una verdadera medida contra la congestión, norma en la que se pueden amparar las entidades estatales en el momento de producir sus actos administrativos.

Para una mayor claridad transcribimos la totalidad del artículo así:

Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios

o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

De otra parte, la inclusión del artículo 115 en la citada Ley es otro gran avance en nuestra legislación colombiana, y es que en estricto sentido nuestros jueces y magistrados están atados a fallar sus negocios el orden cronológico en que entran al despacho con excepción de las acciones constitucionales.

Por manera, que al facultárseles a resolver los casos que tengan una solución similar, por coincidir los elementos fácticos y jurídicos, les es dable fallar con el precedente jurisprudencial, sin que se vea obligada a respetar el turno correspondiente.

A continuación incluimos la totalidad del artículo citado.

Artículo 115. Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por último, es preciso señalar que la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa ha venido preocupándose por unificar su jurisprudencia, es así como en los concursos de jueces y magistrados, tanto los conductores del proceso, como los participantes del concurso, vienen trabajando en las líneas

jurisprudenciales correspondientes, apartándose de los fallos aislados, clasificando las sentencias en arkimédicas, hito, fundadoras de línea y confirmadoras de línea, entre otras. Todo ello conforme al procedimiento utilizado y recomendado por el doctor Diego López en su libro el derecho de los jueces.

Igualmente es imprescindible en lo atinente al tema del precedente, como factor de descongestión tanto a nivel de los despachos judiciales, como de las autoridades administrativas precisar su importancia con los siguientes motivos:

- Modernizar la normativa que rige en materia administrativa en Colombia.
- Hacer de la actuación ante la administración un procedimiento más simple y eficiente.
- Es necesario fortalecer procedimientos simples, rápidos y eficientes en lo que tiene que ver con la relación administrado-administración.

Por otra parte es imprescindible mencionar el texto de reforma a la justicia expresamente se contempla:

Artículo 10: El artículo 230 de la Constitución Política quedara así: “los Jueces en sus providencias, sólo están sometidos a la constitución, al ordenamiento jurídico y a la Jurisprudencia.

La Ley definirá los casos en que la jurisprudencia tendrá fuerza vinculante para las autoridades judiciales y administrativas. Los cambios jurisprudenciales solo tendrán efectos hacia el futuro.

La equidad, los principios generales del Derecho y la Doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Como podrá apreciarse del texto del proyecto se incluye la importancia de la jurisprudencia para que sea considerada con fuerza vinculante para las distintas autoridades; ello implicaría que a la misma se la reconozca como fuente de derecho con toda la connotación que ella pueda tener tanto desde el punto de vista sustancial como procesal.

Así del estudio realizado en esta investigación se sugiere la necesidad de replantear las funciones del Control Fiscal, en el marco de una reforma que además simplifique y en lo posible unifique, el disperso conjunto acciones legales que buscan el resarcimiento del patrimonio público; bajo la idea que un sistema más sencillo y racional, seguramente tendrá más eficacia que uno disperso y complejo.

De otro lado, consideramos que si bien la información utilizada para sustentar este trabajo hace relación principalmente a la Contraloría General de la República, las conclusiones obtenidas hasta el momento mantienen validez frente a todas las demás contralorías, pues por un lado, es el más importante del Art. 268 de la Constitución Política de Colombia.

Todos los órganos de control fiscal y de otro, los aspectos estructurales y de diseño institucional que explican la situación de la Contraloría General son comunes a todas las demás. Por consiguiente, es válido plantear la necesidad de un esquema en el cual la intervención de las Contralorías en la fijación de responsabilidades derivadas de la gestión fiscal, o bien se suprima, quedando por completo en manos del poder judicial, o se limite al papel de iniciador de la acción respectiva ante la rama judicial; con facultades para llevar a cabo o promover un cobro persuasivo previo al proceso.

Esta propuesta tendría una ventaja adicional, cual es la posibilidad de mayores garantías procesales para las personas vinculadas a los procesos de

responsabilidad fiscal, disminuyendo el riesgo de abuso por parte de la Contralorías.

