



AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal

Preguntas y respuestas

Pablo César Díaz Barrera

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
OFICINA DE ESTUDIOS ESPECIALES Y APOYO TÉCNICO

Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal

 Preguntas y respuestas

Pablo César Díaz Barrera

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
OFICINA DE ESTUDIOS ESPECIALES Y APOYO TÉCNICO



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

© Auditoría General de la República, 2013
© Pablo César Díaz Barrera, 2013

Edición: Auditoría General de la República

Autor: Pablo César Díaz Barrera

Colaborador: Gustavo Adolfo Escudero Aranda

Coordinación editorial: Juan de Dios Cano Londoño

Diseño y diagramación: José Fernando Bedoya García

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Impreso en Colombia
Bogotá D.C., mayo de 2013

Primera edición
1.000 ejemplares

ISBN: 978-958-99001-9-2



JAIME RAÚL ARDILA BARRERA. Auditor General de la República
SARA GARCÍA PADILLA. Auditora Auxiliar
REYNALDO RÍOS PÉREZ. Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal
CHAID FRANCO GÓMEZ. Secretario General [e]
FREDY CÉSPEDES VILLA. Director Oficina Estudios Especiales y Apoyo Técnico
OSCAR FRANCISCO MANTILLA REY. Director Oficina de Planeación
LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA. Directora Oficina Jurídica
GLORIA ELENA RIASCOS MORA. Directora Oficina de Control Interno
ARGEMIRO VARGAS SUÁREZ. Director de Control Fiscal
JOSÉ LUIS FRANCO LAVERDE. Director de Responsabilidad Fiscal
LUZ STELLA VARGAS LÓPEZ. Directora de Recursos Financieros
MARGARITA MARÍA MÁRQUEZ FIGUEROA. Directora de Recursos Físicos
BEATRIZ AMALIA SÁNCHEZ LUQUE. Directora de Talento Humano
PATRICIA RESTREPO VÉLEZ. Gerente Seccional I [Medellín]
EDGAR OMAR VILLAMIZAR FUENTES. Gerente Seccional II [Bogotá]
CARLOS ALBERTO FRANCO HURTADO. Gerente Seccional III [Cali]
ADELA RIAÑO JAIMES. Gerente Seccional IV [Bucaramanga]
SUSANA DEL CARMEN ABRAHAM DAU. Gerente Seccional V [Barranquilla]
GUILLELMO BARREIRO QUINTERO. Gerente Seccional VI [Neiva]
GERMÁN BARCO LÓPEZ. Gerente Seccional VII [Armenia]
ANA MILENA PACHECO QUINTERO. Gerente Seccional VIII [Cúcuta]
JAIME PARRA SÁNCHEZ. Gerente Seccional IX [Villavicencio]
HERNANDO CRISTO PÉREZ MENDEVIL. Gerente Seccional X [Montería]

Control fiscal con pedagogía social



Contenido

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	11
EL AUTOR	14
1 INTERROGANTES SOBRE LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	15
1.1 ¿Los daños patrimoniales causados como consecuencia de sentencias adversas al Estado (nulidad y restablecimiento de derecho), cuyo resarcimiento puede intentarse por la acción de repetición (art. 90 Constitucional y Ley 678 de 2001) también puede ser considerado como hecho generador del proceso de responsabilidad fiscal o la iniciación de la acción de repetición excluye en todos los casos la acción de responsabilidad fiscal?	16
1.2 ¿Una persona jurídica de derecho público o ente estatal, cuando por convenio ejecuta contratos, interventorías o consultorías para los entes del Estado puede ser vinculada como presunto responsable fiscal en el proceso de responsabilidad fiscal?.....	22
1.3 Teniendo en cuenta la definición de los artículos 1º y 6º de la Ley 610 de 2000, la sentencia C-840 de 2001 y el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011. ¿Qué ejemplos se pueden citar de vinculación como presuntos responsables fiscales de quienes actúan “con ocasión de la gestión fiscal” (art. 1, Ley 610/00) y cuáles de quienes “contribuyan o concurran al detrimento al patrimonio público”?.....	27
1.4 ¿Cuál es el argumento jurídico para imputar responsabilidad fiscal en forma solidaria por hechos generadores de daño ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011?	31
1.5 ¿El lucro cesante procede como concepto de daño al patrimonio del estado dentro del proceso de responsabilidad fiscal?	35
1.6 Cuando se declara la prescripción de cualquier tipo de impuesto, ¿se debe considerar que se ha producido un daño al patrimonio del estado y se debe dar curso al proceso de responsabilidad fiscal? ¿A quién o quiénes (cargos o roles) se debe vincular como presuntos responsables fiscales?.....	39
1.7 ¿Como presuntos responsables fiscales, en los casos en que corresponda, se debe vincular a los consorcios y/o a los consorciados; a las uniones temporales y/o a quienes las conforman?	40
1.8 ¿Cuando una entidad pública reconoce y paga una prima técnica a un servidor público que no reúne los requisitos establecidos en el reglamento, se genera un daño patrimonial al estado cuyo resarcimiento es perseguible por la acción de responsabilidad fiscal? ¿debe vincularse como presunto responsable fiscal, además del ordenador del gasto los servidores públicos que hicieron el estudio de los requisitos y reconocieron la prestación al beneficiario de la prima técnica?	42
1.9 El concepto de “uso indebido” como concepto de daño. ¿De qué manera se configura conforme a los pronunciamientos realizados por la honorable corte constitucional?	43
1.10 ¿El hallazgo fiscal trasladado para dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal, puede ser considerado como un medio de prueba?.....	44
1.11 ¿En materia de contratación el ordenador del gasto que delega puede ser vinculado al proceso de responsabilidad fiscal?	45
1.12 Las irregularidades encontradas como consecuencia de la suscripción de contratos de prestación de servicios. ¿Qué tipo de hallazgos generan?.....	47
1.13 Al interior de los órganos de control fiscal. ¿Qué funcionarios tienen facultades de policía judicial?.....	50
1.14 ¿En qué momento se debe dar traslado del informe técnico, emitido por el servidor público de la contraloría competente?	52
1.15 ¿Los funcionarios adscritos a las áreas del proceso auditor, pueden adelantar investigación de bienes de los presuntos responsables?	54

[Continúa...]



Contenido

[Continuación]

- 1.16 ¿En ejercicio del control político, los contralores o servidores públicos de las contralorías deben asistir a las plenarios que convoquen el congreso de la república, las asambleas y concejos? 56
- 2 INTERROGANTES SOBRE EL TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN VIGENCIA DE LA LEY 1474 DE 2011 57**
- 2.1 Si para las contralorías territoriales, las reformas al procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal introducidas por la Ley 1474 de 2011, arts. 106 a 120, eran aplicables desde el 12 de julio de 2011, como por ejemplo las notificaciones personales y en su defecto por aviso en los términos de la Ley 1437 de 2011 ¿genera nulidad y debe decretarse en aquellos procesos en los que se aplicó la notificación por edicto reglada en el antiguo código contencioso administrativo para la notificación del auto de apertura del proceso, del auto de imputación y del fallo?..... 60
- 2.2 ¿El art. 45 de la Ley 610 de 2000, establece el término de tres (3) meses prorrogables hasta por dos meses más para la práctica de pruebas, comunicaciones, notificaciones, vinculación de garantes, versiones libres y pruebas, sigue vigente o fue derogado o modificado por la Ley 1474 del 12 de julio de 2011? 62
- 2.3 ¿De acuerdo con el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, ¿a partir de qué providencia o auto se cuenta el término máximo de dos (2) años para la práctica de pruebas en la etapa de investigación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal? 63
- 2.4 Con ocasión de la expedición del artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, que establece la preclusividad de los términos en materia de responsabilidad fiscal, ¿se debe entender que el único plazo para adelantar la indagación preliminar será de seis (6) meses?..... 64
- 2.5 Si un sujeto procesal se entera de la existencia de una indagación preliminar en su contra y solicita que se le reciba versión libre. ¿Puede el funcionario recibirle la versión o deberá abstenerse de recibirla?..... 65
- 2.6 A la diligencia de versión libre de un presunto responsable fiscal, ¿pueden asistir los demás responsables fiscales vinculados y/o sus apoderados? En caso afirmativo, ¿estos pueden formular preguntas a quien rinde la versión? (art. 42, Ley 610/00). 67
- 2.7 ¿Cómo y partir de qué momento se contabilizan los términos en la etapa de imputación de responsabilidad fiscal, dentro del proceso ordinario con ocasión de la expedición del estatuto anticorrupción?..... 67
- 2.8 ¿Cuál es el término para resolver la nulidad dentro del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, que recursos proceden y en qué efecto se conceden los recursos contra la negativa a decretarla?..... 68
- 2.9 Para efectos de determinar las instancias procesales. ¿Qué cuantía de la contratación se tiene en cuenta al momento de proferir auto de imputación de responsabilidad fiscal? 69
- 2.10 ¿Los procesos que se venían tramitando con anterioridad al estatuto anticorrupción, se les aplica lo establecido por el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, en el sentido de establecer la única o doble instancia al momento de la imputación? 71
- 2.11 En caso que se adelante un proceso de responsabilidad fiscal, por la vía ordinaria, contra servidores de sociedades de economía mixta que no se rijan por la Ley 80 de 1993, en materia de contratación estatal, ¿al momento de proferir auto de imputación de qué manera se determina la cuantía del respectivo proceso? ... 74
- 2.12 ¿Las providencias que deciden los recursos y la consulta del fallo con o sin responsabilidad fiscal se notifican por estado o se notifican personalmente? (Art. 106, Ley 1474 de 2011). 75
- 2.13 En las denominadas providencias mixtas en las cuales se imputa responsabilidad fiscal (art. 48, Ley 610/00) a uno o algunos de los presuntos responsables fiscales, y se desvincula concomitantemente a otro presunto responsable en el que no concurren los supuestos para proferir imputación. ¿Esa desvinculación debe consultarse? 76
- 2.14 Con la entrada en vigencia del artículo 111 de la Ley 1474 de 2011, referente a la cesación de la acción fiscal, ¿se entendería que el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, quedó derogado? 77

[Continúa...]



Contenido

[Continuación]

- 2.15 Con ocasión de la entrada en vigencia del estatuto anticorrupción , ¿cuáles son las causales de impedimento y recusación y cuál es el procedimiento que se sigue en caso que se interpongan?..... 78
- 2.16 ¿Cuál fue el objeto de la inclusión del artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, referente a las facultades de investigación de los organismos de control fiscal? 80
- 2.17 ¿En la imputación y en el fallo con responsabilidad fiscal, en qué términos debe emitirse el pronunciamiento respecto del garante? (Arts. 48 Y 53, Ley 610/00)..... 82
- 2.18 ¿Cuál es el término de prescripción de las pólizas de seguros en materia de responsabilidad fiscal?..... 84
- 2.19 En el procedimiento ordinario. ¿Cuál es el término para interponer los recursos contra el fallo con responsabilidad fiscal, contra la negativa a la práctica de pruebas y contra el auto que niega la nulidad? 86
- 2.20 ¿Si el presunto responsable fiscal fallece antes de darse apertura formal al proceso de responsabilidad fiscal, debe iniciarse el proceso de responsabilidad fiscal y ordenarse el emplazamiento de los herederos? ¿O tal evento regulado por el artículo 19 de la Ley 610 de 2000, sólo procede cuando el presunto responsable fiscal fallece después de iniciado el proceso de responsabilidad fiscal?..... 87
- 2.21 ¿En el fallo con responsabilidad fiscal se cuantifica el daño, sumando daño emergente, lucro cesante y la indexación (esta última respecto del daño emergente o respecto de la sumatoria del daño emergente y el lucro cesante)? (Art. 53, Ley 610/00). 89
- 2.22 ¿La actualización del daño se debe realizar a la fecha del fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia o a la fecha de la providencia que en apelación y/o consulta confirma el fallo con responsabilidad fiscal (art. 53, Ley 610/00)? ¿Si sólo se actualiza a la fecha del fallo de primera instancia y su ejecutoria ocurre después de la decisión de la apelación y/o consulta, se puede entender que la cuantía del daño a resarcir se disminuye por el efecto de no actualizar a la fecha de la decisión que en consulta o apelación confirma el fallo?..... 90
- 2.23 ¿Para qué, el proceso de responsabilidad fiscal no prescriba, basta con proferir el fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia dentro de los cinco años siguientes al auto de apertura del proceso? ¿Es necesario que dentro de ese período se realice su notificación, se decida la apelación y/o consulta y se notifiquen estas últimas providencias (art. 9, Ley 610/00)?..... 92
- 2.24 ¿En el fallo con responsabilidad fiscal se debe indicar el tiempo que dispone el responsable fiscal para efectuar el pago? 93
- 3 INTERROGANTES SOBRE EL TRÁMITE Y SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN VIGENCIA DE LA LEY 1474 DE 2011 95**
- 3.1 Dentro del nuevo esquema verbal de responsabilidad fiscal, ¿el principio de publicidad qué importancia tiene y como se refleja en el proceso fiscal? 98
- 3.2 Con la incorporación del principio de oralidad, ¿cuál será la incidencia en la celeridad de los procesos de responsabilidad fiscal? 100
- 3.3 ¿Constituye violación del debido proceso y del derecho de defensa el hecho de cambiar o mutar al procedimiento verbal, una indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal adelantado por el procedimiento ordinario, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011?..... 103
- 3.4 En caso que se adecúe el proceso ordinario de responsabilidad fiscal al trámite del procedimiento verbal, al momento de proferir imputación, en aplicación de lo dispuesto por el parágrafo 3º del artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, ¿es necesario recepcionar nuevamente versiones libres en la audiencia de descargos, en el evento que éstas ya se hayan recaudado? 105
- 3.5 En desarrollo del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, ¿en qué momento se debe nombrar apoderado de oficio? 106
- 3.6 ¿En el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, cómo se debe realizar la vinculación de la aseguradora y en qué momento se efectúa? 107

[Continúa...]



