



234

MEMORANDO

PARA Dr. César Augusto López Botero
AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

DE Juan Fernando Romero Tobón
DIRECTOR OFICINA JURÍDICA

ASUNTO Aspectos relacionados con el proceso de
responsabilidad fiscal.

FECHA 18 de septiembre de 2001

Señor Auditor,

En el presente documento se tratan algunos aspectos de interés para la entidad atinentes al proceso de responsabilidad fiscal y sobre los cuales se han generado una serie fundadas inquietudes. Paso enunciar los dos temas centrales:

1. En primer lugar, el alcance de la reparación que debe hacerse al Estado por parte de quien resulta condenado en un proceso de responsabilidad fiscal. Como punto nodal, los aspectos relacionados con la caducidad de la acción fiscal frente al tránsito de legislación.
2. En segundo término, la responsabilidad fiscal en el caso de producirse detrimento patrimonial por el no pago oportuno de tributos y otras expensas a la cual están obligadas las entidades vigiladas.

Si bien los temas aludidos podrían aparecer dispersos y específicos para lograr, con base en los mismos, aglutinar una enunciación de principios y unos criterios sobre el particular, tal consideración es apenas preliminar. Concretamente, el juicio de responsabilidad fiscal constituye un procedimiento que la Auditoría General de la República adelanta con el propósito de determinar si, derivado de la gestión fiscal, se produjo o no un detrimento patrimonial. De allí que sea necesario revisar, como primer punto, y así sea someramente, la naturaleza del mismo, en el marco de generalidad del control y, posteriormente, en función de lo previsto en la Ley 610 de 2000 como una regulación que intentó sanear algunos de los problemas que se habían presentado con la expedición de la Ley 42 de 1993, especialmente en cuanto al

concepto 110.020.2001

110 020 2001
62
03.02.
8:20
24/09/01

resarcimiento del erario, el tema de la caducidad para esta clase de investigaciones. Las inquietudes están, pues, en la base misma de este procedimiento en cuanto comportan reflexiones sobre los sujetos, los aspectos configurativos del daño y el tiempo procesal dentro del cual pueden iniciarse actuaciones, que ameritan que se profundice en los términos aquí propuestos, tanto como encuadrar y dimensionar a la Auditoría General de la República en esa labor. Como se podrá advertir, al tratar estos temas se deben abordar otros que resultan igualmente pertinentes.

CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA

1. Consagración de la responsabilidad fiscal

La responsabilidad fiscal ha sido considerada como uno de los vértices de la función que despliega la Auditoría General de la República. El proceso que dio lugar a la adopción de la Constitución Política de 1991 la consagró, explícitamente, como una de las funciones sustanciales del control fiscal en cabeza de esa institución, en virtud del Decreto ley 272 de 2000.

Cabe recordar que la atribución de la determinación de la responsabilidad fiscal en cabeza de los organismos de control no existía, de manera expresa, en la Constitución de 1886 y sus reformas. El artículo 59 de aquella establecía que "la vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley". Sucesivas leyes¹ contemplaban dicho proceso ligado a aquél de rendición de cuentas. Con la adopción de un Estado social de derecho, se estrechó la relación entre el control y una responsabilidad funcional de la cual es depositaria la Ley 610 de 2000. De este modo, si tales reglas se convierten en simple retórica, de la cual no se puede derivar consecuencias resarcitorias, no se habrá avanzado ni un ápice.

Según se puede vislumbrar, los problemas planteados no resultan, en manera alguna, desprovistos de interés dentro del criterio mismo de responsabilidad. No sobra recordar que en estos últimos años, la lista de casos en donde se ha esquilmo el patrimonio público presenta una curva ascendente, bien sea porque se ha incentivado la labor investigativa de los organismos de control, bien porque, no obstante lo anterior, el lastre

¹ Deben tenerse en cuenta la Ley 42 de 1923, el Decreto 911 de 1932, la Ley 58 de 1946, La Ley 151 de 1959 y la Ley 20 de 1975.

de la corrupción rampante lo sigue afectando de manera grave, bien porque la autonomía otorgada a estos organismos de control ha originado esta clase de efectos o, bien, por el entrelazamiento de estas razones.

Hoy en día resulta difícil determinarlo, pero lo que sí se observa es que se producen nuevas modalidades de corrupción, en función de la actual interacción entre lo público y lo privado², apéndice de la redefinición del Estado que ha recibido el nombre, ya muy divulgado por nuestro días, de neoliberalismo en cuanto cosmovisión que, para lo que se comenta implica una reducción de la presencia activa del Estado.

La labor de los organismos de control y de vigilancia de la gestión fiscal, a cuya cabeza está la Auditoría General de la República tiene, pues, una clara justificación (persuasiva como persecutoria) en momentos en que tal estado de cosas amenaza con perpetuarse³ como si tratara de un aspecto

² DESCENTRALIZACIÓN Y CORRUPCIÓN, La Lucha contra la Corrupción en el Estado Descentralizado, Fernando Rojas, FESCOL, Bogotá 1996. A raíz de sonados casos, de crucial importancia es el control fiscal que se ejercita en los procesos de enajenación acción de propiedad del Estado. Se puede confrontar en ECONOMÍA COLOMBIANA, número 268, octubre y noviembre de 1997, Control fiscal y privatización, el impacto social, Hernán Ceballos Gacharná.

³ Retomando la información de Transparencia Internacional, en uno de los artículos aparecidos en la revista SINDÉRESIS, se indica, de una manera tajante, que Colombia es uno de los países con mayores niveles de corrupción. SINDÉRESIS, las bases de la corrupción: Una análisis comparativo con referencia a Colombia, William Cartier, número 4, abril 2001, pág. 68. De la misma revista, números 1º de abril de 2000 y 3 diciembre de 2000, en relación con los Índices de percepción de la corrupción o ipc. Tales informes ubican entre los primeros puestos a países como Finlandia y Dinamarca. Se podrá cuestionar las variables escogidas, la certidumbre de las encuestas seleccionadas y aún el estudio en sí, tanto como la carga ideológica que puede contener, o el propio diagnóstico acerca de las causas, pero sin duda, esto evidencia un problema de fondo que se torna mucho mayor si quienes están encargados de impedirlo, en los diversos niveles, también se encuentran afectados. No es azaroso que hacia donde se mire aparecen sus secuelas y vestigios en escenarios escabrosos dignos de hacer parte del círculo de averno.

consustancial al funcionamiento del sector público. A la mejor manera del mito de Sísifo, el Estado recoge la piedra para verla caer desde lo alto de la montaña y, debe, entonces, volver a levantarla en una actividad que no cesa, en un tiempo que parece no pasado, no recordado. Quienes acuden para no permitir la permanencia y extensión de este flagelo parecieran verdaderos Quijotes luchando contra la inercia de una locomotora que supera en velocidad, con creces, a Rocinante. Sin duda que la reificación de un escenario como el planteado lastra el proceso social y desvirtúa el proyecto político tendiente a reconstruir la legitimidad del Estado.

Pero, bueno es decirlo, no se trata de falso maniqueísmo ni de una cruzada moral que tienda, con la pasmosa facilidad que caracteriza estas movilizaciones, en dividir entre los buenos y los malos. Este tema no amerita un análisis coyuntural sino precisa perspectivas estructurales y así lo intentó la Constitución de 1991 acabando con el modelo de coadministración en la gestión, dándole independencia a los organismos de control fiscal y creando una nueva figura denominada Auditor.⁴ Pero, adicionalmente, definió el Estado colombiano como un Estado social de derecho con consecuencias evidentes frente a la manera del ejercicio del control. La expresión "social" permea⁵, entonces, la actividad del Estado y la ubica en un nivel cualitativamente mayor. Teniendo en cuenta que tal locución no es un capricho, en materia de responsabilidad fiscal su existencia implica un fortalecimiento de la misma y un rigor en cuanto a la gestión fiscal, que se expresa, entre otros aspectos, en un control más allá del aquel de simple de legalidad.⁶

A la par y en el curso de estos diez años el país ha visto como los cimientos de un modelo económico han sido derribados y, en su lugar, se ha erigido uno nuevo fundado en el sector privado, bien administrando recursos públicos, bien prestando servicios públicos. Es importante aclarar que el

⁴ Es importante señalar que la Ley 20 de 1975, en su artículo 56, contempló la existencia de un Auditor Interno para la Contraloría General de la República, elegido por la Comisión Legal de Cuentas. La Corte Suprema de Justicia, en su función de control de constitucionalidad, encontró inexecutable pues no le fijaba unas funciones.

⁵ Sobre el particular es ya célebre la sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL, T-406 de 5 de junio 1992, cuya ponencia estuvo a cargo del Magistrado Ciro Angarita Barón.

⁶ Se puede confrontar lo anterior en parte de la doctrina que ha aludido a este tema, a saber, CONTROL FISCAL, HERRAMIENTA DE GESTIÓN, Mauricio Bogotá Muñoz, Editorial Carrera 7ª, Bogotá, D.C., 2000.

cambio de sujeto no debe inhibir a la generalidad de los organismos de control pues ya está visto que la connivencia entre los particulares y ciertos servidores ha permitido defraudar al Estado.

Pero el institucionalismo o el normativismo, aunque importantes, no bastan. De allí el inicio de este escrito que, de acuerdo con su título, debería restringirse a lo jurídico. ¿Pero de qué puede valer una regulación si ella se construye sobre bases deleznable? De esto ya se era consciente años atrás cuando se formulaban la teoría del poder público en occidente. Afirmaba Montesquieu:

Cuando se han corrompido los principios del gobierno, las mejores leyes se hacen malas y se vuelven contra el Estado; cuando los principios se mantienen sanos, aún las leyes malas hacen el efecto de las buenas.⁷

El aplicador de una norma no puede sustraerse de ello aunque ésta sería una misión en la que concurrirían disciplinas diversas para entender una problemática tan compleja. Lo cierto es que no podemos caer en una suerte de legalismo para pretender que con una serie de retoques es factible avanzar por una senda apropiada. Tampoco menospreciar lo normativo cuando ello sea necesario. Pero es claro que si hay desigualdad social⁸, ausencia total de ejemplo en quienes están llamados a darlo,

⁷ EL ESPÍRITU DE LAS LEYES, Librería el Ateneo, Buenos Aires 1951, pág. 162.

⁸ La actual situación socio-económica por la cual atraviesa el país es preocupante. Tanto a nivel interno como internacional existe un consenso en el deterioro de las condiciones sociales diagnóstico extensivo los países calificados como en vía de desarrollo. Algunas cifras reveladoras dan cuenta de un desempleo galopante (21%); la pobreza media aumentó de 51,7% en 1993 a 56,3% en 1999. A nivel urbano la pobreza aumentó de 42,8% a 47,2% y a nivel rural de 70,7% a 79,6%. Para 2000, en situación de pobreza se encuentra cerca del 62% de la población colombiana. En relación con la concentración del ingreso, se ha indicado que “[e]l 50% más pobre de la población participa actualmente con una parte menor de sus ingresos que hace diez años; en contraste, los más ricos han mejorado su participación y la brecha entre el 10% más rico y el 10% más pobre se incrementó de 52,1 a 78,4 veces entre 1991 y 1999. [...] En consecuencia, el mejoramiento en las condiciones de vida de los colombianos se ha estancado o ha involucionado. A partir de 1996, se observa en todo el país, tanto en zonas urbanas como rurales una pérdida en el índice de Calidad de Vida, ICV, para los tres primeros deciles de la población. La actual coyuntura ha causado un estancamiento en los indicadores del progreso del país. Las políticas macroeconómicas han conducido a un empobrecimiento de la clase media”. En PLAN COLOMBIA, Conflictos, intervención y economía política de guerra, ediciones Universidad Nacional, Bogotá 2001, págs. 67 a 69. en el estudio del Departamento Nacional de Planeación, DESARROLLO HUMANO EN COLOMBIA, 2000, se indica que en los

posibilidad de birlar la ley o hacer del castigo algo leonino de manera apreciable⁹, o una cultura laberíntica, que acoge pequeños irrespetos normativos al otro o a la sociedad en su conjunto (en función de que hay que ser vivo) se está gestando un grupo humano que admite en su cosmovisión la corrupción aunque, es factible que en público denoste de ella. Adicionalmente, es posible que la práctica cotidiana se encauce hacia antagonismo frente a la norma o el principio y sea la norma la que salvaguarde el valor de mayor entidad y relevancia tal y como lo menciona Adela Cortina en su obra *Hacia un Pueblo de Demonios*¹⁰.

Para tomar una sola de las situaciones planteadas, lo que efectivamente está sucediendo es que el arca del gobernante se está confundiendo con el arca pública tal y como acontecía con el estado absolutista. No existe, entonces, la necesaria separación de lo público y lo privado, menos ahora cuando se fluctúa en uno y otro ámbito sin reparo alguno: negocio con aquélla o esta otra camiseta sin ningún rito o tránsito que permita cambiar el interés que se persigue o con que se actúa¹¹. Es evidente que si se logra

último años, el índice GINI ha aumentado en el país a partir de 1996 llegando a 0,563 en 1998.

⁹ De acuerdo con lo visto anteriormente, la corrupción aumenta cuando menores sean tanto la probabilidad de que el agente corrupto sea descubierto, como la fuerza del castigo cuando se aplica. En ambos casos la evaluación de la situación colombiana es poco favorable.

[...]

La ausencia de responsabilidad de los funcionarios en estos casos ha permitido que las sumas pagadas por la nación en demandas ante los tribunales hayan aumentado de \$600 millones en 1986 a más de \$6000 millones en 1991, la mayor parte debida a decisiones equivocadas y malos manejos de funcionarios". En *LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA*, Autores Varios, Contraloría General de la República, págs. 39 y 40.

¹⁰ Ed. Taurus, Madrid 1998.

¹¹ DESCENTRALIZACIÓN Y CORRUPCIÓN, La Lucha contra la Corrupción en el Estado Descentralizado, Fernando Rojas, FESCOL, Bogotá 1996. A raíz de sonados casos, de crucial importancia es el control fiscal que se ejercita en los procesos de enajenación acción de propiedad del Estado. Se puede confrontar en *ECONOMÍA COLOMBIANA*, número 268, octubre y noviembre de 1997, Control fiscal y privatización, el impacto social, Hernán Ceballos Gacharná.

trazar una línea muy clara entre estos dos ámbitos se habrá dado el paso más importante no sólo en manejo del erario sino en cuanto a la legitimidad del Estado que puede llevar ese nombre y hacer del interés común, público o social una verdadera finalidad.

Sin duda que a nivel sociológico, uno de los aspectos que puede disuadir de ese tipo de actitudes, además de los mecanismos propiamente preventivos, es el aseguramiento de la inexistencia de impunidad. No obstante que el debate en un problema como el propuesto, que no merece un tratamiento unilateral y que necesariamente debe tener en cuenta el nuevo contexto político,¹² es evidente que la mengua en la función persecutora deteriora el sistema anticorrupción. Se ha dicho al respecto:

De acuerdo con lo visto anteriormente, la corrupción aumenta cuando menores sean tanto la probabilidad de que el agente corrupto sea descubierto, como la fuerza del castigo cuando se aplica. En ambos casos la evaluación de la situación colombiana es poco favorable.