Actualmente, la posibilidad de defensa decisiones arbitrarias tomadas por las contralorías en el curso de tales procesos se ve limitada por el hecho de que si bien, formalmente, hay instancias y recursos, en últimas quien decide es una sola entidad sometida en su interior a un mando jerárquico. Esto por ser procesos lineales a diferencia de lo que sucede cuando frente a las decisiones en firme de los organismos de Control fiscal, se acude por vía jurisdiccional a las autoridades Contencioso Administrativas para finalizar la controversia mediante una sentencia.

Abordado el tema de la eficacia y eficiencia del control fiscal se incluirá como un capítulo adicional en la presente investigación, uno de los alcances que tiene la Responsabilidad Fiscal, a nivel nacional algunas de las novedades que consagra también el proyecto de Ley del estatuto anticorrupción referente a este tema frente al cual se incluirán algunas de sus novedades extractadas en forma resumida como se observara a continuación.

CAPITULO VI
NOVEDADES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL SEGÚN EL
PROYECTO DE LEY ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

1. La implementación de un proceso verbal.
2. Conocimiento en Única Instancia cuando la estimación de la cuantía del presunto daño patrimonial sea igual o inferior a la mínima cuantía para contratación de la respectiva entidad territorial y será de doble instancia cuando supere la suma señalada.
3. Implementación de la Audiencia de descargos para adelantarse una vez emitido el auto de apertura e imputación del proceso.
4. Tramite de la Audiencia de Decisión abierta con la presencia del funcionario investigador fiscal, los profesionales técnicos de apoyo designados, el presunto responsable fiscal o su apoderado, si lo tuviere.
5. Las partes podrán desistir de los recursos de reposición o de apelación esto dependiendo de la cuantía, en cuyo caso podrán acudir directamente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
6. La caducidad y la prescripción de la acción fiscal caducara en Diez (10) años, contados a partir de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.
7. Utilización de Medios tecnológicos para la practica de pruebas, evacuación de audiencias, notificaciones a través de fax o la dirección de correo electrónico del investigado o su defensor si previamente por escrito hubieren aceptado ser notificados de esta manera.
8. Solidaridad en los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición ordenador del gasto del respectivo organismo, o entidad contratante con el contratista y con las demás personas que incurran en el hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.
9. Auditorias concurrentes y planes de auditorias para dar cobertura nacional al control fiscal.

10. Alianzas estratégicas con la academia y otras organizaciones de estudios e investigación social, para ejercer el control fiscal social con fines preventivos.
11. Fortalecimiento de los sistemas de información para la contratación pública, para erradicar sobre costos y actos de corrupción en el SICE.
12. Capacitación especializada en el control fiscal, para el personal que vaya a desarrollar actividades misionales del control fiscal, deberán acreditar formación especializada en auditoría gubernamental.
13. Aplicación del principio de oportunidad: se podrá suspender, interrumpir o terminar el ejercicio de las acciones o procesos derivados del control fiscal cuando:
 - La afectación de la integridad del patrimonio público resulte poco significativa.
 - La sanción del deber funcional haya sido sancionada disciplinariamente.
 - La afectación del patrimonio público recaiga sobre un objeto material e tan alto grado de deterioro que no compense el beneficio obtenido con la intervención de la contraloría.
 - La imputación de responsabilidad fiscal sea culposa y los factores que la determinen califiquen la conducta como de menguada significación jurídica y social.
 - Cuando la intervención de la contraloría, dificulte, obstaculice o impida orientar sus esfuerzos de auditoría o investigación hacia hallazgos o daños al patrimonio público de mayor relevancia o trascendencia.
 - La aplicación del principio de oportunidad será de competencia exclusiva del respectivo contralor o del auditor general, quienes no podrán delegar el ejercicio de esta atribución.
 - Para la vigilancia de recursos públicos de la Nación administrados en forma desconcentrada en el nivel territorial o transferidos a las entidades territoriales y sobre los cuales la Contraloría General de la República

ejerza control prevalente o concurrente, organice en las capitales del departamento y en el distrito capital gerencias

- departamentales colegiadas, conformadas por no menos de tres contralores provinciales.