Contenido

[Continuación]

3.7	En el evento que durante el desarrollo de la audiencia de descargos, se establezca jurídica y probatoriamente la vinculación de una nueva persona, ¿qué trámite se debe seguir?	108
3.8	¿En qué casos los funcionarios sustanciadores o de apoyo pueden presidir la audiencia de descargos?....	109
3.9	¿Qué plazo se le puede aceptar al imputado que ofrezca un acuerdo de pago en la audiencia de descargos?.....	110
3.10	¿Cuáles son las causales para suspender la audiencia de descargos?.....	112
3.11	¿Al tenor de lo dispuesto por el artículo 104 de la Ley 1474 de 2011, cómo se realizan las notificaciones en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal?.....	113
3.12	¿A la luz de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 102 y cotejándolo con el artículo 100 literal e) de la Ley 1474 de 2011, contra la decisión que niega la solicitud de pruebas, procede el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, o sólo procede el de reposición?	114
3.13	¿Aplica el principio de oportunidad en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal?.....	115
3.14	¿Con fundamento en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 (solidaridad), se pueden vincular como presuntos responsables fiscales a los particulares que han omitido cumplir una obligación patrimonial con el estado (pago de impuestos, prediales, vehículos, aranceles, costos de licencias ambientales entre otros)?	118
3.15	¿Al tenor de lo establecido por el artículo 103 de la Ley 1474 de 2011, cuál es el límite de los embargos en materia de responsabilidad fiscal?	119
3.16	¿Qué recursos proceden contra las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal?	120
3.17	¿Las presunciones de dolo y culpa grave contempladas en la Ley 678 de 2001, son aplicables en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal?	121
3.18	¿De qué manera se da la presunción de dolo contemplada en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011?.....	124
3.19	¿A qué personas se les aplica las presunciones de culpa grave consagradas en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2012?	126
3.20	¿En qué consiste la presunción de culpa grave concerniente a la elaboración de pliegos y términos de referencia en materia contractual?	127
3.21	¿En qué consiste la presunción de culpa grave referente a la omisión injustificada del deber de comparar precios del mercado, en materia contractual?	128
3.22	¿En qué consiste la presunción de culpa grave relativa a la omisión en la vigilancia de los interventores y supervisores en materia contractual?	129
3.23	¿Cómo opera la presunción de culpa grave relativa a la obligación de asegurar los bienes del estado y hacer exigibles las pólizas de cumplimiento?	131
3.24	¿Cómo se concreta la presunción de culpa grave en materia prestacional y salarial?	132
3.25	¿Son constitucionales o inconstitucionales las presunciones de dolo y culpa grave establecidas en la Ley 1474 de 2011?	134
3.26	¿La segunda instancia en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, se realiza en forma verbal o escrita?	137
3.27	¿En la audiencia de decisión, se pueden aportar o solicitar pruebas?	138
3.28	¿De las audiencias públicas se debe levantar acta? ¿Qué deben contener?	139
3.29	¿Es necesario al interior de las contralorías, establecer un protocolo de seguridad y archivo de los cd o dvd de las audiencias que se filmen?	141
3.30	¿Qué documentos constituyen el título ejecutivo con ocasión de un fallo con responsabilidad fiscal emitido dentro del procedimiento verbal?	142
	BIBLIOGRAFÍA	145



PRESENTACIÓN

A propósito de la implementación de la oralidad en los procesos de responsabilidad fiscal, así como los cambios en el procedimiento ordinario contenidos en el “*Estatuto Anticorrupción*”, se han generado sendos interrogantes sustanciales y procesales, para lo cual hemos diseñado varias estrategias entre las que se encuentran, no solo la realización de talleres y actividades de capacitación, sino también la entrega de documentos como la “*Guía para la implementación de los Procesos Verbales y Ordinarios de Responsabilidad Fiscal*”, que contiene un enfoque conceptual y descriptivo para la instrumentalización de dichos procesos, acompañado de un diagrama que orienta de manera gráfica y esquemática el desarrollo y contenido del paso a paso que se abordan en las audiencias públicas que comportan este tipo de procedimientos y que fue entregado a todas las contralorías Territoriales durante el año 2012.

De otra parte es importante resaltar que la fase de implementación e inicio de los procesos fiscales por la vía verbal que para el caso de la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República se encuentra vigente desde el mes de julio de 2011 y para las contralorías Territoriales a partir del mes de enero de 2012, es decir, para las primeras hoy año y medio después y para las otras un año, el balance no es el esperado frente a la instrumentalización de los mismos, dado que a 31 de diciembre de 2012 de las 63 contralorías territoriales en 16 de ellas se dio inicio a este tipo de procesos, es decir en tan sólo el 25%.

No obstante, el permanente monitoreo que sobre la ejecución de los procesos verbales de responsabilidad fiscal viene realizando la AGR, así como los acercamientos que se han tenido con los contralores territoriales y funcionarios encargados del inicio de los mismos, dan cuenta de los innumerables interrogantes e inquietudes que sobre la aplicación de los mismos se vienen formulando, que en una primera mirada, puede constituirse en uno de los factores que tienen influencia sobre la baja implementación e inicio de dichos procesos, situación que activó a que la AGR en su labor de coadyuvancia diseñara estrategias e iniciara acciones apoyando a las contralorías y colocando de su lado herramientas que permitan superar estos inconvenientes.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

En esta ocasión ponemos del lado de las contralorías el presente trabajo que contiene las respuestas a una serie de interrogantes que se han suscitado en la aplicación de las novedades normativas introducidas en el mencionado Estatuto en lo referente a la gestión de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de actualizar, extractar y concordar los diferentes interrogantes que en materia sustancial y procesal se han identificado.

Para tal efecto, se procedió en una segunda fase a elaborar con el apoyo del Dr. Pablo César Díaz Barrera, experto en el manejo de este tipo de procesos, el presente documento denominado “**Gestión de los Procesos de Responsabilidad Fiscal - Preguntas y Respuestas**” cuyo contenido absuelve inquietudes en tres grandes capítulos; el primero, sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal, el segundo, sobre el trámite del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal y el tercero, sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.

En este documento se plasma la posición académica y conceptual del Autor y claramente se constituirá en un insumo importante y necesario para que las contralorías lo conceptualicen, analicen, interpreten y procedan a definir la posición doctrinal de cada caso en particular.

De esta forma una vez más, ponemos a consideración de las contralorías y de la comunidad en general este trabajo, esperando con ello contribuir en la consolidación y la unificación de criterios, con el convencimiento que será objeto de estudio, discernimiento y crítica constructiva por parte de todos los actores del control fiscal en Colombia.

Es oportuno señalar, que la Auditoría General de la República, no sólo ha venido realizando actividades de capacitación y acompañamiento sino que a su vez, reiteramos, ha entregado a las contralorías instrumentos escritos que contienen aspectos conceptuales y procedimentales sobre la oralidad en los procesos de responsabilidad fiscal.

Finalmente, poner a disposición de las entidades de control fiscal el mencionado documento, significa para la Auditoría General de la República un aporte importante, que estamos seguros contribuirá al mejoramiento de la gestión y oportunidad en las decisiones de los procesos de responsabilidad fiscal y al impulso efectivo de la oralidad en los mismos, con único propósito de contribuir al efectivo resarcimiento de los daños causados al patrimonio público.

JAIME RAÚL ARDILA BARRERA
Auditor General de la República

INTRODUCCIÓN

“A veces sentimos que lo que hacemos es tan solo una gota en el mar, pero el mar sería menos si le faltara una gota”. Teresa de Calcuta

Hoy por hoy los órganos de control y en especial las contralorías de todo el país afrontan un importante desafío de cara a combatir la corrupción que consiste primordialmente en poner en ejecución la Ley 1474 de 2011¹ o “*Estatuto Anticorrupción*”, cuyo fin principal en materia de Responsabilidad Fiscal no es otro que introducir el principio de oralidad, a través de las audiencias públicas buscando de esta manera generar credibilidad y obtener en un tiempo relativamente corto el resarcimiento al patrimonio del Estado.

El proceso de responsabilidad fiscal representa el mecanismo jurídico - administrativo dispuesto por el Legislador para lograr el fin propuesto por la Constitución Política² y se encuentra definido en nuestra legislación y por la misma jurisprudencia³ como “*el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma*

- 1 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- 2 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 268. Numeral 5^a. 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. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- 3 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-477 del 9 de mayo de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9590>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

*dolosa o gravemente culposa el daño al patrimonio del Estado*⁴, en ese sentido la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional⁵ y del Consejo de Estado⁶ ha sido prolija en señalar que el proceso es claramente resarcitorio y de ninguna manera puede ser catalogado como sancionatorio.

De igual manera, la Honorable Corte Constitucional definió el control fiscal como un mecanismo que asegura el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado, en este sentido, la jurisprudencia ha estimado que la gestión fiscal hace referencia a la *“administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición. A su turno, según el máximo órgano constitucional, la vigilancia de esta gestión se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General de la República, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración”*⁷.

Con el propósito de introducir mecanismos efectivos para la lucha contra la corrupción, se expidió la Ley 1474 de 2011, *“Estatuto Anticorrupción”*, en el cual entre otros temas se introdujeron importantes cambios en lo relacionado con la gestión de los procesos de responsabilidad fiscal y la implementación de la oralidad en los mismos, situaciones que han generado importantes interrogantes e inquietudes por parte de las contralorías y la misma Auditoría General de la República, motivo por el cual, surge la necesidad de plantear algunos de ellos y resolverlos desde la óptica académica y en aras de generar y propender por la uniformidad en la adopción de criterios en los entes territoriales de control fiscal respecto de los diferentes vacíos e interpretaciones que se vienen dando con ocasión de la aplicación de la mencionada normatividad.

4 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 DE 2000. ARTÍCULO 1^a Declarado exequible. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

5 CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-131 de 18 de febrero de 2003 M.P. Manuel José Cepeda. *La Corte Constitucional ha reiterado el criterio según el cual la responsabilidad fiscal “no tiene un carácter sancionatorio ni penal”. al respecto ha sostenido la corte que “la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos.”* Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8971>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

6 CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera Expediente 7440. 7 de febrero de 2008. M.P. Camilo Arciniégas Andrade. *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.* Disponible en <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52488144>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

7 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 del 15 de septiembre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43562008>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).



Introducción

Ahora bien, el inicio de la oralidad en la responsabilidad fiscal, conlleva una serie de situaciones conexas que de alguna forma u otra tienen que ver con la eficiencia en su implementación, así como la eficacia de sus resultados; las adecuaciones locativas para la implementación de las audiencias, los equipos de sonido y video necesarios, pero lo más importante es la destreza, la habilidad y la claridad conceptual que deben tener los funcionarios que dirigen estas audiencias sobre la aplicación de las normas que lo rigen así como la preparación para actuar y responder de manera inmediata las inquietudes que se generen sin ocasionar a futuro situaciones anormales que retrotraigan las actuaciones realizadas, desvirtuando de esta forma la esencia y fundamentos de la incorporación de la oralidad como un procedimiento idóneo para hacer más ágil y efectivo el resarcimiento de los daños causados al erario.

El presente documento tiene como propósito principal fijar una posición conceptual, procesal y académica sobre varias de estas inquietudes, con el objeto que la Auditoría General de la República y las contralorías territoriales fijen posiciones institucionales únicas y homogéneas que permitan hacia el futuro evitar nulidades y dilaciones procesales para lograr una mayor eficiencia en la implementación de los procesos de responsabilidad fiscal que adelantan los órganos de control fiscal en Colombia.

Las preguntas que se absuelven en este documento, surgen precisamente de la capacitación realizada por el autor de este documento dentro de la coadyuvancia que la Auditoría General de la República, brindó y prestó durante el año 2012, en la puesta en marcha del denominado “*Estatuto Anticorrupción*” en materia fiscal en las diferentes contralorías del país, igualmente del ejercicio práctico de la implementación de la oralidad en el proceso verbal de responsabilidad fiscal por parte de los órganos de control fiscal, así como del banco de preguntas recaudado para tal propósito.

El presente documento se compone de tres capítulos que aborda los diferentes interrogantes que se han presentado en la conceptualización y naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, seguido de algunas preguntas sobre la estructuración de hallazgos fiscales y finalmente se resuelven los interrogantes que surgen de la puesta en marcha del Estatuto Anticorrupción en lo que tiene que ver con la sustanciación de las indagaciones preliminares, procesos ordinarios de responsabilidad fiscal y la inclusión del proceso verbal en esta materia.

A su turno, para la elaboración de este documento se realizó la recopilación y consulta de diversos escritos e informes de entidades públicas, jurisprudencia de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y tribunales administrativos, así como también doctrina de expertos en el tema, de igual manera para el desarrollo del capítulo III, se tomaron apartes de la monografía presentada por el autor a la Universidad Externado de Colombia, los cuales auxiliaron la metodología propuesta, todo ello coadyuvó a la formación de una posición académica y conceptual frente al escenario planteado antes y después de la expedición de la Ley 1474 de 2011.

Resulta oportuno aclarar que el presente trabajo se construye desde la experiencia de su autor a solicitud de la Auditoría General de la República, como máximo órgano de segundo nivel del control fiscal y de ninguna manera compromete la posición institucional de dicho ente de control, por el contrario el documento se constituye en un insumo para que eventualmente se fijen posiciones desde la Oficina Jurídica, la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal y la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva.

Pablo César Díaz Barrera

Abogado, Universidad Católica de Colombia; Especializado en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario; Especializado en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia; Magister en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia.

Experiencia profesional

Consultor de la Auditoría General de la República; Abogado Auditor de la Contraloría General de la República; Abogado Auditor de la Auditoría General de la República; Abogado de la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá; Abogado de la Registraduría Nacional del Estado Civil; Abogado de la Aeronáutica Civil; Consultor Sector Privado; Litigante En temas de Derecho Administrativo

Docencia 2012 - 2013

Universidad del Rosario; Universidad de Manizales; Universidad de Cundinamarca; Universidad Nacional

Publicaciones

- “La Oralidad y La Jurisdicción Como Generadores de Credibilidad del Proceso de Responsabilidad Fiscal”. Revista Sindéresis No. 9 – Octubre de 2006 – Bogotá – Colombia – ISSN 0124 – 471x.
- Columnas de Opinión Publicadas Por El Diario El Frente – Santander. 14 Sep. 2010, 24 Sep. 2010, 16 Feb. 2011, 2 Mar. 2011, 11 Mar. 2011, 19 Mar. 2011., 16 Jun. 2011, 4 Sep. 2012, 11 Ene. 2013.
- “Guía del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal”. Revista Sindéresis No. 15 – Diciembre 2011 – Bogotá – Colombia –ISSN 0124–471x

INTERROGANTES SOBRE LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

1 Capítulo

Este primer capítulo tiene como propósito tratar temas que día a día generan inquietudes, vacíos jurídicos y prácticos, tanto en los operadores de los procesos fiscales, como también en los abogados litigantes, relacionados con aspectos como la posible exclusión entre la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, la vinculación de personas jurídicas de derecho público, de consorcios y uniones temporales al proceso, el concepto de gestor fiscal y la vinculación de las personas que contribuyan al daño con ocasión de la gestión fiscal, la solidaridad en materia de responsabilidad fiscal, el lucro cesante y el uso indebido como conceptos de daño al patrimonio del Estado.