[...]

La ausencia de responsabilidad de los funcionarios en estos casos ha permitido que las sumas pagadas por la nación en demandas ante los tribunales hayan aumentado de \$600 millones en 1986 a más de \$6000 millones en 1991, la mayor parte debida a decisiones equivocadas y malos manejos de funcionarios.¹³

Sin entrar en la discusión en torno a los aspectos filosóficos existentes entre convicción, educación, persuasión y sanción, y básicamente las críticas que se realizan en contra de una actitud netamente sancionadora o, para el caso resarcitoria, debe señalarse que la sanción o la condena, a título de carga para quien es responsable, es un elemento vital para propender por una serie de conductas y desincentivar aquéllas que resultan reprobables.

Desde este punto de vista, si existe un ambiente propicio para que se concrete el usufructo del Estado, es muy seguro que el cometido estatal de extirpar esta clase de actividades, -noticia de todos los días-, encontrará un témpano que repercutirá en su estructural subsistencia. Casos de gran trascendencia nacional serían comidilla del siglo si sus autores, en todos los niveles, pudiesen pavonearse con el esfuerzo social, generando un grave deterioro de la confianza pública y una desazón frente a un Estado y

¹³ LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA, Autores Varios, Contraloría General de la República, págs. 39 y 40.

una población que las observa irredento sin contar siquiera con las vías procesales y expeditas para su resarcimiento patrimonial y caso paradigmático, porque los sujetos involucrados no pueden ser procesados en virtud de que las acciones contra ellos ya caducaron. Al realizar una sumaria revisión de cifras, algunas de las cuales superan los miles de millones, se observa la importancia de esta labor y, de algún modo, la relevancia que tiene el resarcimiento patrimonial del Estado casi de un mayor valor y de una importancia más significativa que la destitución del empleo o la privación de la libertad. En efecto, en los actuales momentos en donde las políticas estatales han estado matizadas por restricciones agresivas en el gasto, la corrupción se torna como el primero de los males pues desvía los ya exiguos recursos públicos.

Es lógico entonces, y constituye una aspiración legítima, que dentro de un marco constitucional como el que nos rige, tan garantista como protector del recurso público, el Estado cuente con las herramientas necesarias para lograr resarcir el perjuicio que se le ha irrogado, lo que resulta apenas coherente con la responsabilidad que él mismo asume y las funciones esenciales que le han sido asignadas y aquéllas que despliegan cada uno de sus funcionarios.

Y es igualmente comprensible que en esa labor no existan hiatos, vale decir, que en cuanto entidad estatal, dichas funciones se hagan extensivas a los propios organismos que ejercen control, máxime si, como se puede corroborar, comprometen una buena porción de recursos públicos y, adicionalmente, en ellas se finca la esperanza de lograr que la generalidad de éstos sean bien invertidos o, en su defecto, que se obtenga la compensación condigna frente a la burla al erario. La Auditoría, en una suerte de pleonasma, vigila la gestión fiscal de los encargados de la vigilancia de la gestión fiscal y la forma como esa actividad es desplegada por las Contralorías y, en esa medida, potencializa los instrumentos de control, y de la correcta y eficiente inversión de recursos públicos.

Por ello, los lineamientos aquí esbozados son aplicables a la institución creada en 1991 y encargada de vigilar la gestión fiscal de la Contraloría General de la República (art. 274 constitucional) y, por disposición del legislador por delegación (el aludido Decreto 272 de 2000), de aquélla que desarrollan las contralorías territoriales. En efecto, teniendo en cuenta la derivación que la caracteriza, en ella se materializa la pretensión de un buen funcionamiento de la entidad que debe emprender tales acciones y, de esta manera, frustrar los violentos ataques a los cuales, cíclicamente, se ve abocado el Estado.

2. Algunos lineamientos de la responsabilidad en materia constitucional

Se ha emparentando la noción responder con la expresión "hacerse cargo de las consecuencias de un acto, tener, por lo tanto, que dar cuenta de". La misma corresponde a un juicio de valor respecto de una relación jurídica que nos conduce al término "imputación", vale decir, la reflexión en torno a un aspecto externo, como lo es la causalidad, y uno interno (propio de la responsabilidad subjetiva), que es la culpabilidad. El tema, según se puede observar, es propio de la actividad humana, presente en todas las actuaciones que despliega la persona y que, obviamente, irradia no sólo aspectos culturales y éticos sino, obviamente, jurídicos de allí su pertinencia constitucional. Tanto el derecho como ciertas corrientes filosóficas pregonan la libertad de la actuación del hombre frente a las corrientes deterministas que lo juzgan alienado a diferentes fuerzas o condicionamientos. El criterio de responsabilidad (de asignación) conduce a una dialéctica en torno a la justicia de las relaciones sociales. Se entiende, por ello, que haya sido un propósito del Constituyente de 1991 reconstruir la institucionalidad colombiana con fundamento en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas, en el marco de un nuevo Estado cuya principal característica es su énfasis en lo social.

Este proyecto fundacional comportó un análisis detallado de toda la serie de aspectos que se habían encargado de oradar la legitimidad estatal y minar su credibilidad. En el plano institucional, condujo al fortalecimiento de los organismos de control; a nivel social, un propósito de cerrar las compuertas de la perversión de lo público, entre otros por la apropiación privada del erario.

No sobra insistir en que la locución "social" no es gratuita. Quizás la primera vez en que ello fue expresado por la Alta Corporación corresponda a la sentencia de Tutela T-406 de 1992, en la cual se indicó lo siguiente:

1. Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

[...]

- a) El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.
- b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales. El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias.

En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los **mecanismos de control**, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.¹⁴

La expresión "social" permea, entonces, la actividad del Estado y la ubica en un nivel cualitativamente mayor. Teniendo en cuenta que tal locución no es un capricho, en materia de responsabilidad fiscal su existencia implica un fortalecimiento de la misma y un rigor en cuanto a la gestión fiscal, que se expresa, entre otros aspectos, en un control más allá del aquel de simple de legalidad.¹⁵

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL sent. T-406 de 5 de junio de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón. Se resalta.

¹⁵ Se puede confrontar lo anterior en parte de la doctrina que ha aludido a este tema, a saber, CONTROL FISCAL, HERRAMIENTA DE GESTIÓN, Mauricio Bogotá Muñoz, Editorial Carrera 7ª, Bogotá, D.C., 2000.

Tales reflexiones son compatibles con lo previsto en el inciso segundo del artículo 2° de la Constitución Política en el cual se preceptúa:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (se resalta)

Dentro de ese garantismo, que le es esencial, y el cual -como quedó visto- no se entendería sin un énfasis en la responsabilidad, son fecundas las alusiones constitucionales al tema de la responsabilidad, exigencia que no sólo es propia del servidor público, tal y como se podrá corroborar, sino que es consustancial al ciudadano dentro de los diversos ámbitos en los cuales se mueve, en el criterio kantiano de la "mayoría de edad", requisito básico de una sociedad que forja su destino.

- Desde los principios fundamentales, el artículo 6° de la Constitución Política determina que la responsabilidad de los particulares por infringir la Constitución y las leyes. A su turno, "los servidores públicos lo son por la misma causa o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".
- Encontramos el término "responsabilidad" atado al de libertad en relación con los medios de comunicación, tal y como aparece en el artículo 20.
- En el artículo 34 se introduce la figura de la extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en perjuicio del Tesoro Público, con lo cual se robustece la protección patrimonial y la búsqueda persistente de su indemnidad del mismo.
- También se habla de ella en escenarios como la familia, exigiendo una "voluntad responsable de conformarla" (art. 42) y la educación asignando la responsabilidad de la misma al Estado, la sociedad y la familia nuevamente (art. 67).
- En materia económica, la responsabilidad es reforzada especialmente en relación con el consumo cuando se "atente contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios" (art. 78). Se añade en ciertos artículos que la propiedad y la actividad económica tienen una responsabilidad social (arts. 58 y 333) acogiendo las tesis

solidaristas del profesor francés Leon Duguit.

- El artículo 88 introduce en nuestro constitucionalismo las acciones populares y de clase. Su aporte no se limita a ello. Previene la mencionada disposición que corresponde al legislador definir los casos de responsabilidad civil objetiva "por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos". Otro tanto debe decirse de la obligación para que el legislador determine las responsabilidades en materia de servicios públicos domiciliarios (art. 367)
- Acápite especial merece el capítulo 5 del Título II de la Constitución, relativo a los deberes y obligaciones de la persona y el ciudadano (art. 95). Entre ellos deben destacarse el de solidaridad social, el de protección de los recursos naturales y el de contribución al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado. Esto expresa, con el máximo de relevancia, el principio responsabilista que apareja, a la condición de ciudadano, el deber. En relación con los numerales aludidos del artículo 95, se observa que en los mismos existe una tendencia hacia la equidad en el manejo financiero estatal, lo cual supone no valerse, indebidamente, de él.
- En relación con la responsabilidad del Estado, además de lo previsto en el artículo 90, es importante traer a colación lo previsto en el numeral 17 del artículo 150, sobre las consecuencias de las amnistías e indultos y la subsistencia de la responsabilidad civil respecto de particulares (art. 200 numeral 1º), la que atañe al Presidente y sus ministros durante los estados de excepción (arts. 214 y 215).
- No puede perderse de vista que resulta especialmente importante el tratamiento que se le confiere al servidor público. En su artículo 6º se indica que la responsabilidad de los servidores públicos se deriva de la infracción de la Constitución y las leyes y "por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones". El artículo 90 radica la reparación patrimonial en la cual sea condenado el Estado en el servidor público cuando la conducta de éste sea cometida por culpa grave o dolo. A su turno, el artículo 124 señala que es tarea del legislador "determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva". En el marco de la responsabilidad subjetiva, especial atención debe efectuarse a lo previsto en el artículo 211 cuando de la delegación de funciones se

trata pues "[l]a delegación exime de responsabilidad al delegante".

- Se desemboca en el control fiscal el cual está previsto como una función pública que, desde el punto de vista objetivo, vigila el buen manejo de los fondos y bienes del Estado. De allí se desprende el proceso de responsabilidad que consiste en demostrar fallas en el manejo de estos y de aquéllos y, como consecuencia de ello, condenar al infractor a su resarcimiento.
- Como una extensión de esta última faceta, está lo relacionado con la vigilancia de "la gestión fiscal de la Contraloría General de la República" a cargo de un auditor.

En esta enunciación, que no sólo es numerosa sino cualitativamente importante, se ubican todos y cada uno de las relaciones y sujetos en donde cabe el concepto de responsabilidad, a saber, las que se originan al interior del mismo Estado, aquéllas que corresponden a la relación del Estado con los particulares (y viceversa) y las que atañen no sólo al Estado sino a los particulares entre sí. Tal circunstancia origina una serie de controles que se ejerzan sobre los servidores públicos y los particulares. La responsabilidad política sobreviene como consecuencia del control que es ejercido por el Congreso de la República. Por su parte, la responsabilidad civil supone la reparación económica y pecuniaria por el daño causado. Aquélla disciplinaria se produce como consecuencia de la vulneración de las prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés establecidas en la ley. La responsabilidad penal surge de la comisión de un hecho punible. Por su parte, la responsabilidad fiscal está relacionada con la administración financiera y patrimonial del Estado y tiene como objetivo indemnizar los perjuicios que un mal manejo del erario produce. A esto se suma la responsabilidad personal del servidor en virtud de la condena al Estado por una acción u omisión imputable a título de culpa grave o dolo. A diferencia de la responsabilidad fiscal, esta última proviene de una actuación de una persona que origina una condena contra el Estado, no necesariamente atada con la gestión fiscal.

Tal parece que con ese cúmulo de diques y talanqueras, que en ocasiones se juzgan como exagerados y reiterativos, así como de organismos que se dedican a ello, para el caso del control fiscal las Contralorías y la Auditoría General de la República, ha colmado las eventualidades en que puede encontrarse el Estado frente al particular y en relación con los servidores públicos.

En cuanto a la responsabilidad fiscal se refiere, es importante destacar, claramente, que la misma no proviene del carácter del sujeto sino de la naturaleza del recurso tal y como se puede advertir de la lectura del artículo 1° de la Ley 610 y del carácter de este juicio, según palabras de la Corte Constitucional:

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

- a) Es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales.
- b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.).

- c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso

penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94¹⁶.

- d) En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Subraya la Corte).¹⁷

No obstante, se ha querido enfatizar en una diferencia que ni la ley ni la Constitución realizan y es la que se desarrolló en los regímenes sobre la materia, vale decir, aquella que se radicaba sobre ciertos empleados en función de la labor que desplegaban y en virtud de las cuentas que rinden por su ejercicio. Así se lee en la Ley 110 de 1913 cuando alude a las características de los empleados de manejo a saber unidad de responsabilidad, unidad de caja y unidad de manejo (art. 282). Dicho empleado debía prestar caución. No obstante tal unidad, era factible que el Jefe exigiera cauciones a los funcionarios a su mando. En los artículos 333 y subsiguientes de la mencionada ley se regula lo relacionado con el denominado juicio de cuentas, procedimiento mediante el cual se

¹⁶ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-540 de 23 de octubre de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

averiguaba si los empleados de manejo han cumplido con sus deberes "en lo relativo al reconocimiento y percepción de las cantidades que deben ingresar al Tesoro Nacional, a los pagos que verifiquen; en virtud de los giros hechos por el ordenador o por los reconocimientos practicados por ellos mismos, en los términos prescritos en el artículo 278, y a la formación, rendición y comprobación de sus cuentas, y para deducir la responsabilidad civil o pecuniaria a que haya lugar" (art. 333). Con la creación del Departamento de la Contraloría, mediante la Ley 42 de 1923, fue adoptada en nuestro ordenamiento una nueva institución que haría las veces de la Corte de Cuentas, la cual se ha mantenido hasta el presente. Al Contralor General se le asignaron las funciones de la mencionada Corte incluyendo allí los empleados de manejo y la responsabilidad de éstos dentro de un esquema que derivó en la denominada "coadministración" desde la mencionada Ley 42, pasando por las Leyes 58 de 1946, 151 de 1959 y 20 de 1975. Con ciertos matices, la responsabilidad fiscal se vio restringida a la naturaleza del control lo cual originaba innegables límites.

Al respecto, si bien la actual Constitución mantuvo a la Contraloría General de la República como organismo encargado del control fiscal, modificó la manera de hacerlo así como su alcance, tal y como se lee en ciertos apartes del artículo 267 constitucional, los cuales se pasan a transcribir:

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

[...]