Estos son algunos de los aspectos más relevantes que desarrolla el proyecto de ley estatutaria anticorrupción, y que tienen injerencia en el manejo del control fiscal volviendo el procedimiento más eficiente, aunque como en todos los procesos que se ha instituido la oralidad pueden ser también cuestionados por incurrir en algunas inobservancias de las garantías de defensa y debido proceso.

CONCLUSIONES

En ese orden de ideas las contralorías son las únicas que tienen la facultad, por mandato constitucional, para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, que precisamente tienen como función, determinar si hubo detrimento al erario, ordenar su resarcimiento al responsable fiscal y, si es del caso, su ejecución por jurisdicción coactiva.

No obstante existir en Colombia la figura sólida de la responsabilidad fiscal como acción legal orientada a recuperar el patrimonio público dañado, la Corte Constitucional como máxima autoridad en temas constitucionales la ha convertido en una herramienta rota que impide la recuperación del patrimonio público dañado.

La situación actual nos lleva a plantear la necesidad de modificar las funciones básicas del control fiscal, asignando la competencia de fijar responsabilidades fiscales al poder judicial y estableciendo un sistema coherente y simple de acciones judiciales y de legitimación para su ejercicio, orientado a la protección y reparación del patrimonio público. Una reforma de este tipo tendría efectos positivos no solo en lo relativo a la efectividad en la fijación de responsabilidades fiscales, sino, además, en el desempeño de las propias contralorías y en la protección del derecho de defensa de las personas vinculadas a estos procesos. Igualmente, saber utilizar en el trámite de los procesos administrativos, la herramienta legal del precedente lo que contribuye a descongestionar los procesos que se tramitan actualmente en las contralorías territoriales como en el organismo estudiado la contraloría Municipal de Pasto, siendo más eficiente y efectiva en sus pronunciamientos.

Además la evolución normativa que tiene nuestro país y la tendencia de adoptar los procedimientos más manejables tanto para la administración como para los administrados, ha llevado a la implementación de los procedimientos verbales, dando mayor celeridad a los tramites respectivos, con plena observancia de las garantías procesales, situación que no deja atrás a los procesos que se tramitan por autoridades administrativas como el caso de los procesos de responsabilidad Fiscal, situación que lleva a que funcionarios y profesionales cuya temática nos es atractiva comencemos a capacitarnos a respecto.

Como uno de los alcances contemplados en los avances normativos que se están presentando en la temática de responsabilidad fiscal es novedoso que los tramites tengan una proyección de eficacia y eficiencia en busca de proteger la integridad del patrimonio público del Estado, volviendo el procedimiento más manejable aunque también como toda novedad sometido a los respectivos cuestionamientos que ello trae inmerso en su propósito, mas aun cuando el manejo de audiencias es en momento de exiguuo manejo por quienes tienen que realizarlas en los tramites procedimentales que lo requieran.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal, 1 edición. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. El Proceso de Responsabilidad Fiscal. Cuadernillo No. 1. Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

_____. Plan Operativo RFJC. Proyecto de Modernización.

CORTE CONSTITUCIONAL. Ley 610 de 2000, Artículo 7. Pérdida, daño o deterioro de bienes.

_____. Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de Responsabilidad Fiscal de competencia de la Contraloría.

GACETA DEL CONGRESO No. 299 del 26 de noviembre de 1998

_____. No. 177 del 31 de mayo de 2000, pág. 9.

_____. Sentencia C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett . Tomo CXXXVII, No. 2331

HENAO, Juan Carlos. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Cuarta edición. Buenos aires, 1998

RESOLUCIÓN ORGÁNICA No 5500 de 2003. Por la cual se determina la competencia para el conocimiento y tramite de la Acción de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de la República.

Sentencia C-364 de 2 de abril de 2001.

Sentencia C-366/01

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

Sentencias C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-585 de 1995, Corte Constitucional.

Sentencias Nos. C-529/93 M.P. Eduardo Cifuentes; C-167/95; C-586/95 M.P. Eduardo Cifuentes y José Gregorio Hernández; C-272/96.

Sentencia 840 de 2001, Corte Constitucional, MP Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-529 de 1993 Corte Constitucional, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

[http://cabildo.com.co/Articulo/ Fundamento Control Fiscal.htm](http://cabildo.com.co/Articulo/Fundamento%20Control%20Fiscal.htm)