De igual manera, se abordarán aspectos importantes relacionados con el concepto de hallazgo como medio de prueba dentro del proceso fiscal y el alcance de los hallazgos fiscales en materia de contratos de prestación de servicios, así como también la responsabilidad del delegante y delegatario en materia de responsabilidad fiscal.

Finalmente este capítulo presenta asuntos novedosos incorporados en el denominado “*Estatuto Anticorrupción*”, como por ejemplo el traslado del informe técnico a los investigados, las facultades de policía judicial, la posibilidad de investigar bienes durante el proceso auditor, la comparecencia de los contralores a las corporaciones de elección popular.



Estos interrogantes se desarrollaron teniendo en cuenta la experiencia del autor, la interacción en jornadas de capacitación con servidores públicos de las contralorías, las cuales se constituyeron en un insumo determinante e importante para responder algunos de estos interrogantes y conforme a las consultas realizadas en diferentes pronunciamientos de entidades estatales como la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República, así como también la verificación de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los cuales resultan importantes de tratar con el fin, que los diferentes entes de control fijen posiciones en aras de otorgar claridad institucional a estos temas.

1.1 ¿LOS DAÑOS PATRIMONIALES CAUSADOS COMO CONSECUENCIA DE SENTENCIAS ADVERSAS AL ESTADO (NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO), CUYO RESARCIMIENTO PUEDE INTENTARSE POR LA ACCIÓN DE REPETICIÓN (ART. 90 CONSTITUCIONAL⁸ Y LEY 678 DE 2001) TAMBIÉN PUEDE SER CONSIDERADO COMO HECHO GENERADOR DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL O LA INICIACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EXCLUYE EN TODOS LOS CASOS LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

La respuesta, de acuerdo con lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y algunos doctrinantes es que SÍ, son excluyentes, de esta manera las contralorías vienen adoptando dicha postura como consecuencia de la posición fijada por el citado órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El Consejo de Estado mediante pronunciamiento de su Sala de Consulta y Servicio Civil, en el radicado No. 11001-03-06-000-2006-00015-00(1716), del 6 de abril de 2006, señaló claramente que la acción de repetición, es la procedente para resarcir el daño cuando haya habido una decisión adversa al Estado y excluya a la acción de responsabilidad fiscal, para procurar el resarcimiento al patrimonio del Estado, en los siguientes términos:

*“...El menoscabo producido al patrimonio público por el pago de una condena proveniente de una sentencia, de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público que ejerce gestión fiscal, se resarce mediante el ejercicio de la acción de repetición, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 90 de la Carta, 77 y 86 del C.C.A. y en la ley 678 de 2001. **La acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal son mecanismos procesales autónomos. Si una entidad o el***

⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr002.html#90. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

Ministerio Público se abstienen de promover la acción de repetición, siendo ella procedente conforme a la ley, en el evento estudiado no es viable iniciar el proceso de responsabilidad fiscal...⁹. Subrayado y resaltado por fuera de texto.

De igual manera, rotuló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado que no puede existir tensión por el ejercicio de la acción de repetición y la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

El legislador instituyó la primera, como el instrumento procesal especial para obtener la reparación del detrimento patrimonial causado al Estado por la condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto, originada en la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor público o de un particular en desarrollo de funciones públicas, aún realizada en ejercicio de gestión fiscal y que causen daños antijurídicos a un tercero; por ende, resulta improcedente por esta misma causa intentar deducir responsabilidad fiscal en aplicación de los mandatos de la ley 610 de 2000, dado que para el caso, la acción de repetición asegura de manera excluyente del otro mecanismo procesal mencionado el resarcimiento del daño ocasionado al Patrimonial del Estado¹⁰.

La Sala de Consulta concluyó, que la omisión en el ejercicio obligatorio de la acción de repetición, cuando se dan los supuestos legales, no habilita a la administración para iniciar proceso de responsabilidad fiscal.

Así mismo, vale la pena citar al doctor Iván Darío Gómez Lee, quién comparte esta tesis y en su obra “Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental” señaló lo siguiente:

*“... Varios asuntos explicados en esta obra indican que la tesis más segura es la de no concurrencia de las dos acciones, que como se vio ya es criterio jurisprudencial de la sección primera. Punto de vista que también es compartido por la Corte Constitucional cuando en la Sentencia C-619 de 2002, que declara inexecutable la responsabilidad fiscal por culpa leve, estima que ésta es una especie de la responsabilidad patrimonial por vía de la acción de repetición prevista en el artículo 90 de la Carta...”*¹¹

En aras de imprimirle, una visión distinta a dicha postura, pero dejando sentada la posición de la exclusión entre las dos acciones que actualmente comparte la Auditoría General de la República, resulta oportuno reseñar y plantear a título académico una visión distinta a la formulada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, que se encuentra cimentada en la NO exclusión de dichas acciones por un argumento netamente de autonomía constitucional y legal de la acción de responsabilidad fiscal.

9 CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 11001-03-06-000-2006-00015-00(1716), del 6 de abril de 2006. M.P. Flavio Rodríguez. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=23208>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

10 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 6°. “DAÑO AL PATRIMONIO DEL ESTADO: Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

11 GÓMEZ LEE, Iván Darío. Control Fiscal y seguridad Jurídica Gubernamental. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: agosto de 2006, p.366 y ss.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

La anterior, afirmación se encuentra fundada en virtud de la autonomía establecida al proceso de responsabilidad fiscal en los artículos 124¹² y 268¹³ de la Constitución Política de Colombia y con ocasión de la expedición de las leyes 42 de 1993¹⁴, 610 de 2000 y 1474 de 2011.

Le corresponde a los entes de control fiscal, autónomamente determinar la responsabilidad fiscal sobre temas como gestión fiscal, daño al patrimonio del Estado y la conducta a título de dolo o culpa grave y el respectivo nexo de causalidad.

El parágrafo 1º del artículo 4 de la Ley 610 de 2000¹⁵, es concluyente en establecer que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Es decir, que las contralorías deberán analizar de acuerdo con su competencia en cada caso, para determinar la existencia o no de los tres elementos de responsabilidad fiscal y de esta forma activar el proceso, sin que constitucional y legalmente deban estar supeditadas a la decisión o al pronunciamiento de otra jurisdicción o autoridad administrativa para poder adelantar la acción de responsabilidad fiscal.

Es importante, rotular que tanto la acción de responsabilidad fiscal, como la acción de repetición, persiguen la misma finalidad, entendida como aquella orientada a resarcir el daño al patrimonio del Estado, pero claramente tienen diferencias importantes en su estructura y rituales procesales que se adelantan en cada acción.

En cuanto a las similitudes de las dos acciones, en el bien jurídico que protegen representado en recuperar el patrimonio del Estado, el mismo Consejo de Estado, ha señalado lo siguiente:

“...Al comparar los dos regímenes, se encuentra que ambos tienen un objeto similar, el cual consiste en que la administración exija por parte del funcionario público el reembolso del pago que haya debido hacer, en el primer caso, por un daño antijurídico achacable a una conducta dolosa o gravemente culposa del agente público y en el segundo, por un detrimento al patrimonio público debido a una mala ejecución de la gestión fiscal...”¹⁶. Subrayado y resaltado fuera de texto.

12 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

13 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 268. El Contralor General de la República <sic> tendrá las siguientes atribuciones: 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. Disponible: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

14 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 42 del 26 de enero de 1993. “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”. Diario Oficial No. 40.732, de 27 de enero de 1993. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0042_1993.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

15 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 4º. PARAGRAFO 1º. “La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

16 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera Radicado 25000-23-26-000-1999-00469-01 (26413). M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz. Disponible en: <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-355751814>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

El artículo 90 de la Constitución Política de acuerdo con la jurisprudencia, fue concebido por el constituyente con el objeto de otorgarle rango constitucional al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los servidores públicos, que contiene un mandato imperativo, coercitivo, de carácter explícito e indefectible, al ordenar el inicio de la acción de repetición, siempre que una entidad pública haya efectuado un reconocimiento indemnizatorio, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de los daños antijurídicos causados a un tercero por la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor público o de un particular que desempeñe funciones públicas.

Así, de suceder el hecho descrito, debe darse la consecuencia allí prevista. De suerte, pues, cada vez que el Estado haga un reconocimiento indemnizatorio para reparar patrimonialmente a un tercero, por el daño antijurídico a él infringido, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público o de un particular en ejercicio de funciones públicas, el mecanismo ideado inicialmente por el constituyente y desarrollado por el legislador para regular la responsabilidad patrimonial de éstos, proteger el patrimonio público y evitar el detrimento económico de las entidades públicas mediante el reembolso o el reintegro del monto pagado por la administración, es la acción de repetición, cuya naturaleza es eminentemente jurisdiccional¹⁷.

Por su parte, la acción de responsabilidad fiscal, no sólo busca proteger la integridad del patrimonio económico del Estado, sino además garantizar el uso probo, diligente y extremadamente cuidadoso de los recursos por parte de los servidores públicos o los particulares a quienes les ha sido confiado su manejo¹⁸.

Entonces resulta, evidente y claro que la normatividad que rige el proceso de responsabilidad fiscal no establece ningún condicionamiento a la aplicación del principio de subsidiaridad, ello se justifica precisamente por la especial relación que existe entre la persona que ejerce la gestión fiscal y los bienes o rentas públicas que se administran o se dejan de cobrar o recaudar, puesto que se encuentran inmersos dentro del concepto de gestión fiscal establecido en el Artículo 3º de la Ley 610 de 2000¹⁹.

17 CONSEJO DE ESTADO. Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2006 – 00015-00 (1716) del 16 de abril de 2006. M.P. Flavio Augusto Rodríguez. Disponible en: [190.24.134.67/sentencias/SALA_DE_CONSULTA/2006/11001-03-06-000-2006-00015-00\(1716\).doc](http://190.24.134.67/sentencias/SALA_DE_CONSULTA/2006/11001-03-06-000-2006-00015-00(1716).doc). (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

18 CORTE CONSTITUCIONAL. C-619 del 8 de agosto de 2002. Salvamento de voto M. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=8315>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

19 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 3º. “GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Como argumento jurisprudencial que avala el planteamiento de la no exclusión entre las dos acciones, vale la pena traer a colación la Sentencia de la Honorable Corte Constitucional C-648 de 2002, refiriéndose a la naturaleza y autonomía de la acción fiscal señaló que lo siguiente:

*“...La naturaleza y el carácter administrativo, resarcitorio y autónomo del control fiscal permiten la determinación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal, **lo cual no significa que las contralorías invadan órbitas de competencia de otras autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores públicos o de particulares, incluso por una misma actuación...**”²⁰. Subrayado y resaltado fuera de texto.*

Lo que definitivamente, no puede hacer el Estado, es ejecutar²¹ dos veces al responsable fiscal o a quien la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, encuentre responsable derivado de una acción de repetición, ello definitivamente estaría en contravía del principio constitucional del non bis in ídem²², y se constituiría evidentemente en un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado.

Si observamos con detenimiento la definición contenida en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, encontramos que la gestión fiscal “*se entiende como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas*”, en esa medida es viable considerar desde el punto de vista fiscal, que quien por ejemplo destituye un servidor público con falsa motivación o desviación de poder en el respectivo acto administrativo, pueda considerarse como una actividad que constituye gestión fiscal, y que claramente contribuyó a la materialización del daño al patrimonio del Estado.

Lo que permite afirmar desde la percepción del autor del documento, que por esta vía administrativa se puede perseguir el detrimento causado al Estado, por la gestión antieconómica o inoportuna causada, bajo los elementos establecidos por el artículo 1º de la Ley 610 de 2000²³, y dentro del concepto “*con ocasión de la gestión fiscal*” desarrollada en la actividad administrativa cuestionada por el Juez o Tribunal Administrativo competente que determinó la nulidad del acto administrativo.

Ello tiene lógica, pues, con ocasión de dicha gestión fiscal se utilizan recursos públicos que en caso que los funcionarios hubiesen actuado adecuadamente en los términos de los fines del Estado y bajo el principio de legalidad no se hubiere producido el pluricitado daño.

20 CORTE CONSTITUCIONAL. C-648 del 13 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2002/c-648_2002.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

21 A través del Proceso de Jurisdicción Coactiva.

22 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-15 octubre de 2002 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda. Disponible: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9875> (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

23 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 1º. “DEFINICION. *El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.*”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

Aunado a lo anterior la expresión con “*ocasión de la gestión fiscal*” y la misma redacción del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011²⁴, señalan claramente que los procesos de responsabilidad fiscal, no solamente están dirigidos a quienes realizan en estricto sentido gestión fiscal sino también a quienes contribuyen o concurren a la materialización del daño.

Lo anterior adquiere importancia y relevancia en la medida que toda actuación administrativa que concluya con afectación del patrimonio público, implica necesariamente para las entidades públicas o los sujetos vigilados, procedimientos internos que involucran diferentes dependencias y servidores públicos, quienes, al ejercer las funciones del cargo, van perfeccionando la actuación administrativa, que concluye con la expedición de la resolución por parte del servidor público competente y en el evento planteado en la pregunta claramente nos encontramos dentro de las típicas actividades de gestión fiscal que producen daño económico al Estado.

El problema de esta interpretación, para algunos conocedores del tema, radica en la posible configuración del fenómeno de caducidad de la acción fiscal, si se entendiera, que el hecho generador del daño en el ejemplo planteado es de ejecución instantánea o inmediata dentro de los parámetros contemplados por el artículo 9º de la Ley 610 de 2000.

Esta figura, se tipifica si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Este término de caducidad, entonces empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos o de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el último hecho o acto, es decir, que si tenemos en cuenta las dificultades que se presentan por la mora excesiva en las decisiones que se adoptan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la acción habrá caducado, puesto que para el momento del pronunciamiento de dicha jurisdicción, ya estarían consumados los cinco (5) años.