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. (se resalta)

De allí que la ley admite una responsabilidad ampliada, en cuanto contempla la acción recíproca que tiene el Estado frente al detrimento financiero que se le ha producido, tal y como la tiene el particular frente a éste, a salvo los aspectos de culpabilidad que deben estar en el primero. En función del bien jurídico tutelado, estas relaciones pueden bifurcarse en aquéllas respecto del Estado mismo y en relación entre los particulares y el Estado. Al respecto ha afirmado la Corporación:

Teniendo en cuenta que 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 de control fiscal, el cual ejercerá la potestad sancionatoria pecuniaria con la correlativa jurisdicción coactiva, reconocidas constitucionalmente en relación con las personas que ocasionen un daño al erario y para definir la forma resarcirlo (num. 5o.), debiendo promover, así mismo, las investigaciones penales o disciplinarias pertinentes a que haya lugar, ante las autoridades competentes (num. 8o.).¹⁸

Se entiende que la responsabilidad exigida sea a título de dolo o culpa, pero además, que involucre, por la aludida naturaleza de la responsabilidad fiscal, a particulares. En este orden de ideas, resulta irrelevante la naturaleza jurídica del sujeto.¹⁹ En efecto, desde la perspectiva planteada, la relación de sujeción respecto del Estado resulta irrelevante.

3. La extensión del control fiscal-aspectos en relación con el sujeto.

Los colombianos no nos resignaremos sino hasta el día en que podamos afirmar, justamente ufanos, que en Colombia los fondos que con tanto sacrificio lleva la masa popular a las arcas comunes, son tan santos como los vasos sagrados que los hebreos guardaron en el arca de los siete sellos.²⁰

La pretensión de sustraerse de las consecuencias que producen ciertos actos contra el erario no es nueva y por ello ha implicado reflexiones de

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-540/97 citada.

¹⁹ EL CONTROL FISCAL RESPECTO DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y ORGANIZADAS POR ACCIONES, Contraloría de Santafé de Bogotá, Jaime Orlando Santofimio y otros, Bogotá, D.C., 1997. Resaltado fuera del texto.

²⁰ CONFESIONES DE UN APRENDIZ DE ESTADISTA, Alfonso Romero Aguirre, Editorial Iqueima, Bogotá 1949, pág. 110. Contralor General de la República en el período comprendido entre los años 1941-1942.

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 20 de octubre de 1977, M.P. Hernando Tapias Rocha. En el mismo sentido la sentencia del 10 de noviembre de 1977, M.P. Guillermo González Charry de esa misma corporación. No obstante lo anterior, recientemente, el gremio ha sostenido que la parafiscalidad no es pública ni privada, en BOLETÍN JURÍDICO CAFETERO, Número 10-11, Bogotá, noviembre de 1999, Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, ¿Ha habido transformaciones significativas en la evolución de la parafiscalidad?, Julia del Carmen Giraldo Salazar, págs., 171 y 172. Paréntesis fuera del texto, itálicas en él.

honda trascendencia en nuestra historia jurídica. Pueden contarse entre ellas el cuestionamiento por medio de la cual se pretendía restringir tales funciones respecto de las contribuciones parafiscales, particularmente, aquéllas que administra la Federación Nacional de Cafeteros. Ya en 1977, la jurisprudencia nacional²¹ empezó a develar la naturaleza del gravamen, su real sentido, el carácter de tales recursos y, especialmente, el control al cual están supeditados. Dijo, entonces, la Corte Suprema de Justicia:

La Federación tiene además su propio patrimonio y no se desvirtúa su carácter privado por el hecho de que maneja fondos provenientes de contribuciones a que se refieren distintas normas, ni tampoco por virtud de la existencia del Fondo Nacional del Café.

Esto solamente indica que está sujeta a la vigilancia y control fiscal de la Contraloría de la República habida cuenta de que administra fondos de origen público. La calificación hecha en el art. 5° de la Ley 11 de 1972 de la Federación Nacional de Cafeteros como una entidad de derecho privado, no es inconstitucional, como ya se ha dicho. Porque no define ni transforma su naturaleza y sólo reconoce la preexistente. Es una simple mención explicativa, destinada a precisar y justificar la modalidad del control fiscal (se subraya).²²

El rasgo característico, desarrollado por la propia Constitución, está dado por las locuciones "gestión fiscal" y en desarrollo del mismo pueden converger diversas situaciones. Como quedó expresado, la Constitución 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 de la Nación" (art. 267). Esta vigilancia, añade el mismo artículo, "incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales".

Sobre el control fiscal ha indicado la Corte:

Dicho control (el control fiscal) se ejercerá en forma posterior y selectiva²³ conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de octubre 20 de 1977, M.P. Hernando Tapias Rocha.

²³ Curiosamente se ha afirmado que la Constitución Política obstaculiza el control fiscal al otorgarle tales características. Al respecto se puede revisar el artículo Constitución Política: Un cuello de Botella al control fiscal, en GESTIÓN FISCAL, número 8, Contraloría General de la República, agosto de 2000.

mencionada ley. Esta vigilancia de la gestión fiscal del Estado y de los particulares incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión de resultados fundado en la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal forma que el control fiscal de la Contraloría (numérico-legal) cambia ahora su énfasis para concentrarse en un control de evaluación de los resultados globales de la gestión administrativa del Estado y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. Así pues, la finalidad del control fiscal apunta a la protección del patrimonio de la Nación y a ofrecer claridad y transparencia por la correcta utilización legal de los recursos públicos, tanto de la administración como de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. En consecuencia, la gestión fiscal como proceso de operaciones administrativas de explotación, disposición y administración de los recursos que constituyen el patrimonio de la Nación, de sus entidades descentralizadas, de los particulares así como el recaudo de fondos, la buena adquisición o enajenación de bienes e inversiones se hace en forma posterior y selectiva. Esta función tiende a evitar que el control incida negativamente en la administración, de manera que los sujetos de este control dependan de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos, igualmente es selectiva en cuanto que no deben ser objeto de control todas las actuaciones, sino aquellas que la Contraloría estime deben ser revisadas, sin que se congestione la actividad administrativa de los sujetos controlados.²⁴

Es el convencimiento que la doctrina ha adoptado al analizar el contenido del control fiscal. El criterio²⁵ que delimita el control fiscal es de carácter objetivo y está dado por el ejercicio de la gestión fiscal, es decir, si hay o no dineros o bienes públicos destinados a un fin y guiados por un funcionario o un particular. Una vez determinada la pertinencia del control fiscal, éste se ejerce respecto de los sujetos que manejan fondos y bienes públicos y obviamente, sobre ellos recae la responsabilidad a que haya lugar. Lo dicho justifica la inclusión dentro del artículo 1º de la Ley 610 de 2000 como sujetos de responsabilidad fiscal a los particulares y a éstos y a los servidores públicos que con ocasión del ejercicio de la gestión fiscal causen daño al patrimonio del Estado.

Por ello se ha afirmado:

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-167 de 20 de abril de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz. Resaltado fuera del texto.

²⁵ Ver, por ejemplo en EL CONTROL FISCAL RESPECTO DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y ORGANIZADAS POR ACCIONES, *op. cit.*.

[...] El control fiscal amplía sus fronteras tanto y cuanto las ensanche la gestión fiscal, entendida ésta como el manejo de fondos y bienes públicos. **Bajo esta perspectiva, ningún sujeto, absolutamente ninguno, independientemente de su naturaleza pública o privada, si ejerce gestión fiscal está exento de este tipo de control.** La Constitución y la ley a este respecto optan por una vocación totalizante, vocación que ratifica la jurisprudencia constitucional.²⁶

A tal grado es esto cierto que, no obstante el nivel de imputación, las personas jurídicas son susceptibles del juicio de responsabilidad fiscal, sin que ello produzca escozor o sorpresa.

En cuanto a las facultades de persecución y resarcimiento, aparece la relacionada con la responsabilidad derivada de la gestión fiscal. Al respecto, la Corporación ha entendido por tal lo siguiente:

De conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público (*sic*) está integrado por los bienes o fondos públicos, cualquiera sea su origen, el concepto de **gestión fiscal** alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición.²⁷

Como se puede advertir, es un término de una gran amplitud. Implica una serie de fases, desde el momento en que se percibe, pasando por su administración, hasta aquél en el que se destina e invierte, dentro de la cual aparecen servidores públicos y particulares. A su turno, la Ley 610 define gestión fiscal en los siguientes términos:

Artículo 3º. *Gestión fiscal.* Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia,

²⁶ *Ib.*, pág. 13. Resaltado fuera del texto.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-529 de 11 de noviembre de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Resaltado en el texto. En el mismo sentido la sent. C-167 de 1995.

economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. (se resalta)

Ahora bien, lo primero que se desprende de esta definición es que ella no entraña la restricción de la gestión fiscal a un individuo a una serie de individuos, tal y como lo hacía la legislación anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.²⁸ El proceso conduce a una serie de imbricaciones cuyo propósito es la adecuada inversión de los fondos y bienes públicos, en el contexto de una visión teleológica del Estado. Ésta se descarría cuando el cometido inicial en la gestión fiscal, bien se trate de una contratación bien sea de cualquier otro mecanismo, no se concreta. Precisamente porque, dentro de una nueva concepción del Estado, el particular, en las diversas formas en las cuales puede verse involucrado con el mismo, juega un papel determinante en el destino y adecuada inversión de los recursos públicos. Recientemente la Corte Constitucional, refiriéndose al alcance del artículo 3º, arriba transcrito, afirmó:

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

[...]

Bajo tales condiciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye un elemento vinculante y determinante de las responsabilidades

²⁸ Al respecto se puede consultar el texto CONTROL FISCAL, HERRAMIENTA DE GESTIÓN, Mauricio Bogotá Muñoz.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-840 de 9 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería. Se resalta.

inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición de público o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.²⁹

De acuerdo con el artículo aludido, así como de la interpretación de constitucionalidad efectuada por la Alta Corporación, para efectos del cabal entendimiento del término gestión fiscal, podemos efectuar el siguiente esquema sobre la base de que ésta corresponde a un conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas.

- La disposición determina un sujeto calificado, a saber, el servidor público o el particular que maneje o administre recursos o fondos públicos. Estas acepciones son bastante amplias y atañen a "servirse de una cosa, utilizar" y a "ordenar, disponer u organizar en especial la hacienda y los bienes". El sujeto se extiende cuando, en el artículo 1º, se amplía no sólo a la gestión fiscal sino a lo que acontezca "con ocasión" a la misma tal y como se aclarará *infra*. Así mismo y en cuanto a los responsables fiscales se refiere no pueden pasarse por alto aquellos definidos expresamente por las normas orgánicas del presupuesto, compiladas en el Decreto 111 de 1996. El artículo 112 del Artículo Primero de la mencionada compilación anuncia varios funcionarios. A su vez, la disposición siguiente, establece la solidaridad en la responsabilidad entre los ordenadores y los pagadores.
- Estas actividades deben estar destinadas a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, consumo, gasto, inversión y disposición de bienes públicos. Existe, pues, un calificativo el cual se predica de una serie de actividades respecto de los bienes o recursos públicos.
- El espectro se amplía a la recaudación, manejo e inversión de las rentas, acciones que también conllevarían dicha gestión.

Todo lo anterior se entiende con el propósito de cumplir los fines esenciales del Estado con sujeción a los principios de legalidad, eficacia, economía, eficiencia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de costos ambientales.

Por su parte, el artículo 4º determina, precisamente, que el objeto de la responsabilidad fiscal está destinado investigar la conducta de los sujetos que "realizan gestión fiscal". He aquí el límite de este proceso y, en

general, de la labor que despliegan los organismos de control. Al respecto, se ha indicado:

La responsabilidad fiscal se deduce frente a quienes realizan gestión fiscal, es decir que nace cuando de una indebida gestión administrativa se genera un daño económico o patrimonial al Estado y puede cobijar incluso a aquellas personas que hayan determinado la gestión fiscal, lo que hoy día se encuentra reconocido en los artículos 3 y de la Ley 610 del 15 de agosto de 2000 [...]³⁰

Igualmente se ha precisado:

Así las cosas³¹, tenemos que la responsabilidad fiscal recae en forma directa sobre los funcionarios públicos o sobre los particulares que manejen bienes o recursos del Estado y que ésta, se deriva de una conducta contraria a la ley. Para que exista responsabilidad fiscal, estas dos situaciones deben presentarse en forma simultánea, es decir, que el implicado en el proceso de responsabilidad fiscal –sea funcionario público o particular- debe haber manejado o administrado bienes del Estado, por una parte, y haber asumido conductas contrarias a la ley, por otra.³²

Estas definiciones, sin embargo, deben ser atendidas junto con la propia del proceso de responsabilidad fiscal contenida en el artículo 1º de la Ley 610. En efecto, no puede pasarse por alto que dicha norma establece que las actuaciones dentro del mismo se adelantan “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 una omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio de Estado” (se resalta). Esta expresión no es gratuita ni obedece a un prurito de último debate nacido en los afanes propios al proceso legislativo. Con la expresión se logra desarrollar y potencializar dicho procedimiento en ámbitos en los que, con anterioridad, no era factible tal tipo de responsabilidad. Con la misma se crea un nexo del gestor fiscal con el cúmulo de relaciones que se desprende de tal gestión de tal forma que el patrimonio público logre una protección reforzada. La

³⁰ CONTROL FISCAL, HERRAMIENTA DE GESTIÓN, Mauricio Bogotá Muñoz, Editorial Carrera 7ª, Bogotá, D.C., 2000, pág. 129.

³¹ Se refiere a dos fallos del Consejo de Estado relacionados con la gestión fiscal de 3 de octubre de 1995 y 31 de julio de 1996.

³² CONTROL FISCAL Y AUDITORÍA DEL ESTADO EN COLOMBIA, William Vásquez Miranda, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, D.E., 2000, pág. 179.

definición de la expresión "con ocasión de" según el Diccionario de María Moliner se emparenta con las locuciones "[e]n ciertas circunstancias que proporcionan la oportunidad para la cosa de que se trata", "con motivo de"³³. Así mismo, el vocablo "derivar" es sinónimo de "nacer, proceder, resultar, originarse, deducirse, seguirse, emanar"³⁴. No es necesario gran esfuerzo para entender que existe un claro nexo entre una y otra.

Desde esta perspectiva no existirá ámbito vedado al control fiscal y, en consecuencia, a la responsabilidad que se desprende de la gestión que ocasione un detrimento al erario de la respectiva entidad por parte de un particular o de un servidor público sin importar su nivel. Precisamente, dentro de la revisión de constitucionalidad efectuada por la Corte al artículo 1º, se indicó:

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

De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que le asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de tipicidad de la infracción. De suerte tal que sólo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado.

[...]

³³ Editorial Gredos, Madrid 1994.

³⁴ DICCIONARIO ESPAÑOL DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS, editorial Aguilar, Madrid 1981, pág. 331.

Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías (y a la Auditoría General de la República), les corresponden investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público (*sic*) así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los bienes o ingresos del Estado³⁵, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de su poderes y deberes fiscales.³⁶

Y líneas más adelante, cuando se refiere al alcance de la expresión contribuyan, contenida en el artículo 6º, en la misma determinación se puntualiza:

La definición de daño patrimonial al Estado no invalida ni distorsiona el bloque de competencias administrativas y judiciales que la Constitución y la ley han previsto taxativamente en desarrollo de los principios de legalidad y debido proceso. Por lo mismo, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia de detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.³⁷

³⁵ Op. cit. SU-620 de 1996.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-840 de 9 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería. Resaltados, itálicas y pie de página en el texto de la sentencia. Paréntesis ajeno a la sentencia

³⁷ *Ib.*

De allí que sea la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional encargada de poner en evidencia que una interpretación en la que se sustraiga a ciertos agentes dentro de la gestión fiscal, estando dentro de ella, obedecería a un mal entendimiento del proceso de responsabilidad y de las consecuencias del mismo tanto como incluir a quienes no son sus destinatarios. El condicionamiento declarado en la sentencia no tiene vocación de enervar el ámbito del término estudiado.

Así, cuando entró a revisar las medidas cautelares que se pueden decretar dentro de dicho proceso, puso de presente, en sentencia a la cual también se alude en la C-840, lo siguiente:

6.1. Como función complementaria del control y de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales, existe igualmente, a cargo de éstas, la de "establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma", la cual constituye una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (arts. 6, 29, 90, 121, 123 inciso 2, 124, 267, 268-5 y 272 C.P., 83 y 86 de la ley 42 de 1993)".

[...]

6.3. La responsabilidad fiscal se declara a través del trámite del proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregulares de los dineros o bienes públicos. De este modo, el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa.³⁸

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-054 de 6 de febrero de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Se resalta. En dicha determinación se alude a la sentencia de sala unificada SU-620 de 13 de noviembre de 1996 cuya ponencia estuvo a cargo del mismo magistrado.

³⁹ Esta situación es diferente con aquélla sobre la cual tuvo que decidir la Corte Constitucional atinente a la responsabilidad disciplinaria, basada, exclusivamente, en

Es meridianamente claro que el daño que se produce al Estado en el desarrollo de la gestión fiscal comporta una serie de vertientes, entre las cuales está, como lo informa la sentencia citada, un perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado por parte de particulares cuya relación hizo parte del tránsito en la gestión fiscal y produjo el detrimento alegado. De allí el énfasis de la Corporación al incluir dentro del ámbito de la responsabilidad fiscal a contratistas y particulares que hayan ocasionado perjuicio al erario. Ello refuerza el carácter objetivo del control y en general de los alcances de la vigilancia de la gestión fiscal asignada a la Auditoría General de la República y a sus vigilados.

Una interpretación diferente resultaría contradictoria frente a una Constitución como la que nos gobierna. Los postulados revisados se verían seriamente contrastados con la imposibilidad de persecución a un particular dentro del proceso de responsabilidad fiscal, a título de fuero. Si bien se podría alegar que subsisten otras herramientas tendientes al mismo fin, no puede afirmarse que tengan el mismo grado de eficacia cuando de gestión fiscal se trata. La respuesta se inscribe, entonces, en la naturaleza misma del proceso de responsabilidad fiscal cual es la reparación integral del daño ocasionado y, en consecuencia, la persecución de todas aquellos que se vieron involucrados en el detrimento ocasionado siempre y cuando el mismo esté atado a una gestión fiscal. Así, si ésta implica "inversión de recursos" nada más acertado que sea posible responder al cuestionamiento acerca del adecuado destino de los mismos y seguir, paso a paso la forma en que fue manejado e invertido.

De este modo, si bien la responsabilidad fiscal es otra clase de responsabilidad dentro de las diversas en las cuales entra el funcionario público por su carácter de tal³⁹, también es claro que el particular lo es en cuanto al objeto de ese proceso, vale decir, su vinculación dentro de ese manejo e inversión del recurso público. Una cosa es la vigilancia de la gestión fiscal respecto de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, como la definición del objeto sobre el cual recae tal vigilancia, y otra los sujetos que pueden frustrar la adecuada inversión de recursos vigilados. De allí que cuando se determina que es función del Auditor establecer la "responsabilidad

la subordinación. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-280 de 25 de junio de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

derivada de la gestión fiscal" (se resalta) el concepto goza de la amplitud necesaria para una respuesta coherente.

Un aspecto adicional refuerza la conclusión varias veces mencionada en este escrito. Como ya se dijo, dentro del proceso de redefinición del Estado se ha considerado necesario involucrar al sector privado en la prestación de servicios públicos y, en general, en el desarrollo de actividades que realizaba el Estado. Ahora bien, dentro de esa concepción holística de la persecución, es claro que para ser responsable fiscalmente deben concurrir tres elementos a saber, una acción culposa o dolosa, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre las dos.

Dentro de esta perspectiva es importante concretar el ámbito de gestión fiscal que se adecua a los órganos de control fiscal y, en consecuencia, la labor de vigilancia asignada a la Auditoría. Dentro de la amplitud ya vista, interesa establecer los aspectos de gestión a los cuales le sería exigible responsabilidad fiscal a los organismos de control fiscal en cuanto entidades que realizan un conjunto de actividades para cumplir con el propósito para el cual fueron instituidos, sin perjuicio de la propia que se tiene como administrador de parte de la hacienda pública y de sus funciones económicas puntuales. Donde mejor se aprecian estos aspectos, para el caso de la Contraloría General de la República, es en el artículo 3° del Decreto 267 de 2000, cuyo texto es como sigue:

Artículo 3. Objetivos. Son objetivos de la Contraloría General de la República, ejercer en representación de la comunidad, la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación; evaluar los resultados obtenidos por las diferentes organizaciones y entidades del Estado en la correcta, eficiente, económica, eficaz y equitativa administración del patrimonio público, de los recursos naturales y del medio ambiente; generar una cultura del control del patrimonio del Estado y de la gestión pública; **establecer las responsabilidades fiscales e imponer las sanciones pecuniarias que correspondan y las demás acciones derivadas del ejercicio de la vigilancia fiscal; procurar el resarcimiento del patrimonio público.** (Se resalta)

De allí se derivan las diversas funciones misionales a su cargo. Estos objetivos corresponden a un compendio de las atribuciones que le están señaladas constitucionalmente entre las cuales es importante tener en cuenta, por una parte, el establecimiento de la respectiva responsabilidad fiscal y, de otro lado, la búsqueda del resarcimiento del patrimonio público. Lo propio debe indicarse en relación con las restantes Contralorías.

4. El proceso de responsabilidad fiscal- La adopción de la Ley 610

El proceso de responsabilidad es la fórmula constitucionalmente prevista para lograr que el Estado, en cabeza de la Auditoría General de la República, la Contraloría General de la República y de las Contralorías Territoriales, recobre el perjuicio que se le ha ocasionado. Constituye, en consecuencia, la herramienta que retorna al equilibrio el erario cuando se produce una perversión (desequilibrio) en el manejo de los fondos o bienes públicos. Es, entonces, un procedimiento por medio del cual se individualiza un autor (o autores), se evalúa y cuantifica un daño por él ocasionado al erario, imputable a título de culpa o dolo (artículo 53 de la Ley 610 de 2000). Si bien existen fórmulas alternativas, para el caso la penal o la disciplinaria, no puede perderse de vista que los objetivos en una y otra son diferentes y que, si bien tales procesos admiten fórmula resarcitorias⁴⁰, la valoración subjetiva es diferente (en penal, por ejemplo, ciertas conductas sólo se sancionan a título de dolo).

Como se recordará, con la expedición de la Ley 42 de 1993 se reguló, por primera vez, luego de la adopción de la Constitución de 1991, lo concerniente al proceso de responsabilidad fiscal (arts. 72 a 89). Tal vez por tratarse de una norma que debía, además de regular ese tema, ocuparse de las nuevas características de la Contraloría General de la República y del control fiscal que ejercita, fue somera en el mismo. Ello originó una serie de dudas en torno a su procedimiento, entre los que cabe destacarse la intervención del investigado, los recursos y notificaciones y la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal, entre otros.

Aunque la jurisprudencia efectuó una interpretación sistemática de su texto (los artículos 72 a 89 de la Ley 42 de 1993), que en manera alguna lo afectó de forma tal que a su amparo se desarrollaron procesos de responsabilidad fiscal, el legislador consideró oportuno adecuar ciertos aspectos del mismo. Pero no lo hizo sin ninguna base, se inspiró, en un todo, en los lineamientos definidos, básicamente, por la Corte Constitucional. Así, la Ley 610 se expidió con el objetivo de regular, de manera integral el régimen de responsabilidad fiscal, estableciendo, de forma clara y precisa, las reglas de procedimiento para su determinación.

⁴⁰ La Ley 200 de 1995, Código Disciplinario Único, establece como sanción accesoria " la devolución, la restitución o la reparación, según el caso, del bien afectado con la conducta constitutiva, siempre que ellas no se hayan cumplido en el proceso penal, cuando la conducta haya originado las dos acciones" (numeral 2º artículo 30). Así lo estipula el inciso 2º del artículo 7º de la Ley 610, cuando no se trate de gestión fiscal.

La regulación acudió al esquema previsto para aquellos procedimientos sancionatorios (aunque se ha indicado con cierta sutileza que la naturaleza de este proceso es netamente resarcitoria), garantizando, en un todo, el derecho de contradicción. Se quiso imprimir identidad propia a la función fiscalizadora -lo que no inhiere que exista una serie de remisiones e institutos de otros procedimientos- para que la responsabilidad fiscal se consolide como una responsabilidad autónoma e independiente de otros tipos que existen en nuestro ordenamiento. Sin duda alguna, una de sus especificidades la constituye su naturaleza. A diferencia del proceso disciplinario, en donde el aspecto subjetivo es determinante, el proceso de responsabilidad fiscal es de raigambre objetiva.

Esta nueva regulación derogó las normas sobre el proceso de responsabilidad fiscal contenidas en la Ley 42 de 1993 (artículos 72 a 89 y el párrafo del art. 95), las cuales fueron reemplazadas y su regulación se estructuró siguiendo las directrices señaladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional; especialmente los fallos C-046 de 1994, SU-620 de 1996, C-540 de 1997,⁴¹ siguiendo los postulados garantistas que en dichos fallos aparecen. En general, podemos presentar el cambio legislativo ocurrido y su correspondencia con tales pronunciamientos, en los siguientes términos:

- La determinación de unos principios y postulados generales. Entre ellos está, precisamente, la definición del proceso de responsabilidad fiscal, una parte del cual se demanda. La definición allí realizada desarrolla, además del criterio objetivo, el resarcimiento integral a favor del Estado, tal y como aparece en los artículos 4º y 7º. Obviamente, la responsabilidad fiscal, en su carácter de juicio, implica el respeto de una serie de garantías procesales (art. 2º). Especial interés tuvo el término de caducidad pues, la Ley 42 de 1993 no lo señalaba expresamente.
- El Título II concreta ese carácter cuando enmarca el proceso de responsabilidad dentro de la serie de postulados del derecho sancionatorio como lo son la necesidad de prueba, los impedimentos y recusaciones y las nulidades. En los artículos 39 a 59 se describe el proceso de responsabilidad, con sus dos etapas,

⁴¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Informe de ponencia a la sesión plenaria del Senado, para segundo debate al proyecto de ley número 162 de 1999 Senado y 25 de 1998 de Cámara. Gaceta del Congreso 9 de junio de 2000. No. 197.

claramente diferenciadas, a saber, la indagación preliminar y la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (lo que antes se identificaba como el juicio fiscal).

- En el Título III se regula lo concerniente a las consecuencias que se derivan de la declaración de responsabilidad fiscal, especialmente, el mérito ejecutivo de la decisión que declara la responsabilidad fiscal.
- Por último, el Título IV incorpora una serie de disposiciones finales relativas a la derogatoria, vigencia, tránsito de legislación y remisión normativa, entre otras. Sobre este último aspecto, cabe señalar que la ley remite, en su orden, a los Códigos Contencioso Administrativo, de Procedimiento Civil y de Procedimiento penal, en cuanto no sean contrarios al proceso de responsabilidad fiscal.

Es de resaltar, entonces, que la nueva ley recoge las características que la propia Corte había enunciado respecto del mismo entre las que cabe destacarse el carácter resarcitorio del daño causado y su naturaleza objetiva.⁴²

No obstante lo anterior, que en todo caso debe reconocerse como un avance normativo, es preciso indicar que el afán exhaustivo de la misma ha producido inconsistencias y vacíos⁴³ que, como para toda norma, no obvian la labor de interpretación que está en cabeza del aplicador jurídico, en este caso del servidor público de la Auditoría General de la Nación. Así, si bien la ley tiene vocación de integralidad, ella, en cuanto ley de principios por medio de la cual se pretende la determinar la responsabilidad fiscal debe ser leída sistemática y teleológicamente. Por

⁴² En relación con el balance de la Ley 610 de 2000, en la obra EL NUEVO CONTROL FISCAL, Lina María Higuera Rivera y Gerardo Domínguez, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín 2001, se efectúan una serie de apreciaciones.

⁴³ Se puede traer a colación el tema de las medidas cautelares, regulado en los artículos 12 y 41 de la Ley 610. Es importante desatacar que varias de las normas de la misma (artículos 1º, 4, 6, 12 y 41) han sido cuestionadas constitucionalmente mediante el proceso D-3389. Entre los aspectos demandados esta la expresión "con ocasión de" contenida en el artículo 1º. Como se indicó, ya existe el respectivo fallo bajo el número C-840 de 9 de agosto de 2001.

su misma naturaleza, el enunciado general y abstracto de la ley ya impone al funcionario de control y al juez un esfuerzo de adecuación⁴⁴.

Tal y como se puede advertir, las inquietudes planteadas son situaciones límite. Sólo pueden ser atisbadas dentro de la lógica propia del proceso de responsabilidad sin que, por ese hecho, se esté desestimando el tenor literal de la ley ni su sentido.

5. La reparación integral

5.1. *Ámbito*

Es evidente que, como consecuencia de la responsabilidad, el responsable debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Lo previsto en los artículos 4° y 6° no desborda la jurisprudencia constitucional que se desprende de las funciones asignadas a las Contralorías, a la Auditoría General de la República y a los demás órganos de control fiscal. Es más, el artículo 4° resulta ser una transcripción de la jurisprudencia citada. Así se colige de la reciente decisión, de múltiples citas en el presente escrito y en la cual se indica:

El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, *"el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite"*.⁴⁵ Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluye el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). A lo cual se suma la

⁴⁴ En relación con ciertos vacíos o lagunas en la Ley 610, *cfr.*, EL NUEVO CONTROL FISCAL, Lina María Higuera Rivera y Gerardo Domínguez, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín 2001.

⁴⁵ Ver sentencia C-197 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610.

Pues bien, si como ya se dijo el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación ha que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. Razones por demás suficientes para desestimar el cargo del actor, según el cual el lucro cesante debería ser declarado por una autoridad diferente que haga parte de la rama Judicial.⁴⁶

De este modo, una comprensión integral de la figura de la responsabilidad no puede conllevar a que los perjuicios que se desprenden de una inadecuada administración de los fondos o bienes públicos tengan que ser conocidos por entidades diferentes. Es claro que el objetivo de la Ley 610 fue el de regular de manera integral el régimen de responsabilidad fiscal, estableciendo de forma clara y precisa las reglas de procedimiento para su determinación y, por lo tanto, la lógica conduce a que sea el respectivo organismo de control quien pueda conocer del resarcimiento total del detrimento patrimonial al Estado, de todos los perjuicios que puedan derivarse del menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido, o deterioro de los bienes públicos, precisamente porque en este aspecto la propia Constitución acude a la expresión "derivada" de la gestión fiscal.