Sin embargo, el caso del reintegro de funcionarios a través de la Acción de Pretensión de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el hecho se configura dentro de los denominados por la norma, como de tracto sucesivo o continuado.

Lo que indicaría, que el término de cinco (5) años se cuenta a partir de la fecha en que cesa la conducta y no desde su iniciación, y en este evento, el daño cesa al momento en que se cancela la indemnización al servidor público con la correspondiente indexación e intereses, por esta razón no operaría el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal.

Otro argumento, que necesariamente va ligado con la autonomía de la acción de responsabilidad fiscal y que avala la no exclusión de las acciones planteada por el autor del documento, es el alusivo al que

24 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. ARTÍCULO 119. “*SOLIDARIDAD*. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

puede ocurrir, cuando de la acción de repetición por determinados hechos, el servidor público resulte absuelto por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y por los mismos hechos resulte declarado responsable fiscalmente por parte de alguna contraloría.

Ello no conllevaría necesariamente a una contradicción per-se, puesto que el eje procesal y causal en uno y otro caso difieren en los elementos sustanciales a investigar, por ejemplo las presunciones de dolo y culpa grave contenidas en la Ley 678 de 2001²⁵ para la acción de repetición, son totalmente diferentes a las establecidas por la Ley 1474 de 2011, para la acción de responsabilidad fiscal.

En consecuencia, es posible y claramente legal adelantar un proceso de responsabilidad fiscal por hechos que den lugar a la imposición de una condena a cargo del Estado o a la misma conciliación, siempre que el daño producido al patrimonio público sea consecuencia de una indebida gestión fiscal y además se estructuren los tres (3) elementos de la responsabilidad fiscal y la acción no haya caducado.

1.2 ¿UNA PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO O ENTE ESTATAL –POR EJ: LAS UNIVERSIDADES NACIONAL DE COLOMBIA, DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS, NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA -UNAD-; O EL FONADE, FINAGRO O CUALQUIER INSTITUTO DESCENTRALIZADO–, CUANDO POR CONVENIO EJECUTA CONTRATOS, INTERVENTORÍAS O CONSULTORÍAS, PARA LOS ENTES DEL ESTADO PUEDE SER VINCULADA COMO PRESUNTO RESPONSABLE FISCAL EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

La respuesta, es que no pueden vincularse bajo la teoría de la inexistencia de daño al Estado entre entidades públicas y por la misma conceptualización e interpretación del artículo 6º de la Ley 610 de 2000, veamos:

El inciso segundo del artículo referenciado señala:

*“...Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los **servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado**, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público...”*²⁶. Subrayado y resaltado fuera de texto.

25 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 678 del 3 de agosto de 2001. “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”. Diario Oficial No. No. 44.509, de 4 de agosto de 2001. Disponible: http://www.secretariassenado.gov.co/sena_do/basedoc/ley/2001/ley_0678_2001.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).

26 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 1º. “DEFINICION. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o *con ocasión de ésta*, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.” Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

El citado artículo define, claramente los potenciales sujetos pasivos de la acción de responsabilidad fiscal y en ninguno de sus apartes enuncia a las personas jurídicas de derecho público, ello tiene su lógica, si entendemos que el Estado es uno sólo, independientemente que exista descentralización administrativa y territorial, por ello la respuesta encuentra su soporte no solamente en la definición de la norma, sino también dentro de la teoría de la “*inexistencia de daño entre entidades públicas*”.

Para este análisis, es importante, en primer término citar el artículo 128 de la Constitución Política²⁷, que preceptúa, que se debe entender como patrimonio del Estado, el de la Nación, entidades territoriales y descentralizados e igualmente armonizar que la República de Colombia es un Estado Unitario, en el cual prima el principio de unidad de caja en materia presupuestal.

Existen sendos pronunciamientos jurisprudenciales e institucionales que expresan la no existencia de daño al patrimonio del Estado cuando la afectación se produce de una entidad Estatal a otra, teniendo en cuenta que se confunde las calidades de deudor y acreedor en un mismo ente, denominado Estado; ello bajo el criterio, se reitera de la unidad financiera y teniendo en cuenta nuestra concepción constitucional de ser una República Unitaria.

Es decir, que bajo dichas premisas constitucionales no podrá existir daño al patrimonio entre entidades del Estado, razón por la cual, no deberían ser vinculadas las personas de derecho público en el caso que se cita en la pregunta.

A continuación, se enuncian algunos pronunciamientos que avalan la inexistencia de daño entre entidades públicas, aclarando que también existen otros que señalan la posición contraria:

- Concepto 070 A del 15 de enero de 2000, en este pronunciamiento la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República sostuvo que no había daño entre entidades del Estado cuando las mismas cancelan sanciones impuestas por otros organismos estatales como la DIAN, toda vez, que el dinero ingresaba al mismo erario y no salía de éste, luego se consideró en su momento la improcedencia de abrir un proceso de responsabilidad fiscal por tales hechos. Para fundamentar el tema en el citado concepto se señaló:

*“...Para examinar el caso de las transferencias de recursos es importante enfatizar en el término “Estado” dentro del concepto de daño patrimonial al Estado, ya que el daño patrimonial debe mirarse con una concepción de Estado y no de entidades u organismos particulares. Esto, que puede parecer obvio, torna importancia en el caso frecuente en que una entidad multa a otra. De acuerdo con algunas posiciones debería abrirse un proceso de responsabilidad fiscal por el valor de la multa a los responsables de que la entidad haya sido multada. **Sin embargo, si se tiene en mente que el daño patrimonial es al «Estado» no hay lugar a responsabilidad fiscal puesto que el Estado no ha sufrido detrimento lo que realmente ha producido es una transferencia de recursos de una entidad a otra...**”²⁸.* Subrayado y resaltado fuera de texto.

27 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. “ARTÍCULO 128. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”. Disponible: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

28 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficina Jurídica Concepto No. 070^a del 15 de enero de 2000. Disponible en: <http://actualicese.com/normatividad/2008/07/09/concepto-ic29070-de-09-07-2008/>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

- Mediante providencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, referente a un proceso de jurisdicción coactiva, en el cual se declaró probada la excepción de inexistencia de obligación por existir confusión, conforme lo dispuesto por el artículo 1724 del Código Civil, cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se extingue a deuda y produce iguales efectos que el pago, en los siguientes términos:

*“...El Senado de la República, contra quién se dirige la ejecución, integra la Rama Legislativa del poder Público, conforme a lo establecido en los artículos 113 y 144 de la Constitución, **y es también, por lo mismo, órgano de la Nación.***

Lo que quiere decir que la ejecución está dirigida contra la Nación.

Se trata, desde luego de órganos distintos, pero pertenecientes a una misma persona, la Nación.

*Entonces, es una misma persona, la Nación, aquella que se dice titular del derecho pretendido y aquella de la que se pretende su cumplimiento, **lo que indica que nunca ha habido obligación, que es, según noción generalmente aceptada,** el vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar en provecho de otra persona una determinada prestación, que puede consistir en dar, en hacer o en no hacer alguna cosa...”²⁹. Subrayado y resaltado fuera de texto.*

- Concepto No. 80112 -2169 de 1º de agosto de 2003, de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, sobre el daño patrimonial al Estado causado en virtud de las conciliaciones celebradas entre entidades públicas en el evento de la condonación de intereses señaló:

*“...**vale la pena aclarar que el Estado es uno sólo, y las diferentes entidades que lo conforman son parte integrante del mismo,** y no debe perderse de vista que la gestión fiscal se contrae al manejo de la hacienda pública, la cual es definida por el artículo 35 de la ley 42 de 1993 como:*

*El conjunto de derechos, recursos y bienes de propiedad de la Nación, el que comprende el **tesoro nacional y los bienes fiscales;** el primero se compone del dinero, los derechos y valores que ingresa a las oficinas nacionales a cualquier título; los bienes fiscales, aquellos que le pertenezcan así como los que adquiera conforme a derecho.*

*En este entendido los bienes de una entidad pública son de propiedad del Estado, y los representantes legales u ordenadores del gasto, son administradores de los mismos.... **En consecuencia, no se produce daño al Estado, cuando la afectación se produce de una entidad a otra, como es el caso en que la DIAN, impone sanciones, pues de conformidad con lo establecido en el Estatuto Tributario, el sujeto pasivo o destinatario de la sanción, es la entidad estatal, constituida como persona jurídica, la cual saca de su presupuesto (el mismo que le giró el Ministerio de Hacienda o Secretaría de Hacienda, según se trate de entidad del orden nacional o territorial) y cancela la sanción...**”³⁰. Subrayado y resaltado fuera de texto.*

29 CONSEJO DE ESTADO. SECCION QUINTA. Radicado No. 11001-00-00-000-1998-1274-01 del 1 de marzo de 2001. M.P. Mario Alario Méndez.

30 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficina Jurídica. Concepto No. 80112 -2169 de 1º de agosto de 2003. Disponible en: http://186.116.129.19/c/document_library/get_file?&folderId=215606938&name=DLFE-25876.pdf. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

- El Consejo de Estado mediante Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Sección tercera, Rad. AP-2305³¹, estableció que no se presenta detrimento, cuando una entidad estatal deja de hacer a otra de la misma naturaleza, una transferencia de recursos en los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico, porque en este caso no habrá mengua en el patrimonio estatal.
- Fallo dentro del Expediente No. 04-002417, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidió la acción popular interpuesta por la Auditoría General de la República contra la Contraloría General y la Contraloría Distrital de Bogotá, negando la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, toda vez que consideró que la interpretación de las contralorías en el sentido de inexistencia de daño entre entidades públicas era acertada en los siguientes términos:

*“...Que la interpretación que hace la Contraloría General de la República de la Ley 610 de 2000, por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, no vulneran la moralidad pública, toda vez que no se evidencia que la misma carezca de fundamento jurídico y racional y en consecuencia se pueda considerar violatorio de este derecho. Si bien es cierto dentro de la estructura del Estado encontramos personas con patrimonio propio por tener personería jurídica, **estas hacen parte del Estado y en consecuencia los mismos son genéricamente patrimonio del Estado y hacen parte de este concepto...**”³². Subrayado y resaltado por fuera de texto.*
- La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República,³³ hace un cuestionamiento sobre la existencia de detrimento al patrimonio del Estado cuando se transfieren dineros de una entidad a otra a propósito del pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 15 de noviembre de 2007, radicado con el No. 11001-03-06-000-2007-00077-00. Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, para luego acogerlo.
- El H. Consejo de Estado, en fallo de abril de 2010, al resolver una acción popular impetrada para protección del derecho colectivo al patrimonio público, retomó el concepto planteado por la misma Corporación a través de su Sección Tercera en sentencia del 4 de noviembre de 2004, radicada bajo el No. AP-2305, mediante la cual hizo referencia a la inexistencia de detrimento cuando una entidad estatal deja de hacer a otra de la misma naturaleza una transferencia de sus recursos en los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico, bajo el entendido de que en ese caso, no se produce mengua en el patrimonio estatal.³⁴

De los conceptos jurídicos y providencias judiciales mencionadas se puede extractar, que tras la definición de unidad del Estado y de sus recursos, no es procedente predicar el daño entre las mismas instituciones

31 CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Rad. 52001-23-31-000-2004-01625-01 (AP). Pronunciamiento reiterado en la Sentencia de 22 de abril de 2010. Disponible en: <http://190.24.134.67/pce/consultaproceso3.asp?mindice=52001233100020040162501>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

32 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Tercera. Subsección B – Expediente A.P. 04-002417 del 29 de noviembre de 2005. M.P. Fabiola Orozco Duque.

33 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficina Jurídica. Concepto 4269 de 2001.

34 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Providencia de 22 de abril de 2010. Rad. 52001-23-31-000-2004-01625-01. M.P. Marco Antonio Velilla. Disponible en: <http://190.24.134.67/pce/consultaproceso3.asp?mindice=52001233100020040162501>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

que lo conforman, luego no se podría vincular a una persona de derecho público en un proceso de responsabilidad fiscal, como en el caso que se pregunta.

Bajo estas precisiones, no se puede considerar la existencia de detrimento al patrimonio, dado que como bien lo expresa el Código Civil una de las formas de extinción de las obligaciones es la confusión, la cual se presenta cuando en una misma persona confluyen las cualidades del deudor y acreedor, de modo tal que el acreedor es acreedor de sí mismo, en este caso el Estado.

Sobre el principio de unidad de Caja, base esencial del criterio de inexistencia de daño en el caso que nos concierne la Oficina Jurídica de la Contraloría General ha dicho lo siguiente:

“...El principio de la Unidad de Caja consiste en la obligación de constituir una caja común para que el Estado pueda cumplir con sus obligaciones. Tal como se señaló en el acápite anterior, los dineros del Estado que se recuperan a través de la acción fiscal en aplicación del principio de la Unidad de Caja se devuelven a la Dirección General del Tesoro. Valga aclarar que el principio de la Unidad de Caja aplica para la Dirección General del Tesoro, y no en la entidad pública ejecutora del presupuesto, pues los dineros que entran al Tesoro se deben juntar todos y ser entregados a las entidades públicas para cumplir con sus fines constitucionales o legales.

Así las cosas, no es que el principio de la Unidad de Caja se tenga como eximente de la responsabilidad fiscal como lo señala la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sino que tal como están concebidos los procedimientos finalmente éste opera al devolverse los recursos objeto de recuperación a través de la acción fiscal al Tesoro Nacional...”³⁵. Subrayado y resaltado fuera de texto.

Lo anterior, no obsta para que la Procuraduría General de la Nación, la personería municipal o la respectiva oficina disciplinaria de la entidad inicie las correspondientes acciones disciplinarias, con el propósito de sancionar la acción u omisión de funciones en el daño causado al Estado, por parte de los servidores públicos o particulares que administren recursos públicos.

Ahora bien, como se afirmó al inicio de la respuesta de esta pregunta, el mismo Consejo de Estado a través de posturas distintas a la aquí planteada ha señalado que sí existe detrimento al patrimonio del Estado cuando se presenta entre entidades públicas.

Es el caso de la consulta elevada al Consejo de Estado, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, sobre la operancia de la excepción de confusión de obligaciones entre entidades del Estado concluyó:

“...El fenómeno de la confusión como modo de extinción de las obligaciones no opera por la sola razón de hacer parte de la relación obligacional dos entidades u organismos del Estado. En el caso concreto sometido a consideración, la obligación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo – antes de Comercio Exterior– de pagar la contraprestación como consecuencia de la autorización para levantar una construcción portuaria sobre la margen izquierda del Río Magdalena, no se ha extinguido por el fenómeno jurídico de la confusión. **Los derechos y obligaciones entre los distintos entes que componen el Estado deben cumplirse...**”³⁶. Subrayado y resaltado por fuera de texto.