Como quedó expresado, nos encontramos ante una nueva normatividad que derogó las normas procesales sobre el proceso de responsabilidad fiscal contenidas en la Ley 42 de 1993. Los artículos 2º y 3º de la Ley 610 preceptúan que el trámite de la gestión fiscal se adelantará con sujeción a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución, principios de la función administrativa entre los cuales se encuentran los de economía y celeridad, principios que se desconocerían si se permitiera que la Contraloría conociera de las sumas de dinero según el valor de los bienes, dineros y especies que no se han administrado adecuadamente y la jurisdicción contencioso administrativa conociera de la ganancia ilícita que debe de obtenerse o los deméritos o gastos que ocasione la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos o particulares.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-840 *cit.* Resaltado fuera del texto.

No obstante lo anterior, debe reconocerse que según cierta parte de la doctrina, en el tema de la responsabilidad fiscal existe una diferencia entre los conceptos de daño y perjuicio. El daño al cual se refieren estos procesos, según algunos autores, equivale al daño emergente que consiste en el valor de reposición de los fondos o los bienes públicos, y este monto es aquel que deduce la Auditoría y las Contralorías al paso que el perjuicio equivale al lucro cesante generado por la pérdida o daño y el demérito de los bienes o los gastos ocasionados por las actuaciones del agente fiscal, éste monto es determinado por la jurisdicción contencioso administrativa.⁴⁷ Tal distinción no es inherente y propia al proceso de responsabilidad fiscal pues tendería a limitar la integralidad del resarcimiento a cargo de una entidad como la Auditoría General de la República, creada para tal fin.

Ni en la Constitución Política ni en la ley estatutaria de la administración de justicia se ha previsto una competencia excluyente para determinar el perjuicio producido al erario por lo que no se observa cuál sea el fundamento para tal tesis, a salvo las limitaciones que haya establecido el legislador. Tal vez provenga de una mirada de soslayo del juicio fiscal respecto de las formalidades a las cuales debe someterse el mismo o de una tradición que en todo caso no es producto de un límite que esté en la Constitución Política.

Actualmente, con un proceso propio, regulado a espacio mediante la Ley 610 y radicado en una entidad a la cual concierne el juzgamiento de la responsabilidad fiscal, la cual cuenta con el discernimiento necesario, -derivado de su función-, para establecer los aspectos del daño, se desvanece el argumento. Nada obsta, entonces, para que la condena de responsabilidad incluya esa reparación integral si de las pruebas recaudadas así aparece. Es, pues, el criterio ya expresado por la Honorable Corporación.

Para abundar en más explicaciones, no sobra recabar en la naturaleza de los órganos de control fiscal a partir de 1991. Se trata de organismos autónomos e independientes para el cumplimiento de funciones estatales

⁴⁷ REGIMEN DEL CONTROL FISCAL Y DEL CONTROL INTERNO, Diego Younes Moreno Ed. Legis 3ª edición. Bogotá 1998. En el mismo sentido, se pueden confrontar, al respecto, el artículo El Proceso de Responsabilidad Fiscal en la Ley 610 de 2000, Alfredo Enrique Flórez Ramírez en UNIVERSITAS, número 100, diciembre de 2000, Pontificia Universidad Javeriana y el texto CONTROL FISCAL, HERRAMIENTA DE GESTIÓN, al cual ya se hizo alusión en este escrito.

(art. 113 C. Pol.). Se comprenderá, entonces, que estas características, nuevas dentro de nuestra organización política, les confiere la posibilidad de formalizar criterios técnicos en torno al tema que le ha sido atribuido sin que los mismos se encuentra bajo la égida de otro órgano o entidad, a salvo en control judicial al cual están sujetas sus actuaciones. Precisamente esta última afirmación resulta elucidadora. Como lo ha sostenido la Alta Corporación⁴⁸, los actos de la Contraloría son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa y así lo prevé el artículo 55 de la Ley 610. En la medida en que el proceso de responsabilidad fiscal tiene vocación de ser conocido por la justicia contenciosa administrativa, resultaría repelente que no se tratara con integralidad el tema del resarcimiento del daño.

En este orden de ideas, si lo buscado en el proceso de responsabilidad fiscal es dejar indemne al Estado frente a la actuación u omisión que ha desplegado quien, luego del agotamiento de una serie de etapas, ha sido encontrado como responsable –y el acervo probatorio no sólo lo acredita en cuanto a los aspectos subjetivos sino igualmente en relación con la magnitud del perjuicio- así debe declararlo el respectivo organismo de control sin que por ese hecho se esté extralimitando en las funciones constitucionales y legales que le han sido asignadas.

5.2. *La expedición de la Ley 678*

Recientemente y creando un equívoco en la interpretación de esta materia el artículo 2º de la Ley 678 de 2001 invadió una órbita que, como vimos, ya había sido regulada por la Ley 610 de 2000, precisamente en cuanto a uno de los componentes del daño. El mencionado artículo dispone :

Artículo 2º. Acción de repetición. [...]

Parágrafo 1º. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley. **Para la recuperación del lucro cesante determinado por las Contralorías en los fallos que pongan fin a los procesos de responsabilidad fiscal, se acudirá al procedimiento**

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-189 de 6 de mayo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

establecido en la presente ley para el ejercicio de la acción de repetición.
(se resalta)

De conformidad con lo allí preceptuado, la disposición transcrita establece, en su parte pertinente, que debe aplicarse el procedimiento previsto para la acción de repetición, vale decir, y en términos de dicha ley el "procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa" (art. 10° de la Ley 678). El mencionado procedimiento está regulado en los artículos 206 a 214 del C.C.A. Corresponde, entonces, a un procedimiento declarativo, el cual deberá surtirse, según la norma revisada, "para la recuperación del lucro cesante determinado por las Contralorías en los fallos de responsabilidad fiscal".

Lo primero que se destaca es la ausencia de coherencia normativa. En efecto, si el fallo de responsabilidad fiscal determinó un monto por lucro cesante, tal y como es la hipótesis de la norma, qué sentido tiene que la recuperación de ese valor cierto y declarado dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, surta un nuevo trámite declarativo única y exclusivamente con el propósito de "recuperar el lucro cesante". No se olvide que los fallos de responsabilidad fiscal, por expresa determinación legal, son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 59 de la Ley 610). De allí que el sentido de la norma sea totalmente confuso pues convierte a dicha jurisdicción en una entidad de cobro pero sujeta, igualmente, al control que ella misma ejercer sobre la actuación administrativa que concluye con la decisión "por la cual se termina el proceso de responsabilidad fiscal". En desarrollo del planteamiento anterior, surgen inquietudes cómo ¿qué sucede si el juicio de responsabilidad fiscal se basa en culpa diferente a la grave? ¿Será que para estos casos la ley eliminó el lucro cesante o, tal vez, la remisión a esta ley es netamente instrumental?

En segundo término, debe indicarse que el legislador ha confundido la acción prevista en el artículo 90 constitucional con la función de resarcimiento a cargo de las Contralorías. Ha omitido considerar, así, la diferenciación de estos dos niveles de responsabilidad a cargo de funcionario público o del particular. Uno derivado de gestión fiscal o con ocasión de ésta, que cuenta con un procedimiento especial otorgado por la propia Constitución y desarrollado en la ley y otro en virtud de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario, en general, y siempre y cuando sea condenado el Estado. Tal diferencia ha sido planteada por la propia Corte Constitucional en la reciente sentencia de múltiples alusiones en este escrito:

El artículo 90 de la Constitución consagra la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, admitiendo también la responsabilidad subjetiva de los funcionarios con base en los conceptos de dolo y culpa grave, por cuanto es posible que el daño se genere a partir de la acción u omisión de los servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito.⁴⁹

Pero obsérvese, aquí el Estado obra como extremo infractor, a tiempo que el extremo pasivo lo constituyen las personas que lleguen a padecer los rigores y efectos perjudiciales de su injustificada acción u omisión institucional, que por regla general se traduce en una falla del servicio o en otras manifestaciones contrarias a derecho. Por ello mismo, 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. Circunstancia pasiva que se hace más palmaria si se tiene en cuenta que en el evento de responsabilidad fiscal el Estado no debe hacer erogación alguna, por el contrario, el resarcimiento pecuniario corre a su favor, siendo por ende impensable cualquier acción de repetición contra funcionario alguno.⁵⁰

Es más, los organismos de control, mediante el procedimiento de responsabilidad fiscal, respetando todas las garantías legales y constitucionales, profieren una determinación la cual proceden a ejecutar, resarciendo, de esta manera, al Estado, y sujeta al control jurisdiccional ya mencionado. La norma introduce una nueva traba en el proceso de responsabilidad fiscal que no tiene justificación alguna y que produce una manifiesta contradicción con lo previsto en los artículos 268 y 272 constitucionales. En el numeral 5º de la primera de las normas aludidas se previene lo siguiente:

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. (se resalta)

⁴⁹ Ver sentencia C-430 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-840 *cit.* Resaltado en el texto

Adicionalmente, el legislador ha modificado una competencia que, como hemos visto, corresponde a las Contralorías y a la Auditoría General de la República.

Finalmente, y tratándose de una norma que restringe la competencia – pues la Auditoría tiene expresamente la atribución de conformidad con el Decreto-ley 272-, es meridianamente claro que ella no se encuentra limitada por la aludida norma y, por lo tanto, no sería aplicable a los procesos que tiene la obligación de tramitar. En efecto, el párrafo en comento restringe la aplicación del procedimiento propio de la acción de repetición a las Contralorías, definiendo, de manera expresa, sus destinatarios entre los que no se incluye la Auditoría. Tampoco existe norma que efectúe una remisión extensiva.

EN RELACIÓN CON LAS PREGUNTAS FORMULADAS

Luego del anterior marco teórico queda claro que el juicio de responsabilidad fiscal es una atribución propia de los organismos de control, con una finalidad muy específica y de la cual, así lo concibieran, no pueden sustraerse. Para la Auditoría, concretamente, constituye una de sus funciones principales la cual, aunada al desarrollo de una cultura contra la corrupción, permite evidenciar un panorama de integralidad en el control y un propósito institucional por recobrar lo que es público, a la vez que propender porque sus organismos vigilados cumplan con ese mismo cometido frente a los demás órganos públicos. Esta misión, que se habría juzgado inquisitorial, no puede tener este carácter cuando la ley que regula dicho trámite es esencialmente garantista y cuando uno de los actuales cometidos es el de que el Estado recupere el desfaldo al que lo han sometido de manera sistemática. Se renueva, entonces, el interés por este instituto dentro de una fundada y decantada protección del erario.

1. De la caducidad de la acción fiscal

1.1. *Aspectos generales*

Del Diccionario Jurídico Omeba se extrae la siguiente acepción:

Cesación del derecho a entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberlos ejercitado dentro de los términos para ello.⁵¹

⁵¹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1967, pág. 14. Se ha dicho, igualmente, que es una "presunción legal de que los

A su turno la Corte Constitucional, en reciente decisión, ha señalado:

La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.⁵²

Este instituto se soporta en la necesidad de determinar, claramente, el momento después del cual se pierde un derecho o una acción en virtud de su no ejercicio durante un plazo señalado por el legislador o por acuerdo entre las partes⁵³. Desde el punto de vista procesal, el mismo erige al transcurso del tiempo como elemento determinante del devenir jurídico revelando uno de los valores fundantes de nuestro ordenamiento como lo es el de la seguridad relacional en el campo del derecho. En general, la caducidad se predica tanto de las relaciones que involucran a particulares como de aquéllas en las cuales se trata de una investigación por parte del Estado. Tal es el caso, por ejemplo, de su operancia en materia penal pero se hace discutible, precisamente, en el ámbito de la responsabilidad fiscal, tal y como puede colegirse de los debates que seguidamente se expondrán.

1.2. *Las posiciones encontradas*

En efecto, en cuanto a la responsabilidad fiscal se refiere, una ardua polémica suscitó –sigue suscitando– la ocurrencia de este fenómeno, especialmente porque el legislador, mediante la Ley 42 de 1993, no

litigantes han abandonado sus pretensiones, cuando, por determinado plazo se abstienen de gestionar en los autos". Alessandri y Somarriva la catalogan como "la extinción ipso jure de la facultad de ejercer un derecho o celebrar un acto, por no haberse ejercido o realizado dentro de un plazo".

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-832 de 9 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵³ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1967, pág. 482

determinó, expresamente, un lapso. Esa eventual omisión fue entendida, por algunos, entre los que se encuentra la Sección Primera del Consejo de Estado, como la inexistencia del mismo al considerar que la omisión tampoco se presentaba⁵⁴. Otros, entre quienes aparece la Corte Constitucional y, curiosamente la Sala de Consulta y Servicio Civil y la Sección Segunda del Consejo de Estado, la trataron como la necesidad de asirse a un término aludiendo a la complementariedad a la cual remite dicha ley dentro de una variada gama de posibilidades remisorias⁵⁵. Esta última, al catalogar la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal como de carácter administrativo, adoptó la tesis de reenvío al Código Contencioso Administrativo. Estas Altas Corporaciones desarrollaron, cada cual su camino, y expusieron sus tesis a lo largo de seis años de trabajo jurisprudencial, tal y como se puede advertir de la subsecuente relación de sus tesis.

Es preciso reconocer que, a lo sumo y derivada de las revisiones efectuadas por la Corte Constitucional, se ha distinguido la existencia de caducidad en virtud del fenecimiento de una cuenta, de la eventual operación de este fenómeno en las restantes circunstancias en las cuales se desarrolla la vigilancia de la gestión fiscal. A este respecto, vale la pena recordar que la revisión de cuentas constituye, según algunos⁵⁶, el sistema por excelencia mediante los cuales se ejercita el control fiscal pero, sin duda, no agota las herramientas por medio de las cuales los organismos de control fiscal pueden obtener los denominados "hallazgos", locución que parece extractada del conocimiento antropológico.

Fue así como uno de los primeros casos en los cuales la jurisprudencia constitucional se ocupó del tema tuvo que ver con la revisión de

⁵⁴ Al respecto se puede consultar en la obra de Mauricio Bogotá, aquí citada, págs. 140 y ss., en donde discrepa acerca de la interpretación efectuada por la Corte Constitucional, especialmente por los efectos que esa tesis puede tener en relación con procesos como los derivados de la investigación sobre el Guavio en la cual fueron condenados varios funcionarios.

⁵⁵ Cfr. la obra LA RESPONSABILIDAD FISCAL, Gloria Margoth Morales, Ediciones doctrina y ley, Bogotá D.C., 2001. En la misma se indica que la misma estaría alindecada bien por el Código Contencioso Administrativo, bien por el Código de Procedimiento Penal o, finalmente, por el Código de Procedimiento Civil.

⁵⁶ En CONTROL FISCAL Y AUDITORÍA DE ESTADO EN COLOMBIA, Vásquez Miranda, *op. cit.*, pág. 146.

constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 42 de 1993, en relación con la posibilidad del levantamiento del mismo. Dijo, entonces, la Corporación:

Establecida la viabilidad de la apertura de un nuevo examen en relación con una cuenta previamente fenecida, en el evento de que posteriormente aparecieran pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares en las que se sustentaba, resta por vía puramente ilustrativa señalar sucintamente el marco legal que el actor echa de menos y sobre cuya aparente ausencia edifica los cargos de inconstitucionalidad. En razón de la remisión que al Código Contencioso Administrativo y al Código de Procedimiento Penal hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993 con el objeto de completar e integrar la regulación de la responsabilidad fiscal de los funcionarios del erario, no cabe duda de que a la luz del artículo 66-2 del primero, el acto administrativo de fenecimiento deberá entenderse que pierde fuerza ejecutoria como consecuencia de la desaparición de sus fundamentos de hecho. No obstante, el proceso de responsabilidad fiscal - conservando en estos aspectos la remisión al Código Contencioso Administrativo por la afinidad y naturaleza de la materia - sólo podrá iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta.

Si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya (C.C.A, art. 136), el mismo término deberá predicarse *mutatis mutandis* de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado. Lo anterior no es óbice para que los autores de las operaciones fraudulentas o irregulares puedan ser objeto de investigación y sanción penal y que, en este caso, la entidad respectiva obtenga la correspondiente indemnización.⁵⁷

Retomando esta tesis, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁵⁸, al dar respuesta a una consulta sobre el particular, concluyó que el término de caducidad de la acción fiscal era de dos años, contados a partir de la producción del acto o hecho. Introdujo, no obstante, un nuevo momento para su contabilización que ya no dependería,

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-046 de 10 de febrero de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Subrayado fuera del texto.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, concepto de 3 de octubre de 1995, Consejero Ponente Javier Henao Hidrón. En el mismo sentido el concepto de 29 de julio de 1996 cuya ponencia estuvo a cargo del Consejero Roberto Suárez Franco.

propriadamente, del fenecimiento sino de la ocurrencia del acto cuestionado. Así, dicha Sala, a pesar de fundarse en la decisión de constitucionalidad aludida, puntualizó:

La caducidad de la acción de la reparación directa se produce "al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir de la producción del acto o hecho", término que será aplicable, por la remisión que hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993.⁵⁹

Esta valoración la hizo sobre la citada sentencia de constitucionalidad pues entendió que dicha acción se adecua a la de reparación directa, supliendo así la inexistencia de normatividad expresa en la Ley 42 con las normas a las cuales la propia ley remite.

Por su parte, la Sección Primera del Consejo de Estado desarrolló una tesis, radicalmente diferente, con fundamento en la cual consideró que no existía término para efectos de iniciar el proceso de responsabilidad fiscal.⁶⁰ Esa Corporación afirmó, en la primera de las sentencias aludidas, lo siguiente:

Examinado el texto de la Ley 42 de 1993, la Sala encuentra que la misma no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal y no obstante que el artículo 89 de la citada ley dispone que "En los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso", la Sala considera que el artículo 38 del C.C.A. no es aplicable, pues, de una parte, el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción, y, de otra parte, porque el contenido del artículo 17 de la citada ley se desprende que dicho juicio de responsabilidad fiscal puede ser iniciado en cualquier momento, lo cual implica que su ejercicio no está limitado en el tiempo.

[...]

Si el fenecimiento de las cuentas puede levantarse en cualquier momento, siempre y cuando se den las condiciones previstas [...], forzoso es concluir que, de igual manera, en cualquier momento se podrá iniciar el juicio de responsabilidad fiscal, lo cual lleva a la Sala a desestimar el cargo en estudio, por considerar que el artículo 38 del C.C.A. no es aplicable, pues,

⁵⁹ *Ib.*

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, sentencia de 2 de abril de 1998, Consejero Ponente Libardo Rodríguez. En el mismo sentido la sentencia de 31 de agosto de 2000, Consejero Ponente Santiago Urueta Ayola.

se reitera, del contenido del artículo 17 de la Ley 42 de 1993 se deduce que el juicio de responsabilidad fiscal carece de un término de caducidad para su iniciación [...].⁶¹

Esta tesis puede encontrar su origen en el criterio según el cual lo ilícitamente adquirido o con perjuicio del erario no puede gozar de protección y, por lo tanto, las actuaciones de las entidades estatales competentes se mantienen incólumes. En efecto, de acuerdo con el artículo 34 de la Constitución Política y la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional sobre el mismo, no puede haber legitimidad alguna en dicho detrimento y, por lo tanto, nunca se purga un actuar contrario a derecho en ese ámbito. Así, de dicha Corporación es también el siguiente texto:

Como se ha explicado, el artículo 34 de la C.P., rechaza, en términos absolutos, toda protección jurídica a la adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. No solamente se ha prohibido, de manera perentoria, que hacia el futuro se incrementen los patrimonios personales de las personas sometidas al orden constitucional colombiano por la vía de las indicadas modalidades ilícitas, sino que se ha ordenado, en el más alto nivel de la juridicidad, que las autoridades estatales persigan las fortunas que a ese título ya se habían obtenido, inclusive antes de entrar a regir la Carta Política. Y eso es así porque, a la luz de la Constitución de 1886, los comportamientos que hoy describe la norma citada tampoco generaban derecho alguno, como quiera que el artículo 30 de esa codificación sólo garantizaba la propiedad y los demás derechos adquiridos "con justo título, con arreglo a las leyes civiles", de tal manera que cuando, con base en cualquiera de los delitos que el artículo 2 de la Ley examinada, una persona creyó adquirir el derecho de propiedad sobre un bien o grupo de bienes, ya sabía, antes de la existencia del artículo 34 de la Constitución de 1991, sobre el carácter ilegítimo de su pretendido derecho y acerca de que él, ante el Estado colombiano, carecía de toda protección. [...]

El Constituyente ha querido trazar una clara, visible y decidida frontera moral y jurídica, que sirva al propósito de reordenar de manera radical a la sociedad colombiana, atacada en los últimos lustros por los efectos deletéreos de la corrupción y el narcotráfico, entre otros males que han desdibujado en la conciencia social las mejores tradiciones de un país que siempre ha asociado la riqueza y el bienestar al trabajo honesto y que, asimismo, ha estimado como la mayor traición a los deberes públicos el enriquecimiento que se configura a partir del menoscabo del erario. [...]

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 2 de abril de 1998, *cit.*, se resalta.

La garantía que el artículo 58 de la Constitución confiere a la propiedad supone la licitud de la misma. En otros términos, no está amparada por la Constitución, como diáfana lo declara su artículo 34, la propiedad mal habida, la lograda mediante el delito, a través del enriquecimiento ilícito, con grave perjuicio para el Tesoro Público o transgrediendo las reglas mínimas de la moral social.

Cuando el artículo 58 de la Carta declara que los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, supone que ellos se alcanzaron por sus titulares "con arreglo a las leyes civiles", expresión que, a juicio de la Corte, no es específica sino genérica, es decir, alude tanto a las reglas integrantes del Código Civil y disposiciones complementarias, como al conjunto del ordenamiento jurídico basado en la Constitución. [...]

Así, si el Derecho positivo nunca reconoció ni protegió una determinada situación, precisamente porque procedía directa o indirectamente de una transgresión al orden jurídico, no puede el infractor reclamar una inmunidad ante la acción del Estado ni tampoco le es dable pretender, distorsionando las garantías constitucionales, recuperar o conservar lo obtenido en contra de la ley. No sería racional ni justo que alguien pudiera sacar provecho de una conducta lesiva de la normatividad sólo porque después, y precisamente para afirmarla y hacerla valer, el Constituyente o el legislador introducen mecanismos aptos para sacar a flote la ilicitud antecedente y para deducir los resultados prácticos de la misma. No debe el Estado, a través de su inercia, premiar a quien no ha obedecido la ley, ni la jurisdicción impedirle, por un mal entendido alcance del principio de no retroactividad de las leyes, forzarlo a sanear aquello que siempre estuvo viciado. [...]

Y, por unidad de materia, dada la inescindible relación con el aparte hallado contrario a la Constitución, será también declarado inexecutable el artículo 9 de la Ley⁶², ya que, contra el claro sentido intemporal del citado precepto de la Constitución, consagra una prescripción de la acción de extinción del dominio, dando lugar al saneamiento -no querido por la Carta- de las fortunas ilícitas.⁶³

⁶² En el artículo 9º de la Ley, declarado inexecutable en la sentencia citada (C-374/97) se establecía lo siguiente:

Artículo 9º. De la prescripción. La acción de extinción del dominio prescribirá en el término de veinte (20) años contados desde la última adquisición o destinación ilícita de los bienes, cualesquiera sea.

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-374 de 13 de agosto de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Basado en este criterio, podría afirmarse que se está ante la situación de hecho planteada en el proceso de responsabilidad fiscal y, en consecuencia, no es posible desestimar estos planteamientos jurisprudenciales, única y exclusivamente, por censurar una determinada conducta sino al vértice del perjuicio al Tesoro y el deterioro a la moral social. A pesar de que, en el artículo constitucional se alude a la mediación de una sentencia judicial dentro de un proceso de extinción de dominio, la Ley 42 determina un carácter resarcitorio del juicio fiscal que es el propio de la acción extintiva y que igualmente se encuentra plasmado en la Ley 610. En todo caso, también fiscalmente es factible afirmar que no se han titularizado derechos en el funcionario público, precisamente en cuanto es viable la acción real.

En este orden de ideas, la existencia de un término podría implicar la aceptación de la prescripción adquisitiva del desangre al Estado, precisamente por la naturaleza del juicio fiscal. Dentro del actual contexto no es factible señalar que los órganos competentes del Estado y, finalmente la comunidad, deban padecer una eventual inoperancia investigativa cuando, efectivamente, ello no ha sido así. En el ámbito planteado en el primer acápite y desde la perspectiva de protección del erario y atendiendo al carácter posterior y selectivo del control fiscal que actualmente nos gobierna, la existencia de un límite investigativo erosiona la capacidad del Estado de lograr recobrar lo que le fue sustraído.

Resultaría coherente con lo brevemente expuesto la inexistencia de caducidad de acciones respecto de actos o hechos que no se originan en el fenecimiento de la cuenta, lo cual sería plenamente predicable antes de la promulgación de la Ley 610. Si existe el fenecimiento de la cuenta el término de la caducidad de la acción será de dos años a partir de ese momento.

Del criterio sostenido por la Sección Primera del Consejo de Estado se apartó la Sección Segunda del Consejo de Estado, Sección que expuso lo siguiente:

En ese orden de ideas, es dable concluir que la acción fiscal caduca en el término de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del acto o hecho que la motivó, lo que significa que en el caso *sub examine* el término empezó a correr a partir del 9 de abril de 1996, fecha en que se dictó el auto que impuso la sanción, y como el auto de apertura de investigación preliminar

es de septiembre de 1998, es claro que transcurrieron más de dos años; esto es que la acción caducó.

[...] la Sala debe señalar que no comparte, por los razonamientos anteriores, la tesis expuesta por la Sección Primera de esta Corporación en sentencia del 2 de abril de 1998, dictada dentro del proceso radicado bajo el número 4438, con ponencia del Consejero Librado Rodríguez Rodríguez, en el sentido de que "del contenido del artículo 17 de la citada ley se desprende que dicho juicio de responsabilidad fiscal puede ser iniciado en cualquier momento, lo cual implica que su ejercicio no está limitado en el tiempo", porque contraría el principio de que no hay derecho sin acción, ni acción sin caducidad o prescripción. De suyo, aún en esta hipótesis, el levantamiento del fenecimiento y la apertura del juicio fiscal deben darse dentro de los dos (2) años posteriores al hecho ilícito.⁶⁴

Su conclusión es similar a la sostenida por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en cuanto demarca el momento a partir del cual se empieza a contabilizar el término de caducidad desde la fecha de ocurrencia del hecho, omisión u operación administrativa.

A su vez, cuando la Corte Constitucional tuvo una nueva oportunidad para decidir sobre el particular, derivado de una serie de acciones de tutela que empezaron a proliferar en virtud de la oposición evidente entre la jurisdicción contenciosa administrativa (Sección Primera del Consejo de Estado) y la jurisdicción constitucional. En respuesta a tales solicitudes de amparo, el Tribunal Constitucional reiteró el planteamiento que realizara frente al artículo 17 de la Ley 42⁶⁵, señalando, abiertamente, su discrepancia en relación con la tesis sostenida por la Sección Primera del Consejo de Estado. Dijo entonces:

3.2 De la caducidad de la acción fiscal

1- El fenómeno jurídico de la caducidad surge como consecuencia de la inactividad de los interesados para obtener por los medios jurídicos, la defensa y protección de los derechos afectados por un acto, hecho, omisión u operación administrativa, dentro de los términos fijados en la ley.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 5 de agosto de 1999, Consejero Ponente Carlos Orjuela Góngora.

⁶⁵ Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-635 de 31 de mayo de 2000, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

La ocurrencia de la caducidad de una acción implica, por consiguiente, la extinción del derecho a la acción por la expiración del término fijado en la ley para ejercer la respectiva acción. Plazo que constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-165 de 1993, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, señaló que el no ejercicio de la acción dentro de los términos señalados por las leyes procesales, constituye omisión en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales del ciudadano. Dijo la Corporación que "su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa-, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde".

2- Para determinar si respecto del juicio de responsabilidad fiscal existe término de caducidad, es necesario examinar las normas legales, así como la jurisprudencia de la Corporación vigente sobre la materia.

La Ley 42 del 26 de enero de 1993, por medio de la cual se dictaron normas sobre la organización del sistema de control fiscal financiero, no se ocupó en forma directa de la caducidad de la acción fiscal. Tampoco lo hizo, como erróneamente lo afirma el señor Contralor General de la República, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

Ahora bien, dada la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, y teniendo en cuenta que la ley 42 no fijó término de caducidad de la acción, es preciso acudir para ello, según lo dispuesto por el artículo 89 de la ley 42 de 1993, a las disposiciones del código contencioso administrativo que se refieren a la caducidad de las acciones. En efecto, éste precepto establece que "en los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el código contencioso administrativo o de procedimiento penal, según el caso". Además, si bien es cierto que las normas del código contencioso administrativo son aplicables a las Contralorías por disposición del artículo 1º ibídem, también lo es que lo serán en la medida en que no exista norma especial al respecto, y que además no existiendo norma especial, la situación encuadre dentro del respectivo precepto.

El código contencioso administrativo establece en su artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, los términos de caducidad de las acciones, que para el caso de la acción de reparación

directa, se fija en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Y es este mismo término el que, por la remisión expresa que hace el artículo 89 de la ley 42 de 1993 a las normas del código contencioso administrativo, y dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa, se aplica para el proceso de responsabilidad fiscal.

En consecuencia, el proceso de responsabilidad fiscal sólo podrá iniciarse contra los funcionarios del erario a más tardar dentro de los dos años siguientes, contados a partir de la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta.

Lo anterior, tiene fundamento en lo dispuesto por la Corporación en la sentencia C-046 de 1994, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se señaló que "si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya, el mismo término deberá predicarse de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado" (negritas y subrayas fuera de texto).