35 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficina Jurídica. Concepto No. 80112 2008IE8857 de 5 de marzo de 2008.

36 CONSEJO DE ESTADO – SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Radicado No. 1644 del 11 de agosto de 2005. M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

Bajo el concepto que tanto el constituyente como el legislador han entendido que siempre que se produzca una reducción merma, pérdida, deterioro, menoscabo entre otros, habrá lugar a deducir responsabilidad fiscal a cargo de aquellos a quienes se ha confiado su manejo, siempre que su conducta se pueda calificar como dolosa o gravemente culposa.

Sobre esta tesis la Auditoría General de la República en la acción popular que interpuso contra la Contraloría General de la República y la Contraloría Distrital de Bogotá, señaló categóricamente que sí debe existir daño al Estado cuando éste se presenta entre dos entidades públicas, en los siguientes términos:

*“...Lo anterior significa que para la Auditoría General de la República es procedente adelantar proceso de responsabilidad fiscal en contra de quienes tienen asignadas las funciones de declarar y/o pagar obligaciones a cargo de las entidades públicas, **cuando como consecuencia de su incumplimiento, los organismos deban asumir el pago de intereses de mora o de cualquier clase de sanción pues ello impide que el ente con los recursos requeridos para atender la satisfacción del cometido constitucional que le ha sido confiado**, generando adicionalmente un costo social elevado al quedar privada la comunidad de la posibilidad de que se atiendan las necesidades colectivas en la forma en que inicialmente fue prevista por parte de las organizaciones...”*

(...)

*“...Ahora, es evidente que el pago de intereses moratorios o sanciones producen una disminución sobre el monto de los recursos asignados a las entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones independientemente de que tales sumas puedan ingresar a las arcas de la Tesorería General de la Nación, **reflejan una indebida gestión cuyo costo debe ser revertido a la Sociedad como lo prevé el artículo 6 de la Ley 610 de 2000**”³⁷. Subrayado y resaltado por fuera de texto.*

1.3 TENIENDO EN CUENTA LA DEFINICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1º Y 6º DE LA LEY 610 DE 2000, LA SENTENCIA C-840 DE 2001 Y EL ARTÍCULO 119 DE LA LEY 1474 DE 2011. ¿QUÉ EJEMPLOS SE PUEDEN CITAR DE VINCULACIÓN COMO PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES DE QUIENES ACTÚAN “CON OCASIÓN DE LA GESTIÓN FISCAL” (ART. 1, LEY 610/00) Y CUÁLES DE QUIENES “CONTRIBUYAN O CONCURRAN AL DETRIMENTO AL PATRIMONIO PÚBLICO”?

Sobre esta pregunta es necesario acotar que históricamente los órganos de control fiscal únicamente vinculaban a los procesos de responsabilidad fiscal, a los gestores fiscales entendidos como los ordenadores del gasto o representantes legales quienes tenían la capacidad jurídica, administrativa y financiera para disponer de los recursos del Estado, y eventualmente vinculaban a particulares que administraban recursos públicos por ejemplo a quienes se les cancelaba el anticipo en los contratos de obra pública.

Con la nueva legislación, en especial el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, el ámbito de aplicación del proceso de responsabilidad fiscal se amplía sustancialmente por la misma definición de la solidaridad en materia de responsabilidad fiscal, pero en nuestro concepto el tema ya estaba decantado a partir de la

³⁷ Acción Popular promovida por la Auditoría General de la República en contra de la Contraloría General de la República y la Contraloría de Bogotá por vulneración de los derechos colectivos a la moralidad pública e integridad y defensa del patrimonio público. Expediente No. A.P. 04 – 002417 Tribunal Administrativo de Cundinamarca.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

lectura de la definición del proceso contenida en los artículos 1º y 6º de la Ley 610 de 2000³⁸, ratificado prolijamente mediante la sentencia de la Corte Constitucional C-840 de 2001³⁹.

El Honorable Magistrado del Consejo de Estado, Jaime Orlando Santofimio respecto del tema señaló:

“...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...”⁴⁰. Subrayado y resaltado fuera de texto.

En primer término, se abordará el concepto de vinculación de las personas que contribuyen o concurren a la materialización del daño.

Comenzaremos por afirmar que el término “contribuyan”, está definido por el Diccionario de la Real Academia como “Ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin” y se encuentra claramente establecido en el inciso 2º del artículo 6º de la Ley 610 de 2000, éste concepto fue retomado o ratificado con ocasión de la expedición del Estatuto Anticorrupción en su artículo 119⁴¹, con la expresión “concurran” y se encuentra reiteramos definido en el citado diccionario como “contribuir con una cantidad para determinado fin”.

En esa medida los verbos “contribuir” o “concurrir” a la materialización del daño, como elemento determinante de causalidad para vincular particulares se constituye en un componente concluyente para perseguir el resarcimiento al patrimonio del Estado, pero resulta relevante mencionar que dicha causalidad para vincular a los particulares bajo estos conceptos requiere de un trabajo probatorio acucioso de los órganos de control fiscal, en aras de determinar la relación próxima y de conexidad necesaria con el daño finalmente causado.

Por lo tanto, las contralorías, cuando se amparen en éste concepto, les será obligatorio y riguroso señalar, determinar y comprobar, cuáles son las razones para vincular a un particular que con su accionar efectivamente hubiese contribuido a la causación y consolidación del daño.

38 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000, Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

39 CÔRTE CONSTITUCIONAL- C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-840-01.htm>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

40 EL CONTROL FISCAL RESPECTO DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS Y ORGANIZACIONES POR ACCIONES. Contraloría de Santafé de Bogotá, Jaime Orlando Santofimio y otros, Bogotá, D.C., 1997.

41 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 678 del 12 de julio de 2011. Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

A continuación enunciaremos algunos ejemplos en los cuales se puede eventualmente vincular a un particular en un proceso de responsabilidad fiscal dentro de los conceptos citados.

CONTRIBUYAN o CONCURRAN:

- El banco de naturaleza privada que permite el pago de un cheque a pesar de NO reunir los requisitos para su cobro, siempre y cuando se pruebe que durante el proceso su omisión o acción fue necesaria para la determinación del daño causado, se puede afirmar válidamente que contribuyó o concurrió con su accionar al hecho dañino. (Ver Sentencia Consejo de Estado – Sección Primera Radicado. 25000-23-24-000-2000-00755-01. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta).
- La persona jurídica de derecho privado que realice la interventoría y no se cumpla la obra en términos de calidad y oportunidad, a pesar de ser particular el interventor, en caso que se pruebe que sus actividades no fueron adecuadamente desarrolladas, también se puede afirmar que su accionar contribuyó o concurrió al resultado final reprochado por el órgano fiscal.
- El contratista particular persona natural o jurídica que no ejecuta la obra acordada en el objeto contractual. En este caso resulta evidente que el contratista en principio no puede ser considerado como gestor fiscal, sin embargo si se verifica probatoriamente que no cumplió con el objeto contractual se puede afirmar al amparo del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011⁴², que su omisión concurrió o contribuyó al resultado definitivo.
- La Empresa de vigilancia contratista que permita la pérdida de unos bienes de una entidad del Estado, si se verifica que efectivamente la pérdida de bienes se causa a raíz de la omisión de sus actividades de cuidado y vigilancia. (Ver Sentencia Consejo de Estado – Sección Primera Radicado. 17001-23-31-000-2002-00116-01. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta).
- El ex servidor público que al momento de solicitar una pensión anexe documentación falsa o apócrifa que a la postre genere la liquidación indebida de la pensión vitalicia en detrimento de las arcas del Estado.

Sobre este último punto el doctor Carlos Ossa Escobar, entonces Contralor de la República, lo denominó gestión fiscal negativa indirecta en los siguientes términos:

“...De otro lado debe tenerse en cuenta que la responsabilidad fiscal también cobija a quienes realizan lo que podríamos denominar como una gestión fiscal negativa indirecta, es decir, todas aquellas personas que no manejan recursos públicos de forma directa pero que determinan o condicionan mediante actuaciones engañosas o maniobras fraudulentas a quienes realizan gestión fiscal de forma directa para que causen un daño patrimonial al Estado...”⁴³

42 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial NO. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

43 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Instructivo Proceso de Responsabilidad Fiscal.



CON OCASIÓN DE LA GESTION FISCAL:

Este concepto de vinculación al proceso adquiere su asidero legal en el artículo 1º de la Ley 610 de 2000⁴⁴, pero fue desarrollado adecuadamente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840 de 2001, la cual se encargó de declarar exequible dichos términos y definirlo en el contexto que se debe aplicar dentro del proceso de responsabilidad fiscal así:

“...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...”⁴⁵.
Subrayado y resaltado fuera de texto.

Sobre esta vinculación resulta oportuno insistir, que a cada contraloría, le corresponderá demostrar la relación próxima y necesaria del servidor público con el desarrollo de la gestión fiscal y la causación del daño, bien sea, por acción u omisión, para que pueda ser vinculado en un proceso de responsabilidad fiscal.

En términos generales se puede señalar que todas las actuaciones de los servidores públicos que participan en las etapas de planeación y precontractuales que hayan determinado la toma de decisiones por parte del ordenador del gasto en detrimento del patrimonio del Estado, actúan bajo el criterio “con ocasión de la gestión fiscal” y por lo tanto pueden eventualmente ser vinculados a las investigaciones que se adelantan siempre y cuando exista causalidad en el hecho generador del daño y concorra prueba que ratifique dicha situación.

Bajo este precepto legal y jurisprudencial se procederá a citar algunos ejemplos en los cuales se puede eventualmente vincular a servidores públicos que con ocasión de la gestión fiscal coadyuvan en la configuración del detrimento al Estado.

- El sustanciador del proceso coactivo que no despliega ninguna labor para lograr el recaudo efectivo del título ejecutivo o acto administrativo debidamente ejecutoriado.
- El servidor público que liquida la nómina equivocadamente y aumenta indebidamente los pagos de los trabajadores.

44 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000, Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 1o. DEFINICION. “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senad/o/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

45 CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001. M. P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-840-01.html>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

- El servidor público que a pesar de tener la obligación de asegurar los bienes del Estado, no lo hace y a la postre el bien se pierde.
- Los servidores públicos que participan en la elaboración de pliegos de condiciones o términos de referencia y ello se constituye en la causa generadora del daño al patrimonio del Estado.
- Los servidores públicos encargados de realizar las comparaciones de precios y no las hacen y a la postre se evidencian sobrecostos que generen gestión antieconómica, puesto que la responsabilidad de contratar en cuanto a calidad y precio de los bienes recae única y exclusivamente en los empleados de la entidad contratante.
- El servidor público supervisor del contrato que no realiza sus labores adecuadamente y el contrato no se ejecuta correctamente en términos de calidad y oportunidad. En este caso los órganos de control fiscal deben verificar la Resolución o acto administrativo en el cual se determine la forma de designación y las funciones que cumple el supervisor del contrato.
- El servidor público encargado del almacén o inventario de una entidad y que permita la pérdida de un bien, puesto que tiene la custodia de los bienes sustraídos, siempre y cuando se pruebe su conducta negligente en el ejercicio de sus funciones.

La tendencia legislativa y jurisprudencial enunciada anteriormente, lo que marca precisamente es el espectro de competencia y la pluralidad de sujetos pasivos que pueden ser vinculados al proceso fiscal es mucho más amplio y dinámico dependiendo de la conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal y con el hecho causante de daño al patrimonio del Estado.

Ello reviste importancia de cara hacer realidad el resarcimiento del patrimonio del Estado, sin embargo los entes de control deben tener presente que la vinculación de servidores públicos o particulares dependerá del material probatorio que se recaude en el proceso para determinar el origen o hecho generador del daño.

Todo lo anterior, explica que en la actualidad el énfasis del control fiscal ya no recae en forma exclusiva sobre el cumplimiento de la norma y la existencia física de recursos. Por el contrario, hoy día la vigilancia de la gestión va mucho más allá y presta especial importancia a los resultados globales de la gestión administrativa, pues se entiende que con ocasión de la implementación del modelo de Estado Social de Derecho, el mayor compromiso adquirido por las autoridades colombianas las obliga a optimizar y dinamizar los recursos para obtener beneficios de la actividad desplegada.

1.4 ¿CUÁL ES EL ARGUMENTO JURÍDICO PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD FISCAL EN FORMA SOLIDARIA POR HECHOS GENERADORES DE DAÑO OCURRIDOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1474 DE 2011?

La responsabilidad fiscal en forma solidaria tiene como propósito garantizar la efectiva reparación del daño causado por varias personas, protegiendo al Estado de la posible insolvencia de uno de ellos o la dificultad de cobrarle la parte que le corresponde pagar.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley 1474 de 2011, no existía en estricto sentido, precepto legal (derecho positivo) dentro del proceso de responsabilidad fiscal, para imputar responsabilidad fiscal en forma solidaria por hechos generadores de daño.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Se acudía a fuentes normativas diferentes a la legislación fiscal, por ejemplo, al artículo 113 del Decreto 111 de 1996⁴⁶, o simplemente las contralorías optaban por una postura que fue plasmada reiterativa o consuetudinariamente en los fallos con responsabilidad fiscal.

El Artículo 2344 del Código Civil definió y describió la Responsabilidad Solidaria como:

“...Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso...”⁴⁷.

Uno de los pocos pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional sobre la figura de la solidaridad, se realizó con ocasión de su procedencia en las acciones popular, en materia contractual al momento de la declaratoria del exequibilidad del artículo 42 de la Ley 472 de 1998, en los siguientes términos:

*“...Si el representante legal de la entidad estatal contratante, en uso de esta facultad, delegó en un directivo la competencia para celebrar contratos, **será este último, en cuanto delegatario, el responsable solidario con el contratista y los restantes sujetos que hayan intervenido en la actuación contractual de la que se deriva detrimento patrimonial para la Sociedad, y lesión a la moralidad pública y al interés colectivo. Igualmente, armoniza con el principio de solidaridad pues protege la integridad del patrimonio público al consagrar un instrumento que propende por la recuperación de los dineros del presupuesto público que terminan en los bolsillos de los servidores públicos o de los particulares,** amén de irregularidades en el proceso de contratación que son resultados de sus acciones y omisiones antijurídicas. Constituye cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general; la proclamación de un orden justo y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar hacen, a todas luces, **necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública...**”⁴⁸.* Subrayado y resaltado fuera de texto.