3- En relación con la caducidad de la acción fiscal, contrario a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia citada, el Consejo de Estado mediante sentencia del 2 de abril de 1998, CP. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, señaló que "examinado el texto de la ley 42 de 1993, la Sala encuentra que la misma no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal (...)", de lo que "se deduce que el juicio de responsabilidad fiscal carece de un término de caducidad para su iniciación".

Ahora, cabe preguntarse, cuál interpretación de la norma legal es la que se debe seguir en situaciones como ésta.

Para resolver dicho interrogante, es preciso manifestar que frente a interpretaciones contrarias respecto de una misma norma legal como ocurre en el asunto sub examine, una de la Corte Constitucional que señala que el proceso de responsabilidad fiscal tiene un término de caducidad de dos años para su iniciación, y otra del Consejo de Estado que establece que el juicio de responsabilidad fiscal no tiene término de caducidad, prevalece por expresa disposición constitucional aquella efectuada por la Corte Constitucional, según lo dispone el artículo 243 de la Carta Política, ya que la interpretación de la Corte, a diferencia de la de los demás jueces, señala y explica el significado de la Constitución en su carácter de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Fundamental, labor que realiza específicamente a través de su función interpretativa.

Por consiguiente, es claro que en relación con el término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal, ha de prevalecer la interpretación que de la norma legal dio la Corte Constitucional en la sentencia C-046 de 1994, la que se aplicará en el caso sometido a revisión.

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

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

Igualmente, debe manifestar la Sala que no es de su resorte como juez de tutela, encargado de garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas, ni es su ámbito natural, efectuar un análisis detallado sobre si la caducidad existe o no en el proceso de responsabilidad fiscal, cuando ya hay una providencia judicial que lo definió, ni tampoco resolver sobre si la caducidad opera respecto de la recuperación de bienes públicos.⁶⁶

No obstante, tal determinación dio lugar a un auto aclaratorio expedido en la Sala Plena de esa Corporación en el cual precisó:

Si bien en dos partes de la providencia quedó consignado que dicho término de caducidad corre a partir de la ocurrencia del hecho o del acto que motivo la acción, esto no da lugar a condenar la totalidad del texto de la misma, desconociendo su *ratio decidendi*, y mucho menos afirmar que con base en dicho error se decidió el asunto pues como se extrae del contenido del párrafo conclusivo de la argumentación judicial, **el término sobre el cual parte la Sala de revisión para decidir sobre la violación del derecho**

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. T-973 de 31 de mayo de 1999, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

fundamental al debido proceso del actor y resolver dicho asunto, fue la fecha del fenecimiento.⁶⁷

De nuevo la Corporación se dio a la tarea de señalar los alcances de su jurisprudencia y, en buena medida, hacer valer su criterio de interpretación última de la Constitución Política, lo cual quedó reflejado en el pronunciamiento T-1167 de 5 de septiembre de 2000.⁶⁸ Se aparta, de manera clara, de aquéllas posiciones en las cuales el término de caducidad se iniciaba desde la ocurrencia de los hechos, las cuales fueron sostenidas también por el Consejo de Estado, tal y como se tuvo oportunidad de indicar.

Una nueva decisión sobre un recurso de amparo produjo, no obstante, la siguiente advertencia por parte del Tribunal, ya en vigencia de la Ley 610 de 2000:

Sin embargo, la interpretación efectuada por la Corte se limita a los casos en los cuales las contralorías han expedido el correspondiente fenecimiento a la cuenta rendida, **pero deja de lado los eventos en los cuales el mismo no se ha proferido y de los hechos no se permite presumir la configuración de un fenecimiento ficto**, como se evidencia en la situación fáctica que motivó la formulación de la presente acción de tutela, como se examinará a continuación.⁶⁹

Complementa su revisión, en cuanto al caso concreto, en los siguientes términos:

En el caso de autos, para la época en que sucedieron los hechos, esa prescripción legal no existía (se refiere a la Ley 610 de 2000); en consecuencia, la premisa jurídica utilizable provenía de la interpretación jurisprudencial vertida en la sentencia C-046 de 1994, según la cual, el presupuesto referencial de la caducidad de la acción fiscal está constituido por el fenecimiento de la respectiva cuenta, en la medida en que, se repite, la normatividad sobre el control fiscal guardaba silencio en esta materia (Ley 42 de 1993).

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, auto de aclaración de 1º de marzo de 2000, M.P. Álvaro Tafur Gálvis. Se resalta.

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-1167 de 5 de septiembre de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. T-1362 de 9 de octubre de 2000, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

Sin embargo, el anterior predicamento no resulta aplicable al caso *sub examine* de manera categórica, como se puede deducir de los hechos y de las pruebas aportadas en el expediente, toda vez que sobre la cuenta se efectuaron observaciones dando lugar al inicio del proceso de responsabilidad fiscal.

Se recuerda en este punto que el fenecimiento es un acto cuyo objeto material es la cuenta y no el funcionario o funcionarios responsables de su manejo, sobre quienes no se constituye por ese hecho una situación jurídica concreta que los exima de cualquier responsabilidad sobreviniente, sea ésta fiscal o no, siempre que se pretenda establecerla en los marcos de oportunidad connaturales a la acción correspondiente, razón que explica que no se expida en nombre de cada comprometido un finiquito parcial por la gestión que adelante; no obstante, es preciso reconocer que es un indicador de las características que rodearon la tarea de cada involucrado con la misma.

También es del caso precisar que existen varias modalidades de fenecimiento⁷⁰: la primera, el fenecimiento formal, que es el proferido por las divisiones de revisión de cuentas, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la revisión y, la segunda, el fenecimiento material (o de fondo) que a su vez puede extenderse expresa o tácitamente, éste último cuando las oficinas o dependencias competentes de las contralorías no emiten el informe sobre el resultado de la revisión de cuentas en el período de control subsiguiente.

Aclarado lo anterior, es preciso plantearse el interrogante acerca de la situación que se predica de los potenciales responsables de las irregularidades que afectan la cuenta en cuestión, cuando en su contra no se ha encauzado la acción fiscal, pero tampoco se ha proferido el fenecimiento.

En primer término, vale la pena reiterar que la Corte en la sentencia T-973 de 1999 señaló que el servidor público queda sujeto a una evaluación de su gestión y de su responsabilidad personal, en los términos de la Constitución y de la ley, pero que dicha evaluación debe desarrollarse con sujeción a las garantías y formalidades propias del debido proceso.

De este modo, el órgano de control fiscal está obligado a emitir reparos sobre el manejo de la cuenta en su informe con el fin de que los errores o inconsistencias sean corregidas, aclaradas o explicadas o bien a iniciar el

⁷⁰ Resolución Orgánica de la Contraloría General de la República No. 3466 de 1994 "Por la cual se dictan normas sobre la rendición y revisión de cuentas, el proceso de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva, arts. 7o. y 8o.

respectivo proceso de responsabilidad fiscal, pues la valoración de la gestión no puede quedar en forma indefinida bajo una especie de condición suspensiva que en principio pudiera vulnerar el derecho al debido proceso, de lo que se deduce que el inicio de un proceso de responsabilidad fiscal debe estar sujeto a un término perentorio.

Como quiera que en el presente caso no se ha proferido acto de fenecimiento expreso ni ha acaecido el presunto o tácito, toda vez que la gestión sobre la cual versan se encuentra controvertida, debe entenderse que el término de la caducidad de la acción fiscal corre a partir de cuando debió ocurrir el fenecimiento tácito, esto es, a la vigencia siguiente a aquella en la cual se rindió la cuenta⁷¹, momento en el cual la Contraloría debió haber emitido el informe sobre el resultado de la revisión y que para la cuenta que interesa a este estudio correspondía a la vigencia fiscal de 1998, cuyo plazo último era el 31 de diciembre de ese año.

La anterior interpretación está en consonancia y desarrolla los criterios establecidos en la sentencia C-046 de 1994, en la medida en que lo pretendido en esa providencia fue otorgar la debida seguridad jurídica a las personas expuestas al cuestionamiento de su gestión por el manejo de recursos públicos, para efectos de establecer su responsabilidad fiscal y, en aras de ello, circunscribir a un término perentorio la iniciación de la acción que en su contra se pueda enderezar.⁷²

Se observa que la Corte Constitucional se dio a la tarea de diferenciar y, -de esta manera corregir los alcances de sus determinaciones-, en los varios eventos que pueden producirse en relación con el fenecimiento, y especialmente, en torno a la actitud adoptada por el organismo a quien se le rinde la cuenta para llegar a la conclusión de que existe un fenecimiento ficto, a partir del cual empieza a correr el término de caducidad, razonamiento que sólo operaría para la revisión de cuentas, no así frente a situaciones que el organismo de control fiscal desconoce pues, vale la pena recordar que el ejercicio de esa función pública es posterior y selectiva.

Recientemente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en primera instancia, resolvió tutelar el debido proceso, fundado en la operancia de la caducidad, por fallos dictados por la Contraloría del Distrito Capital. Dijo entonces dicha instancia:

⁷¹ Resolución Orgánica de la Contraloría General de la República No. 3466 de 1994, artículo 8o.

⁷² Sent. T-1362 citada. Paréntesis fuera del texto.

Al respecto, considera la Sala que el término que debe aplicarse, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe ser de dos años.

Dicho término debe ser contado a partir del fenecimiento de la cuenta o de la actuación dolosa o culposa que generó el daño patrimonial. Por lo que el concepto de la Contraloría, a juicio de la Sala, no es correcto, pues ello atentaría contra el principio de seguridad jurídica, pues, siguiendo este mismo argumento, podría verse en la práctica, funcionarios investigados hasta 10 años después de cometida la actuación –esto es a manera de ejemplo- si el término se contara desde que la entidad paga unos recursos por determinada actuación, como ha ocurrido en el asunto de la referencia.

Lo que si procede cuando la entidad paga dentro de los dos (2) años siguientes es la acción de repetición contra el funcionario. Pero el término de la investigación fiscal, debe contarse desde que se actuó dolosa o culposamente y con tal actuación se afectó el erario público.⁷³

1.3. *El conocimiento de la ocurrencia del hecho*

Sin perjuicio de las reflexiones contenidas en el anterior apartado, cobra especial relevancia la circunstancia en la que se encuentra la entidad frente a la existencia de un determinado hecho. Este planteamiento debe ser confrontado con la tesis que ha sostenido el Consejo de Estado para el caso de la ocurrencia de la caducidad para las acciones de reparación directa, en los cuales también se dispone como límite “el acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”. En efecto, sobre este particular aspecto, dicha Corporación ha sostenido la tesis según la cual el término de caducidad se empieza a contar “a partir del conocimiento que sobre el daño tenga la persona afectada, y no a partir de su producción”⁷⁴. El fundamento de este criterio puede ser resumido a lo siguiente:

La realidad indica las más diversas circunstancias en que pueden ocurrir los hechos, de los cuales o bien se desconoce su ocurrencia o por su naturaleza es preciso una valoración que indique a partir de qué momento la víctima o

⁷³ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA -Subsección A-, sent. de 21 de agosto de 2001, expediente AT-01-1153.

⁷⁴ Se pueden confrontar, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 2 de junio de 1994, expediente 9357, Consejero Ponente Juan de Dios Montes; Auto de 30 de abril de 1997, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros; sentencia de 6 de agosto de 1998, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

el accionante estuvieron en posibilidad para acceder a la justicia para reclamar sus derechos.⁷⁵

Esta tesis encuentra su razón de ser en la forma en que dicho conocimiento se plasma, en la mayoría de los casos, en la cuentas, documento en el cual el responsable informa acerca de la gestión fiscal que ha desplegado al organismo de control correspondiente, en este evento, la Auditoría General de la República.

1.4. *La caducidad y el principio de favorabilidad*

Ahora bien, motivado entonces por los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el legislador, mediante la Ley 610, adoptó, entonces, la tesis de un término y así lo dejó plasmado claramente en su artículo 9º indicando que su lapso es de cinco años "desde la ocurrencia del hecho generador del daño". Pero ello no quiere significar que se haya enervado la tesis del conocimiento del hecho como momento a partir del cual se empieza a contabilizar el término de caducidad. Así, tanto en vigencia de la Ley 42 de 1993 como frente a la Ley 610, el momento de ocurrencia de los hechos es "aquél de conocimiento de la respectiva entidad de control". A favor de esta tesis milita que en la propia regulación contenciosa administrativa, cuando se alude al término de caducidad de las acciones radicando la misma "al momento de los hechos" y es, a partir de tal criterio, que el Consejo de Estado ha elaborado la tesis en comento.

Ahora bien, dentro del tránsito de legislación es factible que dicho conocimiento, entre lo que se incluye aquél que se produce a través de la rendición de la cuenta, se haya producido antes de la expedición del nuevo régimen que gobierna el proceso de responsabilidad fiscal, caso en el cual surge la pregunta en torno al término que debe cumplirse para que la misma opere.

La caducidad es un instituto de raigambre procesal que, para el caso de la responsabilidad fiscal, afecta la capacidad investigativa y resarcitoria en cabeza del Estado. Dicho proceso tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional y lo reitera la propia Ley 610 en su artículo 1º, es de carácter administrativo y no tiene un propósito netamente sancionatorio o intersubjetivo, a tal punto que puede continuar con los herederos. De otro lado desarrolla un interés público que le está afecto. En todo caso, y en cuanto proceso investigativo, el mismo debe estar rodeado de las garantías

⁷⁵ Auto de 30 de abril de 1997, citado.

propias del debido proceso contenidas en el artículo 29 de la Constitución Política.

Preliminarmente, y derivado de las características de este proceso, se podría afirmar que la ampliación del término de caducidad, tendría el carácter neutro propio de las normas procesales, es decir, su inmediata aplicación salvo ciertas y especiales trámites que se estén surtiendo cuando inicia su vigencia. Así lo entiende parte de la doctrina, con la aclaración que si antes de la expedición de la ley se han cumplido los dos años se aplicaría ese término. Lo anterior se puede colegir del siguiente texto:

Ahora bien, frente a la caducidad consideramos que si para el 17 de agosto de 2000, ya hubieran transcurrido (2) dos años desde la comisión de los hechos, operaría la caducidad. Pero si es a partir del 18 de agosto ya se cuenta los cinco (5) años que señala la Ley 610.⁷⁶

No obstante, es necesario indicar que a pesar de que el proceso no tenga un carácter sancionatorio tiene, en todo caso, una naturaleza afflictiva. Una de las jurisprudencias de la Corte Constitucional, aquí transcrita, lo cataloga como un proceso sancionatorio pecuniario. De otro lado, la Ley 610, acogiendo una serie de pronunciamientos de la mencionada Corporación, acogió las fuentes garantistas propias de aquellas investigaciones que realiza el Estado. Así se colige del Título II de la misma tanto como, de otra parte, de las funciones de policía judicial que tienen las Contralorías y, por extensión, la Auditoría (art. 62). Si, adicionalmente, analizamos la estructura de ese proceso, el mismo es análogo a los esquemas propios del juzgamiento penal o disciplinario. Concretamente, esta ley tiene figuras e institutos muy propios de la Ley 200 de 1995 que fue una de sus arquetipos de inspiración. Por último, en cuanto a la remisión a otras fuentes normativas, el artículo 66 de la Ley 610 acude, en su orden al Código Contencioso Administrativo, al Código de Procedimiento Civil y al Código de Procedimiento Penal, siempre y cuando no sean contrarias al proceso de responsabilidad fiscal. Esta amalgama de disposiciones normativas no es gratuita; con ella se expresa la hibridación propia de la acción de responsabilidad fiscal en donde, adicional a sus aspectos administrativos, aparecen otros de carácter afflictivo (por no utilizar el término sancionatorio). Surge entonces la inquietud acerca de la aplicación de uno de los principios propios y consustanciales al derecho sancionatorio cuál es el de favorabilidad, de

⁷⁶ EL NUEVO CONTROL FISCAL, Lina María Higuera Rivera y Gerardo Domínguez, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín 2001, pág. 251.

aceptación ecuménica en esas ramas del derecho y contenida en múltiples tratados de derechos humanos. La pregunta se focaliza en develar si tal principio sería incompatible con el proceso de responsabilidad fiscal, es decir que "repugne al mismo". Hasta donde se ha analizado, no existiría el fenómeno de "incompatibilidad" aludido pues en nada se opondría a esta clase de procedimientos y, por el contrario, desarrollaría los principios garantistas ya aludidos.

No puede perderse de vista que con la condena en el proceso de responsabilidad fiscal, el Estado efectúa tres declaraciones básicas. Por una parte, cuantifica un daño; de otro lado, determina un grado de responsabilidad y, como tercer punto, establece un nexo causal entre el daño inflingido y la acción u omisión del funcionario o del particular.

Dentro del criterio garantista que ha inspirado esta clase de procedimientos, hace pensar que no sería factible entrar a aplicar un término superior. Finalmente, baste traer a colación la sentencia C-540 de 1997, ya mencionada, en la cual se efectúan una serie de consideraciones en torno a los principios que gobiernan este proceso y que al efecto se vuelven a transcribir en lo pertinente:

En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), **favorabilidad**, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.⁷⁷

Con la expresa remisión realizada en la Ley 610 no cabe duda de la pertinencia de ese principio dentro del proceso de responsabilidad fiscal, su importancia dentro del mismo, bajo la premisa que todos los aspectos que lo regulan son susceptibles de un análisis dentro del principio aquí aludido. Cabe reconocer que la posición aquí sostenida contrasta con la brindada por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-540 de 23 de octubre de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. Se resalta. Esta tesis es inicialmente formulada en la sentencia SU-620 de 1997 y a ella se alude, también y de manera indirecta, en la sentencia C-840 de 2001.

de 5 de diciembre de 2000. En su parte final, en el mencionado concepto se concluye lo siguiente:

La caducidad de la acción fiscal impide a través del respectivo organismo de control, iniciar el proceso de responsabilidad fiscal contra los servidores públicos, persona o entidades públicas o privadas que administren fondos o bienes de la Nación.

Antes de entrar en vigencia la Ley 610 de 2000 (18 de agosto de 2000) la caducidad de la acción fiscal es de dos años contados a partir del acto de fenecimiento de la cuenta, es decir, si al entrar en vigencia la nueva ley, han transcurrido dos años a partir del fenecimiento de la cuenta, la acción fiscal ha caducado por tanto no se puede abrir proceso.

Si la acción no ha caducado, al entrar a regir la Ley 610, se cuentan cinco años a partir de la ocurrencia de los hechos.

Para efectos del fenecimiento de la cuenta se tendrá en cuenta lo señalado por el Contralor General en la directiva 001 de 2000.

De no proceder la acción fiscal por haber caducado, o haber operado la prescripción, las contralorías o la entidad pública afectada deben promover las acciones pertinentes, a fin de obtener el resarcimiento del daño o detrimento ocasionado al Estado.⁷⁸

De acuerdo con el criterio expuesto en el presente documento, debe aplicarse el principio de favorabilidad, lo cual exige una revisión de los efectos del tránsito de legislación aplicando, en cada evento y según las circunstancias, la legislación que resulte más favorable al procesado y, de esta manera, la eventual aplicación del término de caducidad que se ha considerado, contemplaba la Ley 42 de 1993.

1.5. *A manera de resumen de lo expuesto y conclusión*

Para efectos de una mejor comprensión de este tema –pues el mismo lo amerita– resultan ilustrativos los siguientes cuadros en los que se condensan la serie de eventualidades en cuanto a la caducidad se refiere, incluyendo la posición en torno a la aplicación del principio de favorabilidad.

⁷⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, concepto OJ-80112-3327 de 5 de diciembre de 2000.

Tesis sobre la caducidad-normatividad

Cuadro 1

<i>Interpretaciones sobre caducidad de la acción de responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 42 de 1993</i>	<i>Tratamiento de la caducidad en vigencia de la Ley 610 de 2000</i>
<ul style="list-style-type: none"> - No existe término de caducidad para la acción de Responsabilidad Fiscal y, por tanto, el proceso puede iniciarse en cualquier tiempo. (C. E., Sección Primera, Exps. 4438 –sent. de 2 de abril de 1998, y 5054 –sent. de 31 de agosto de 2000). - El término de caducidad es el previsto para la acción de reparación directa, es decir, 2 años contados a partir de la fecha en que se haya producido el fenecimiento. Si éste no existes o hay observaciones a la cuenta, a partir de la fecha en que debió producirse el fenecimiento ficto. (C. C., sents. C-046/94, T-973/99, Auto No. 016/00, T-1167 y T-1362 de 2000). - El término de caducidad de la acción de responsabilidad fiscal es de 2 años contados a partir de la ocurrencia del hecho constitutivo de detrimento. (Conceptos Nos. 732 de 3 de octubre de 1995 y 846 de 29 de julio de 1996 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del C. E. y, Sent. de 5 de agosto de 1999 de la Sección Segunda del C. de E., proceso No. AC7878). 	<ul style="list-style-type: none"> - El término de caducidad se establece en cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio, término que también se aplica en los casos en que se haya producido fenecimiento de la cuenta dado que el artículo 17 de la Ley 42 de 1993 fue derogado en forma tácita. (Artículos 9º y 40 de Ley 610 de 2000).

Comparación de las dos legislaciones y las eventualidades que pueden presentarse

Cuadro 2

<i>Supuesto que origina el Proceso de Responsabilidad Fiscal</i>	<i>Caducidad Ley 42 de 1993</i>	<i>Caducidad Ley 610 de 2000</i>
1. Fenecimiento de la cuenta	<u>2 años</u> contados a partir del fenecimiento de la cuenta	<u>5 años</u> desde la fecha de la ocurrencia del detrimento.
2. No fenecimiento de la cuenta	<u>2 años</u> contados a partir de la fecha en que ha debido producirse el fenecimiento ficto	ib.
3. Formulación de observaciones con ocasión de la cuenta.	<u>2 años</u> contados a partir de la fecha en que ha debido producirse el fenecimiento ficto.	ib.

2. El detrimento producido por causa de la imposición de multas

La noción de responsabilidad a la cual alude la Ley 610 incorpora el elemento "daño patrimonial al Estado" (arts. 5° y 6°). Dentro de una interpretación inicial se podría llegar a concluir que el concepto Estado abarcaría los patrimonios de todas las entidades estatales. Desde esta perspectiva, una gestión indolente o aún dolosa (el no pago *ad libitum*) podría inhibir el inicio de cualquier proceso de responsabilidad fiscal sin perjuicio de otra clase de responsabilidades que pudieran haberse concretado. Este razonamiento se complementa indicando, además, que la multa, la sanción o, eventualmente el no pago de un servicio público, cuando éste es prestado por una empresa del Estado, repercuten en las arcas de otra entidad de la misma índole de tal forma que el efecto neto es la inexistencia de detrimento. El balance, según esta manera de concebir dicha problemática, sería equilibrador pues lo perdido a título de multa en un lado es un ingreso para la entidad, nacional o territorial, que lo impone. Desde esta perspectiva se concluiría que en las eventualidades planteadas no estaríamos en el campo mismo de la responsabilidad fiscal.

No obstante lo anterior, la argumentación expuesta no resultaría consistente cuando se entra a analizar los detalles de la misma. Lo primero que es necesario aclarar es que el concepto Estado, que es utilizado en la Ley 610, no contiene un elemento generalizador, y esto sin perjuicio de las alusiones contenidas en los artículos 1°, 5° y 6° mencionados. Así, el artículo 4°, al señalar el objeto de la responsabilidad fiscal, destaca que éste consiste en "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" (se resalta). La misma redacción aparece en el artículo 15, sobre acumulación de procesos, cuando se permite tal figura "siempre que se trate de la misma entidad afectada".

Así mismo, cuando se entra de lleno en el procedimiento que se surte, el artículo 39 aclara que uno de los objetivos de la indagación está en determinar "la entidad afectada", expresión que reitera en el artículo 41, requisitos del auto de apertura, y que, no debe negarse, coexiste con las locuciones "daño patrimonial al Estado". Otro tanto acaece con el auto de imputación, contenido en el artículo 49 de la misma legislación. Pasado este procedimiento, el artículo 65 *ib* (en correspondencia con el 9°), recuerda que los contralores están en la obligación de constituirse en parte

civil dentro del proceso penal que se instaure por delitos contra los intereses patrimoniales del Estado. En este orden de ideas, el daño patrimonial al Estado se materializa en el daño o detrimento a una respectiva entidad estatal y no a la inversa, es decir, como epígono del Estado. En efecto, en el argot jurídico cuando se alude al daño patrimonial siempre se alude a esa noción que es la que se maneja desde el artículo 1º de nuestra Constitución Política dentro de una República que, además, es unitaria. De allí que resulte mejor, y más técnico sin duda, afirmar "le causó daño al Estado" en lugar de "ocasionó un perjuicio a la Contraloría General de la República". Pero ello implica que, en el primer caso, deba concretarse este daño en alguna de las entidades que lo componen y que, por ende, ese agravio se materialice en una de ellas, muchas de las cuales, además, cuentan con personería jurídica y, lo que es más importante, constituyen una sección presupuestal (art. 36 del Artículo Primero del Decreto 111 de 1996), es decir, están dotadas de un margen de autonomía para la ejecución de los recursos que le han sido apropiados.

Así, si se tratara, exclusivamente, de revelar el daño patrimonial del Estado, entendido éste como una bolsa inescindible, las alusiones a la entidad afectada y a su posibilidad persecutoria sobrarían. La división presupuestal se produce no sólo por niveles territoriales sino por servicios dentro de la técnica estatal de la repartición entre entidades estatales autónomas, responsables del desarrollo de determinadas funciones las cuales deben suplir dentro del principio de legalidad. Ahora bien, consultando un elemento teleológico, del cual no puede estar desprovisto el análisis del proceso de responsabilidad fiscal, es preciso indicar que no resultaría congruente que la programación presupuestal de una entidad fuera sometida a multas y sanciones derivadas de una mala administración que afectaría su naturaleza y razón de ser. De allí proviene el detrimento en su funcionamiento. Adicionalmente, no puede pasarse por alto que actitudes como éstas sobrecogen la programación presupuestal de la entidad.

Adicionalmente, si se entiende que las sociedades de economía mixta forman parte del Estado, y en tanto tales no existiría posibilidad de iniciar un proceso de responsabilidad fiscal, tampoco en eventos en donde una porción del detrimento iría a las arcas privadas serían susceptibles de un proceso de responsabilidad fiscal. Lo propio debe decirse, entonces, de las innumerables contribuciones parafiscales que hoy forman parte importante de una de las fuentes de financiación de la actividad estatal. El particular que administra estos bienes públicos podría producir cargas mayores a los mismos afectando, gravemente, los recursos destinados a la

parafiscalidad. En ambos casos, el ente de control está obligado a establecer la responsabilidad fiscal.

Así mismo, la tesis de la irresponsabilidad fiscal en estos eventos, haría depender de un tercero la ocurrencia del menoscabo y no de la actitud del servidor encargado de efectuar unos pagos. La contradicción se haría evidente cuando un particular y una entidad estatal prestan un mismo servicio público y la multa impuesta por el primero generaría un daño patrimonial al Estado, al paso que en el segundo evento no, cuando el elemento subjetivo es el mismo.

Tales reflexiones van en consonancia con la Constitución Política cuando en el artículo pertinente destaca que la responsabilidad proviene de la gestión fiscal que, por otra parte, como hemos visto es el objeto mismo del proceso de responsabilidad fiscal. Al revisar el contenido de lo que se entiende por gestión fiscal, el artículo 3° de la Ley 610 introduce un objetivo teleológico cual es el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Salvo que estuviéramos en presencia de una organización política cuyo fin primordial fuera el de recibir sanciones y financiarse con multas – que no es el caso – se admitiría que una conducta como la revisada no afectaría la gestión fiscal y bien podría ser calificada como incorrecta e inadecuada. El proceso presupuestal, dentro de la complejidad que le es propia, está destinado a suplir tales finalidades y cualquier distorsión en ellos es un detrimento para esa capacidad.

En suma de la argumentación planteada, el costo de oportunidad de la obtención de recursos para sufragar las multas por parte del Tesoro Público y la ausencia de disponibilidad de dichas rentas por la entidad que, en principio, se debió nutrir de las mismas oportunamente, son dos consideraciones que hacen que este tipo de operación no sea neutra ni tenga un efecto compensatorio. Por último, téngase en cuenta que tampoco el argumento de la unidad de caja iría a favor de la supuesta compensación, pues existen dentro del erario recursos de la Nación y los de cada una de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios que son independientes y que cualquier operación entre ellos no es indiferente.

Se ha dicho al respecto:

[...] es procedente llamar a responder fiscalmente cuando los responsables del erario demoraron sin justa causa la cancelación o pago de los compromisos adquiridos por la administración, dando lugar por ello, al reconocimiento de intereses moratorios, pues se admite que con ello se

causa detrimento al erario. En estos casos a las personas responsables del manejo del recurso público se les ordena el reintegro de los intereses moratorios cancelados por la administración.⁷⁹

Se observa, entonces, la existencia de un detrimento patrimonial que opera por el no pago oportuno de tributos y otras expensas a la cual están obligadas las entidades vigiladas, lo cual involucra el elemento dañoso o menoscabo para la entidad respectiva. Finalmente, en cuanto al detrimento, es importante señalar que el mismo incluiría toda la sobreremuneración que debió cancelarse por la inoportunidad del pago – las sanciones inclusive- y no solamente los intereses moratorios.

Sin duda que las respuestas brindadas abren el espectro investigativo a cargo de la Auditoría General de la República y dimensionan la labor resarcitoria que le ha sido asignada a ésta. Espero que el presente escrito resulte de utilidad como material de estudio de esta clase de temas que, como se ha visto, resultan liminares dentro del proceso de responsabilidad fiscal y han producido durante un breve lapso interpretaciones dispares y encontradas.

Cordialmente,



⁷⁹ CONTROL FISCAL, HERRAMIENTA DE GESTIÓN, Mauricio Bogotá Muñoz, Editorial Carrera 7ª, Bogotá, D.C., 2000, pág. 133.