46 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 111 del 15 de enero de 1996. Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. ARTÍCULO 113. Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales. La Contraloría General de la República velará por el estricto cumplimiento de esta disposición. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1996/decreto_0111_1996.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

47 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CODIGO CIVIL. Ley 57 de 1887, Art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declarase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil.html#1. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

48 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-088 del 2 de febrero de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2000/c-088_2000.html#1. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

Así mismo, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se pronunció este tema a través del Honorable Magistrado y catedrático Carlos Betancur Jaramillo, en los siguientes términos:

*“...**Concurrencia de Culpas (coautores), la cual en últimas genera una responsabilidad fiscal en forma solidaria: cuando el hecho perjudicial ha sido causado por dos o más personas (los sujetos son su causa eficiente), no se produce una división de la responsabilidad, como si cada uno lleva apenas una parte de la culpa, sino que por mandato legal surge una obligación solidaria de responder...**”*⁴⁹. Subrayado y resaltado fuera de texto.

Pero fundamentalmente los órganos de control fiscal aplicaban el criterio de residualidad, en primer término, por el bien jurídico que se protege en estos procesos y por la dificultad dentro del proceso de realizar la división del daño en vista que en la mayoría de estas investigaciones son múltiples las acciones y omisiones en que incurrían los servidores públicos o particulares que administran estos recursos.

Aunado a que la Ley 610 de 2000, contiene la expresión que se vincularán a quienes “*con ocasión de la gestión fiscal*”⁵⁰ determinen o coadyuven a la materialización del daño y a quienes contribuyan a la realización del mismo.

Otro pronunciamiento jurisprudencial importante de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se remonta a la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado en el cual se abordó el tema de la solidaridad en los siguientes términos:

*“...Estima la Sala que el artículo 546 del Código Fiscal, si bien alude a la responsabilidad solidaria de los funcionarios de manejo, no lo es menos que también prevé la responsabilidad de los subalternos por fraude o malversación y por su participación directa en los hechos que dan lugar a la misma, lo cual no excluye que sean solidarios entre sí, como subalternos, o con aquellos, **entre otras razones porque lo que determina la solidaridad no es la calidad del funcionario, de manejo o no, sino la pluralidad de personas que intervienen en la realización de una conducta causante de un daño...**”*⁵¹. Subrayado y resaltado fuera de texto.

El anterior pronunciamiento jurisprudencial ratifica de alguna manera el criterio de residualidad que se tenía en ese momento.

El doctor Uriel Alberto Amaya Olaya, avaló en su obra la aplicación de la figura de la solidaridad afirmando que:

49 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, Sentencia del 11 de abril de 1994. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo.

50 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. ARTÍCULO 1o. DEFINICION. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”. Diario Oficial No.44.133. del 18 de agosto de 2000. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/sen_ado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

51 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Rad. 1996 – 8485 - 01 (7370) del 27 de marzo de 2003, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52550963>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

*“cuando concurren varias conductas de agentes plurales en la causación jurídica del daño al patrimonio, provenientes de la misma unidad de fuente temporal y circunstancial, surge una relación convergente y conjunta frente al deber general de reparación (de connotaciones jurídicas y éticas, tal y como se ha dicho), derivada no sólo de la ruptura económica del patrimonio, **sino adicionalmente del incumplimiento del deber especial de protección y custodia que el ordenamiento jurídico encomendó a ellos, y de la confianza que por ese medio normativo les depositó la sociedad**”⁵². Subrayado y resaltado fuera de texto.*

El artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, contempló la figura de la solidaridad en materia de responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

*“...En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, **responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial...**”⁵³. Subrayado y resaltado fuera de texto.*

Para resarcir, reparar o recuperar los dineros perdidos como consecuencia de una gestión ineficaz, ineficiente, inoportuna o antieconómica, el Legislador consagró en el ordenamiento jurídico fiscal la institución de la solidaridad, que consiste en unir a los distintos responsables del daño causado al Estado, que pueden ser, de acuerdo con la norma, el ordenador del gasto, contratistas, supervisores, interventores, y demás personas que concurren a la consolidación del daño.

Definitivamente resulta positivo la inclusión de la figura de la solidaridad en materia de responsabilidad fiscal, para efectos de otorgarle una nueva dinámica y celeridad al proceso, puesto que, lo que pretende la norma es facultar al órgano de control, dada la naturaleza resarcitoria del proceso y teniendo en cuenta las diferentes clases de sujetos y conductas que participan en la merma del patrimonio público, para que de manera mancomunada proceda a la imputación de los presuntos responsables de manera ágil y pronta, debiendo por su parte la defensa procurar por romper probatoriamente dicha solidaridad conforme a los hechos objeto de investigación y los medios de prueba legalmente allegados al plenario.

Finalmente, resulta perentorio acotar, que las contralorías competentes en la motivación de las providencias, al momento de proferir fallos con responsabilidad solidaria, deben señalar y puntualizar los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos por los cuales deben responder los implicados.

52 AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos Sustanciales y Procesales. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2002, p.304 y ss.

53 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).



1.5 ¿EL LUCRO CESANTE PROCEDE COMO CONCEPTO DE DAÑO AL PATRIMONIO DEL ESTADO DENTRO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

Sí, en principio la reparación debe ser completa, es decir, en la misma dimensión del daño causado, debe ser cubierto en su totalidad. Reparar un daño es justamente restituir las cosas a su estado anterior y resarcir lo que deja de ingresar, razón por la cual el lucro cesante hace parte del resarcimiento en materia fiscal.

Así lo podemos inferir inclusive de la misma Ley 610 de 2000, que en su artículo 47, establece en qué momento se puede archivar el Proceso:

*“...AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, **se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio** o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma...”*. Subrayado y resaltado fuera de texto

El lucro cesante lo define la doctrina mayoritaria como la ganancia que se haya dejado de obtener como consecuencia del hecho del que es responsable.

También se ha entendido como la frustración, privación o falta de aumento patrimonial como consecuencia de un daño catalogado como emergente. Lo que se solicita es la falta de rendimiento, de productividad de las cosas o el dejar de recibir beneficios económicos como consecuencia de los hechos dañosos, eso es justamente lo que conforma el denominado lucro cesante.

El tratadista Alexandri respecto del lucro cesante señala:

“...La reparación comprende todo el daño sufrido por la víctima, moral y material, que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito; sólo así es completa.

*Comprende por tanto, tanto el daño emergente y el lucro cesante, (...) esto es, la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio y lo que dejó de ganar o percibir como consecuencia de delito o cuasidelito...”*⁵⁴

La Honorable Corte Constitucional sobre el tema del lucro cesante en materia de responsabilidad fiscal expresó:

*“...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 a 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...”*⁵⁵. Subrayado y resaltado por fuera de texto.

54 DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL. Arturo Alessandri Rodríguez. Ediar Editores. Santiago 1983. Páginas 533 y siguientes.

55 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-840-01.htm>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Si, concebimos como daño cualquier lesión de un interés, sea patrimonial o no, el concepto de lucro cesante se circunscribe a la lesión de un interés patrimonial consistente fundamentalmente en la pérdida de un incremento patrimonial neto, que se haya dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual por el deudor o bien del acto ilícito que se imputa a un tercero.

El daño Patrimonial al Estado, es un fenómeno de carácter estrictamente pecuniario o económico que consiste en la pérdida de recursos por parte del Estado. En términos prácticos se trata del empobrecimiento del erario.

De esta forma, dentro de la tipología de los denominados “perjuicios” podemos establecer que el daño Patrimonial al Estado es un perjuicio material, quedando excluida la posibilidad de que exista un perjuicio inmaterial o moral.

Por lo tanto en materia de responsabilidad fiscal, para las contralorías resulta necesario y perentorio examinar las dos formas en que pueden presentarse los perjuicios materiales: daño emergente y lucro cesante.

Dentro de este espectro vale la pena traer a colación el documento de la Contraloría General de la República⁵⁶ en el que se tocaron aspectos alusivos al daño al patrimonio del Estado.

“...Para empezar se debe precisar el significado de ambos tipos de daño: hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, equipos, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima⁵⁷.

La diferencia entre ambos conceptos radica en que mientras el daño emergente es el egreso patrimonial, el desembolso, el lucro cesante es el NO ingreso patrimonial, el NO embolso, la pérdida sufrida, la ganancia frustrada.

Debe igualmente precisarse que tanto el daño emergente como lucro cesante pueden ser pasados o futuros. Esto es importante tenerlo en cuenta puesto que es una confusión común entre los profesionales del derecho el identificar el daño emergente con el daño pasado y el lucro cesante con el daño futuro, cuando en realidad cada uno de ellos puede ser tanto futuros como pasados...”

Por lo tanto, en palabras de tratadista Javier Tamayo Jaramillo, resulta inexacto identificar el daño emergente con los perjuicios pasados y el lucro cesante con los futuros, pues uno y otro pueden gozar de ambas características⁵⁸.

La Ley 610 de 2000, en su artículo 6º, al definir el daño Patrimonial al Estado usa términos como lesión o perjuicio que son lo suficiente amplios para comprender el daño emergente y el lucro cesante.

56 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto No. 80112 – 0070 A del 15 de enero de 2001. Disponible: <http://www.contraloriagen.gov.co/>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

57 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Tamayo Jaramillo, Javier. Tomo II. De los Perjuicios y su indemnización. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1986. Página 116.

58 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Tamayo Jaramillo, Javier. Tomo II. De los Perjuicios y su indemnización. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1986. Página 116.



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

Además, si la Ley no distingue entre daño emergente y lucro cesante lo correcto es remitirnos a los principios generales de las obligaciones que nos dicen que todo daño, perjuicio o lesión está conformado tanto por el daño emergente como por el lucro cesante.

Ambos son lesiones o perjuicios que deben ser indemnizados por quien los causa y no existe actualmente ninguna razón que permita desligar el uno del otro.

Debe entonces, cada vez que se encuentre un posible daño patrimonial al Estado analizarse si con la actuación de la administración el Estado ha sufrido un egreso patrimonial o ha dejado de percibir un ingreso.

Afirma la Contraloría General de la República, sobre el lucro cesante lo siguiente:

*“...Hay que ser muy cuidadosos al examinar los hechos para entender si el Estado ha realizado desembolsos que de otra forma no habría tenido que hacer o ha dejado de percibir recursos que de otra forma hubiese percibido. **En la medida en que se presente cualquiera de las dos situaciones podemos decir que se ha causado un daño patrimonial al Estado...**”⁵⁹. Subrayado y resaltado fuera de texto.*

En síntesis, finaliza el documento de la Contraloría General de la República manifestando que:

*“...**el daño patrimonial al Estado es estrictamente un daño material no puede ser de tipo moral que se articula en daño emergente y lucro cesante.** En sendos pronunciamientos el Consejo de Estado señaló que a las contralorías correspondía determinar el daño emergente y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el lucro cesante...”⁶⁰. Subrayado y resaltado fuera de texto.*

Al tenor de lo establecido en los artículos 4⁶¹ y 47⁶² de la Ley 610 de 2000, que señala que el daño debe ser reparado integralmente debemos entender que el lucro cesante como concepto del daño material puede ser incluido dentro del resarcimiento.

59 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto No. 80112 – 0070 A del 15 de enero de 2001. Disponible: (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

60 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficina Jurídica. Concepto No. 80112-2377 del 16 de julio de 2001.

61 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No.44.133. del 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 4o. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad Estatal. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

62 CONGRESO DE LA REPÚBLICA LEY 610 del 15 de agosto de 2010. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No.44.133. del 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

El punto determinante y que ofrece dificultad es que el lucro cesante debe ser determinado, verificado y probado para efectos de la certeza del daño que exige el fallo con responsabilidad fiscal en su artículo 53 de la Ley 610 de 2000⁶³.

Es decir, que el daño patrimonial al Estado es estrictamente un daño material que se articula dentro del daño emergente y lucro cesante, que no puede ser de tipo moral.

En sendos pronunciamientos el Consejo de Estado señaló, que a las contralorías correspondía determinar el daño emergente y a la Jurisdicción Contencioso Administrativo el lucro cesante. Sin embargo, con la expedición de la Ley 610 de 2000, el panorama jurídico cambió y por lo tanto actualmente es posible que las contralorías deriven responsabilidad por el lucro cesante⁶⁴.

Se puede incluir como ejemplo el siguiente caso:

- La construcción de un parque de diversiones que no se termina.

El daño emergente corresponde a los recursos invertidos en la construcción del parque que no arrojaron ningún resultado.

El lucro cesante correspondería a los recursos que dejan de ingresar por concepto de entradas al momento que debió ponerse en funcionamiento el parque de diversiones. Ello se calcula teniendo en cuenta los estudios que se realizaron previamente a la construcción de la obra.

- Igualmente en el evento que una Empresa Industrial y Comercial del Estado que presta servicios de telefonía y adquiere equipos y estos no sean utilizados para prestar el servicio.

Es decir, que la no utilización de los equipos genera hacia futuro el dejar de percibir recursos para la Empresa, entonces, el daño no sólo será la compra de los equipos de telefonía, sino también lo que se deja de recaudar al tenerlos inutilizados en una bodega.

- Ha dicho la Contraloría General de la República que para el evento de daños a los bienes o cosas, el lucro cesante constituye la falta de servicio o productividad. En el caso de bienes productivos que desaparecen, o cuando se trate de dinero, se considera como lucro cesante la falta o merma en la productividad.

Si no es posible acreditarla, se aplica el interés comercial como compensación por la utilización del dinero. Comúnmente, se ha definido como el beneficio o dinero que no ingresa al patrimonio del Estado. Así el daño emergente es lo que egresa, y el lucro cesante, lo que no ingresa al patrimonio del Estado⁶⁵.

63 CONGRESO DE LA REPÚBLICA LEY 610 del 15 de agosto de 2010. "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No.44.133. del 18 de agosto de 2000. ARTICULO 53. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

64 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficina Jurídica. Concepto 80112 – 0070 A del 15 de enero de 2001. Disponible en: <http://www.contraloriagen.gov.co/>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

65 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Cuadernillo RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCIÓN COACTIVA. El Proceso de Responsabilidad Fiscal. Bogotá, marzo de 2004. Imprenta Nacional. Disponible en: <http://www.contraloriagen.gov.co/>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).



1.6 CUANDO SE DECLARA LA PRESCRIPCIÓN DE CUALQUIER TIPO DE IMPUESTO, ¿SE DEBE CONSIDERAR QUE SE HA PRODUCIDO UN DAÑO AL PATRIMONIO DEL ESTADO Y SE DEBE DAR CURSO AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL? EN CASO AFIRMATIVO, ¿A QUIÉN O QUIÉNES (CARGOS O ROLES) SE DEBE VINCULAR COMO PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES?

Al amparo de la Ley 610 de 2000, específicamente los artículos 3º y 6º, el daño se causa también por la omisión en la recaudación de recursos públicos y en este evento se deja de percibir unos dineros claramente determinados en actos administrativos debidamente ejecutoriados que hacen tránsito a obligación clara, expresa y actualmente exigible, luego el hecho de permitir la prescripción de dichos títulos ejecutivos claramente comporta el ejercicio de gestión fiscal que puede ser investigado y determinado por parte de los órganos de control fiscal.

El punto importante y complejo dentro de cada proceso de responsabilidad fiscal es determinar y probar el elemento subjetivo (dolo o culpa grave) de la responsabilidad, atinente a si el obligado a realizar el cobro ejecutivo dentro del organigrama de la entidad y de acuerdo con las funciones llámese secretario de hacienda, tesorero, jefe de grupo de jurisdicción coactiva o sustanciador actuó con negligencia y omitió el cobro de dichos títulos ejecutivos, puesto que per-se no puede considerarse la existencia de responsabilidad teniendo en cuenta que las obligaciones de cobro no son de resultados, por el contrario se constituyen esencialmente en obligaciones de medios.

Para efectos de probar el dolo o la culpa grave, se puede acudir al denominado “*control de advertencia*” al ente encargado del recaudo o cobro, el cual puede ser utilizado por parte de las contralorías previo a que se configure la prescripción del título.

En este caso, hay que tener en cuenta que independientemente de la determinación de gestor fiscal del funcionario encargado de realizar el cobro coactivo, se acude a lo preceptuado por los artículos 1⁶⁶, 3⁶⁷ y

66 CONGRESO DE LA REPÚBLICA LEY 610 del 15 de agosto de 2010. “*Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.* Diario Oficial No.44.133. del 18 de agosto de 2000. **Artículo 1º.** Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senad_o/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

67 CONGRESO DE LA REPÚBLICA LEY 610 del 15 de agosto de 2010. “*Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.* Diario Oficial No.44.133. del 18 de agosto de 2000 **Artículo 3º.** Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senad_o/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).



6⁶⁸ de la Ley 610 de 2000, artículo 119⁶⁹ de la Ley 1474 de 2011 y la Sentencia C-840 de 2001⁷⁰.

Con fundamento en lo anterior es posible concluir que en la situación planteada en términos de gestión pública y recaudo de dineros del Estado, la omisión en el cobro tiene un costo que debe ser asumido por aquellos a quienes se ha confiado el cobro de tales tributos, pues nada justifica que contando con las herramientas jurídicas y materiales para atender su cobro, se abstengan realizar las gestiones tendientes a recaudar dichos dineros.

1.7 ¿COMO PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES, EN LOS CASOS EN QUE CORRESPONDA, SE DEBE VINCULAR A LOS CONSORCIOS Y/O A LOS CONSORCIADOS; A LAS UNIONES TEMPORALES Y/O A QUIENES LAS CONFORMAN?

Previo a dar respuesta a este interrogante es importante remitirnos a la definición legal de los consorcios y las uniones temporales que se encuentra establecida en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que señala:

“... 1. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2. Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el

68 CONGRESO DE LA REPÚBLICA LEY 610 del 15 de agosto de 2010. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No.44.133. del 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013)._

69 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 119. **SOLIDARIDAD.** En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial. Disponible: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

70 CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-840 de 2001. *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.



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Parágrafo 1º.- *Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.*

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad... ”⁷¹

Para efectos de la pregunta en materia de responsabilidad fiscal deben aplicarse las reglas generales de responsabilidad, en virtud de la cual los consorciados responden solidariamente por los hechos imputables al consorcio y los miembros de las Uniones Temporales responden individualmente por los hechos que les sean directamente atribuibles, para establecer en cada caso a quienes se vincula al proceso.

La Ley exige que los consorciados designen la persona que representará al consorcio ante la entidad contratante, su finalidad es la de manejar administrativamente los asuntos relacionados con la ejecución del contrato, no es en calidad de representante legal pues los consorcios carecen de personalidad jurídica, por tanto no tienen representante legal.

Desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal, si el consorcio se ve obligado a responder, los representantes de cada entidad que conformen el consorcio son los responsables y no el consorcio, pues claramente carece de personalidad jurídica⁷².

En cuanto al régimen de la denominada unión temporal, se exige que sus integrantes expongan los términos y extensión de su participación en la propuesta, circunstancias que no podrán ser modificadas sin el consentimiento previo de la Entidad contratante, en esa medida serán vinculados al proceso de responsabilidad fiscal.

De igual manera, en la Unión Temporal, se extinguen con la terminación del contrato, y por sí mismos carecen de personería y vida propia, es decir que los miembros de la unión deben ser vinculados al proceso de responsabilidad fiscal previa valoración y estimación del daño causado y la conducta irregular que lo causó, sobre la base de su participación en el objeto y términos contractuales.

Ahora bien, no se puede dejar de lado la manera cómo las compañías de seguros expiden las pólizas en estos casos, puesto que quienes aparecen en ellas es el consorcio o la Unión Temporal y no sus miembros, tendría que también vincularse al consorcio o a la Unión Temporal para que haya coherencia en la conformación del título, lo cual no obsta para la vinculación de los consorciados o del miembro de la citada Unión a quien se atribuya la causación del daño por lo antes expuesto.

71 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

72 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Oficina Jurídica No. 80112 – 2006IE43417 del 12 de diciembre de 2006.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Sobre lo anterior, teniendo en cuenta la definición legal de las anteriores figuras jurídicas y al tenor de lo preceptuado en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, es aplicable perfectamente el principio de solidaridad para el caso de los consorcios y eventualmente a las uniones temporales que no posibilitem individualizar a los presuntos responsables, ni dividir a prorrata la cuantía del daño, es decir que lo conducente sería que fueran vinculados al proceso de responsabilidad fiscal los miembros tanto del consorcio como de las uniones temporales, puesto que se está cuestionando precisamente sus intereses económicos al establecerse irregularidades en la gestión contractual o ejecución de la obligación, razón por la cual se les debe garantizar indistintamente el derecho de defensa y contradicción por parte de los órganos de control fiscal.

1.8 ¿CUANDO UNA ENTIDAD PÚBLICA RECONOCE Y PAGA UNA PRIMA TÉCNICA A UN SERVIDOR PÚBLICO QUE NO REÚNE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL REGLAMENTO, SE GENERA UN DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO CUYO RESARCIMIENTO ES PERSEGUIBLE POR LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL? EN CASO AFIRMATIVO, ¿DEBE VINCULARSE COMO PRESUNTO RESPONSABLE FISCAL, ADEMÁS DEL ORDENADOR DEL GASTO LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE HICIERON EL ESTUDIO DE LOS REQUISITOS Y RECONOCIERON LA PRESTACIÓN AL BENEFICIARIO DE LA PRIMA TÉCNICA?

En el pago de las primas sin en el cumplimiento de los requisitos legales se presenta un daño al patrimonio del Estado, aquí lo que debe entrar a establecerse es, si el reconocimiento y pago de una prima técnica es un acto de gestión fiscal a la luz de la definición que trae el artículo 3º de la Ley 610 de 2000.

También se debe estudiar si el daño se causa con ocasión de la gestión fiscal o se contribuyó a la materialización del mismo.

La vinculación de los servidores públicos que realizaron los estudios y reconocieron la prestación, se dará bajo el concepto señalado en el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, es decir, cuando con ocasión de la gestión fiscal se causa daño al patrimonio del Estado por incumplir las normas legales y reglamentarias que hacia al futuro generen daño al patrimonio del Estado.

Ahora bien, en cuanto al beneficiario de la prima técnica habría que analizar fáctica y probatoriamente si el hecho de la aprobación de la prima se autorizó como consecuencia de la solicitud con documentos falsos por parte de éste, para vincularlo bajo el argumento que con su conducta dolosa o gravemente culposa contribuyó a la materialización del daño al patrimonio del Estado.

Algunos concedores del tema de responsabilidad fiscal consideran que, el beneficiario no obra como gestor fiscal y además en ocasiones resulta dispendioso o problemático probar su contribución al daño, por lo cual no sería dable vincularlo a un proceso de responsabilidad fiscal y lo procedente sería el ejercicio de una acción judicial por el pago de lo no debido por parte de la entidad en contra de quien recibió ilegalmente el beneficio o la acción de lesividad, argumento que el autor de este documento no comparte teniendo en cuenta el artículo 1º y 6º de la Ley 610 de 2000 y la sentencia C-840 de 2001.

1.9 EL CONCEPTO DE “*USO INDEBIDO*” COMO CONCEPTO DE DAÑO. ¿DE QUÉ MANERA SE CONFIGURA CONFORME A LOS PRONUNCIAMIENTOS REALIZADOS POR LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL?

Lo primero que hay que decir con toda claridad, es justamente que el concepto de “*uso indebido*” como concepto autónomo de daño en materia de responsabilidad fiscal fue declarado inexecutable mediante pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional C-340 de 2007⁷³.

Dijo el máximo Tribunal Constitucional de nuestro Estado Social de Derecho, que al incluir la norma el concepto de “*uso indebido*” como categoría autónoma representativa de la lesión al patrimonio público, concomitantemente con otras expresiones de daño como menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro, se desnaturaliza el concepto de daño, con implicaciones no sólo desde el punto de vista de la técnica legislativa, sino desde la perspectiva de su conformidad con la Constitución, puesto que, ciertamente, como se señala en la demanda, se afecta la posibilidad de desvirtuar la responsabilidad fiscal acreditando la ausencia de daño, con lo cual el juicio fiscal se tornaría en sancionatorio⁷⁴.

Lo anterior, dice la Honorable Corte, porque la condena no tendría efecto reparatorio o resarcitorio, sino meramente punitivo, lo cual implicaría, a su vez, atribuir a las contralorías una competencia para investigar conductas indebidas e imponer las correspondientes sanciones, lo cual, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, no puede hacer el legislador, puesto que no está a su alcance, más allá de la distribución de competencias realizada por la Constitución, atribuir a las contralorías el ejercicio de un control disciplinario que de acuerdo con la Carta corresponde a otros órganos.

No obstante lo anterior, el término “*uso indebido*” como concepto de daño quedo condicionado por la Corte Constitucional, en la medida en que de dicho uso indebido derive consecuentemente en un daño al erario, entendido como la lesión del patrimonio del Estado, representado en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, claro, el daño debe ser verificado y comprobado con los medios probatorios conducentes y pertinentes en la etapa de juzgamiento del proceso de responsabilidad fiscal.

La Honorable Corte Constitucional en la sentencia citada, trae a colación un ejemplo muy ilustrativo en los siguientes términos:

*“...Tal sería el caso cuando se destinan recursos del Estado a fines oficiales distintos de aquel para el que estaban presupuestados, o cuando el uso indebido consiste en una mera infracción de reglamentos, órdenes o directivas, pero sin lesión ni aprovechamiento privado de los recursos públicos. **En estos casos, puede existir responsabilidad penal o disciplinaria, pero no responsabilidad fiscal, por ausencia de daño...**”⁷⁵.* Resaltado y subrayado por fuera de texto.

73 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil. “*Declarar la exequibilidad de la expresión “o a los intereses patrimoniales del Estado” contenida en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, así como la inexecutable de las expresiones “uso indebido” e “inequitativa” contenidas en la misma disposición”.*”

74 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2007/c-340_2007.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

75 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007 M.P. Rodrigo escobar Gil. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2007/c-340_2007.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Lo anterior tiene soporte por las mismas características del daño, entre ellas se encuentra que debe ser cierto, real, determinable y cuantificable, es decir cuando a la luz de los ojos del operador jurídico aparezca la evidencia y certeza que la acción lesiva del agente ha producido o producirá disminución, menoscabo o pérdida patrimonial al Estado; en el caso que únicamente se pruebe la desviación de recursos pero no la pérdida de los mismos existirá una responsabilidad disciplinaria e inclusive penal, pero de ninguna manera fiscal.

Por lo anterior, los órganos de control fiscal deben ser lo suficientemente acuciosos y diligentes cuando argumenten el “*uso indebido*” como causante del daño, con el fin de demostrar, verificar y comprobar que la desviación de recursos produjo efectivamente el detrimento, perjuicio o menoscabo de los recursos del Estado.

1.10 ¿EL HALLAZGO FISCAL TRASLADADO PARA DAR INICIO AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, PUEDE SER CONSIDERADO COMO UN MEDIO DE PRUEBA?

La respuesta es afirmativa y se constituye en un medio de prueba en virtud de lo preceptuado por el artículo 28 de la Ley 610 de 2000 que señala:

“...PRUEBAS TRASLADADAS. Las pruebas obrantes válidamente en un proceso judicial, de responsabilidad fiscal, administrativo o disciplinario, podrán trasladarse en copia o fotocopia al proceso de responsabilidad fiscal y se apreciarán de acuerdo con las reglas preexistentes, según la naturaleza de cada medio probatorio.

Los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tendrán validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales de ley... Subrayado y resaltado fuera de texto.

La norma es clara, en considerar el hallazgo como medio probatorio, es decir, que durante el desarrollo del procedimiento ordinario o verbal de responsabilidad fiscal, el auditor puede eventualmente ser llamado a que ratifique, aclare o adicione algunos planteamientos esbozados en el traslado del “*Hallazgo Fiscal*”, con el fin de precisar algunos aspectos que no hayan quedado suficientemente demostrados.

Ahora bien, será potestativo y de acuerdo con la sana crítica, la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, que el funcionario instructor del área de responsabilidad fiscal, decrete las aclaraciones necesarias, de oficio o a petición de los investigados.

El anterior planteamiento tiene su lógica, por la misma definición del concepto de “*hallazgo*”, el cual puede ser definido como toda presunta irregularidad que es advertida por el auditor al concluir el proceso de evaluación de operaciones y actividades realizadas por el responsable del manejo del recurso público.

Con fundamento en ellos se estructuran las observaciones del informe de auditoría, se formulan recomendaciones al responsable de la gestión fiscal y se ordenan los traslados a las autoridades competentes para conocer de las irregularidades detectadas.

Finalmente, vale la pena aclarar que, en caso, que existan debilidades en la sustentación del hallazgo al momento de ejercer el derecho de contradicción, por parte de los investigados y sus apoderados, no necesariamente implica que el proceso sea archivado, puesto que el denominado “*hallazgo fiscal*”, tan sólo se constituye en uno de los medios probatorios para determinar la responsabilidad y el consecuente resarcimiento al patrimonio del Estado.

1.11 ¿EN MATERIA DE CONTRATACIÓN EL ORDENADOR DEL GASTO QUE DELEGA PUEDE SER VINCULADO AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

Consideramos en principio, que Sí deben ser vinculados los servidores públicos que delegan la facultad de contratar.

El artículo 211 de la Constitución Política de Colombia⁷⁶ en concordancia con los artículos 9 y 12 de la Ley 489 de 1998⁷⁷, señala que la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, así mismo la Ley enunciada afirma que las autoridades administrativas pueden mediante acto administrativo de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores.

No obstante lo anterior, este concepto no es absoluto, pues no es posible interpretar las normas de una manera exegética, pues iría en contravía de las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico.

Entonces, siendo así, la delegación en principio, si bien exonera al delegante por actos propios del delegatario, en ningún momento implica una irresponsabilidad a ultranza por parte del delegante.

Cuando el superior delega total o parcialmente funciones como por ejemplo las contractuales previstas en la Ley 80 de 1993, a un inferior suyo, no significa que el delegante se esté desprendiendo totalmente de la responsabilidad de coordinar y dirigir las funciones que le corresponden a la entidad, y concretamente a su Despacho; pues cuando delega, tiene el poder permanente de instrucción, y las responsabilidades de revisar el uso adecuado que el delegatario esté dando a las funciones que recibe, ya que son competencias que la Ley, en principio, le asigna, y es precisamente quién debe velar por su correcto ejercicio.

Así lo ratifica lo preceptuado por el inciso 2 del artículo 12 de la Ley 80 de 1993 que señala:

“...En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual...”

De hecho, la misma norma constitucional preceptúa que el delegante podrá reasumir la competencia en cualquier momento, para reformar o revocar los actos del delegatario.

Lo anterior guarda relación con la función del superior de conducir, orientar y dirigir la gestión administrativa, económica y jurídica de una entidad, así esté de por medio la delegación, le corresponde al jefe o representante legal de la entidad, por ende, hablar de exoneración total y absoluta de la responsabilidad

76 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. ARTÍCULO 211. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base_doc/cp/constitucion_politica_1991_pr006.html#211. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

77 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489 del 30 de diciembre de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.464 del 30 de diciembre de 1998. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0489_1998.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

parecería un contrasentido, más si se tiene en cuenta la exigencia de cuidado y diligencia propia de los funcionarios que ejercen cargo de autoridad y dirección.

La Honorable Corte Constitucional mediante sendos pronunciamientos afirma que el delegante conserva las facultades de supervisión en los siguientes términos:

*“...Al delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas. En especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación. **En virtud de tal vinculación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación...**”⁷⁸. Subrayado y resaltado por fuera de texto.*

El máximo órgano constitucional, ha precisado que en los casos de delegación de firma no opera propiamente ningún traslado de competencias, sino el traslado de la ejecución de una actividad material en que se sule al delegante con finalidades de agilización de la función pública; desde esta perspectiva considera la Corte por efecto de la delegación de firma no tiene porqué trasladarse la responsabilidad al signatario, que no es propiamente quién contrata en nombre de la persona pública, sino tan sólo quién firma el documento⁷⁹.

Finalmente la misma Corte refiriéndose a la Constitucionalidad del parágrafo segundo del Artículo 2º de la Ley 678 de 2001, providencia que hizo mención al tema de la delegación en materia contractual señaló que:

*“...En suma, la expresión del artículo 211, dice que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, **lo cual no significa que aquél no responda por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la Ley, la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa...**”⁸⁰. Subrayado y resaltado por fuera de texto.*

En definitiva dentro del estudio de un proceso de responsabilidad fiscal, se debe observar cada caso en concreto partiendo de la premisa que hoy por hoy a los ordenadores de gasto se les impone un comportamiento calificado, explícito, y que rebasa los condicionamientos normales de una sociedad y los estándares de una conducta habituales dentro de una comunidad organizada.

El hecho que un Servidor público delegue funciones a un inferior, no es óbice para afirmar que ha perdido autoridad, o la facultad de controlar los actos del inferior delegatario, bajo la óptica de la culpa in vigilando e in eligiendo.

78 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-382 del 5 de abril de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Disponible en: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43563801>. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

79 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-727 del 21 de junio de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4317>. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

80 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6171>. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

Resulta prudente aclarar que no se está afirmando de manera objetiva que el delegante siempre debe responder por actos propios del delegatario. La actividad personal del delegatario, si ha sido inadecuada, deberá ser objeto de análisis y estudio dentro del proceso, ya sea desde el punto de vista fiscal, disciplinario o penal.

En definitiva no podría el delegante responder por actos propios del delegatario, salvo si probatoriamente hablando, se llegare a acreditar la injerencia dolosa o gravemente culposa del delegante en las decisiones desacertadas del delegatario. Pero, por regla general, las dos responsabilidades no se unen.

En este caso queremos denotar, que existen funciones propias del delegante, de las cuales no se puede desprender, ni siquiera por el hecho de la delegación, como son la vigilancia, instrucción y conducción del objeto delegado. El no cumplir con ello implica deficiente gestión, y podrá ser responsable, pero por sus propias actuaciones, en este caso por omisión; pero nunca por las del delegatario.

Lo anteriormente expuesto, claro está, lleva inmerso el elemento probatorio y causal, pues todo se limita a la contundencia del acervo probatorio que indique la mala gestión del delegante, al no cumplir con los deberes legales y reglamentarios que el ordenamiento jurídico le impone.

1.12 LAS IRREGULARIDADES ENCONTRADAS COMO CONSECUENCIA DE LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. ¿QUÉ TIPO DE HALLAZGOS GENERAN?

Uno de los aspectos más importantes de la función pública y de la carrera administrativa es encontrar una adecuada estructura de empleos, funciones, responsabilidades, actividades y tareas, ello que debería ser armónico dentro de un Estado coherente; que ha sufrido constantes cambios y mutaciones en ocasiones guiados por los direccionamientos de los gobernantes de turno, algunos con criterio técnico y en otros casos con excesivo tinte político.

Por ello, hemos visto que las entidades estatales se encuentran en permanentes reestructuraciones, fusiones, escisiones en otros casos observamos el congelamiento y reducción del presupuesto asignados a gastos de funcionamiento y de inversión, como claramente ocurre con las contralorías territoriales en virtud de la expedición de la Ley 617 de 2000⁸¹.

Resulta evidente, que la falta de homogeneidad en las decisiones de las estructuras estatales, genera desbalances en el diseño de las plantas de personal, precisamente este elemento es lo que hace que active su verificación por parte de los órganos de control fiscal, con el propósito que los auditores confronten que los procesos de estructuración de plantas se realicen conforme a estudios técnicos, que garanticen la vinculación de personal que realmente se necesita y que el funcionamiento de las entidades se ejecute con ese talento humano.

81 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 617 del 6 de octubre de 2000. Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional. Diario Oficial No. 44.188 del 9 de octubre de 2010. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0617_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Ahora bien, la normatividad Colombiana posibilita a las entidades públicas para contratar personal ajeno al de planta, siempre y cuando el personal de la entidad no sea suficiente o carezcan de conocimientos especializados y técnicos.

Luego, dicha contratación es excepcional y subsidiaria, puesto que el contrato de prestación de servicios, no está diseñado para suplir la permanencia y habitualidad de una función, tarea, actividad o responsabilidad que debe ser desplegada por un Servidor Público.

El Contrato de Prestación de Servicios se encuentra definido por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸², de la siguiente forma:

*“...**Contrato de Prestación de Servicios.** Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable...”. Subrayado por fuera de texto.

Luego evidentemente, la administración únicamente puede acudir a la firma de este tipo de contratos en los eventos previstos por el legislador en el precepto anteriormente transcrito.

Por lo anterior, la labor de los auditores debe estar enfocada a verificar que los ordenadores del gasto no acudan a esta herramienta sino en forma excepcional, con plena observancia de las normas legales y de los parámetros fijados por la Procuraduría General de la Nación y la misma Jurisprudencia Constitucional y Contencioso Administrativa.

La normatividad en materia de austeridad⁸³ en el gasto, autoriza a suscribir estos contratos cuando de acuerdo con el manual de funciones de la entidad, no exista personal que pueda desplegar la actividad a contratar, de igual manera que la actividad requiera cierto grado de especialización o maestría y finamente que se acredite insuficiencia de personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratan.

La misma Corte Constitucional ha señalado en sendos pronunciamientos que este tipo de contratos no pueden suscribirse para superar deficiencias permanentes de personal de la administración; de igual manera, ha precisado que en los contratos de prestación de servicios se debe garantizar la independencia del contratista para desarrollar el contrato sin que esté inmerso el elemento de subordinación.

Ha dicho expresamente la Corte sobre este tópico lo siguiente:

“...Así, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista...”

(...)

82 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41094 del 28 de octubre de 1993. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

83 DECRETOS PRESIDENCIALES Nos. 2411 del 26 de junio de 2007, 1440 del 30 de abril de 2007, 644 del 10 de abril de 2002, 866 del 28 de marzo del 2007, 1094 del 7 de junio de 2001, 1737 del 21 de agosto de 1998, 2209 del 29 de octubre de 1998. Disponible en: <http://www.minhacienda.gov.co/MinHacienda/haciendapublica/normativa/presupuesto/decretos>. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

“...La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la Entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden...”⁸⁴. Subrayado y resaltado fuera de texto.

En razón a lo expuesto y de acuerdo con cada caso en concreto, de suscribirse un contrato de prestación de servicios con desconocimiento de las exigencias citadas, no cabe duda que las contralorías deberán realizar el respectivo traslado del hallazgo con connotación disciplinaria por presunta violación de la Ley 734 de 2002⁸⁵, a sus artículos 34 o 48 y penal si eventualmente se incurrió en los delitos contemplados en los artículos 408 al 410 del Código Penal⁸⁶ (Contratos sin cumplimiento de requisitos legales, Interés indebido en la celebración de contratos, Violación del régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades).

Para el caso de la tipificación de hallazgo de naturaleza fiscal, debemos rotular que para que proceda la acción de responsabilidad fiscal, es presupuesto necesario que se encuentre acreditada la ocurrencia de un daño ocasionado al patrimonio público, en los términos del artículo 6 de la Ley 610 de 2000. De lo contrario, la conducta podrá ser susceptible de ser reprochada disciplinaria o penalmente, pero no, en un proceso de responsabilidad fiscal.

Para este análisis resulta pertinente traer a colación el Concepto Jurídico No. 217 – 3 – 13425 del 27 de enero de 2003, proferido por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, en el cual cita ejemplos muy ilustrativos para entender el tema así:

- Por ejemplo que se contrate un objeto contractual y se demuestra probatoriamente que el contrato fue desarrollado por personal de planta de la entidad y no por el contratista, en ese evento, la suma cancelada al contratista corresponde al valor del daño sufrido por el Estado, pues la entidad hace un gasto por un servicio inexistente. En nuestra opinión habría lugar a vincular no solamente al ordenador del gasto y el supervisor del contrato, sino también al mismo contratista que contribuyó a la materialización del daño.
- De igual manera, podrá existir traslado de hallazgo fiscal, cuando se suscriben varios contratos con diferentes personas para desarrollar el mismo objeto contractual y se demuestra que sólo una de ellas elaboró el objeto contratado.
- Que los estudios entregados no eran requeridos por la entidad y no fueron utilizados, es posible configurar un detrimento por el valor de los contratos innecesarios que han sido suscritos.

Es decir, que cada caso deberá analizarse, sobre la verificación del cumplimiento del objeto contractual y siempre y cuando se generen gastos innecesarios habrá afectación del patrimonio público y consecuentemente proceso de responsabilidad fiscal.

84 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. Disponible en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-86284_Archivo_pdf.pdf. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

85 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 del 5 de febrero de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial No. 44.708 del 13 de febrero de 2002. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0734_2002.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

86 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Así mismo, puede acontecer que los contratos de prestación de servicios se hayan suscrito sin la observancia plena de los requisitos establecidos por la Ley, pero que esté demostrado que el servicio se requería y además que fue prestado a satisfacción de la entidad contratante. En este evento no existirá la configuración de hallazgo fiscal, aunque sí se presenta la comisión de una falta de carácter disciplinaria.

En conclusión, en los eventos en que del hallazgo sea posible deducir la existencia de un detrimento al patrimonio del Estado, se puede eventualmente promover la acción de responsabilidad fiscal; de no configurarse daño al erario, sólo es posible formular las observaciones correspondientes como por ejemplo la estructura de un plan de mejoramiento y dar traslado concomitantemente al Ente Disciplinario competente y si es del caso, a la autoridad penal correspondiente.

Lo que no puede afirmarse per-se, es que el tema sea excluido del conocimiento de la autoridad fiscal, puesto que evidentemente esta actuación conlleva actos de gestión fiscal y la administración e inversión de recursos públicos.

De igual manera, como lo afirmo el mencionado Concepto Jurídico No. 217-3-13425 del 27 de febrero de 2003, el cual ha sido la base para dar esta respuesta, puede eventualmente iniciarse proceso administrativo sancionatorio, siempre y cuando el hallazgo administrativo haya sido advertido en el período inmediatamente anterior y la entidad vigilada persiste en asumir la misma conducta en la suscripción de contratos de prestación de servicios, sería procedente iniciar el Proceso Sancionatorio al tenor de lo contemplado en el Artículo 101 de la Ley 42 de 1993⁸⁷.

Sin embargo, para que la sanción proceda se requiere que los hallazgos detectados hayan sido objeto de observación en el período inmediatamente anterior y que respecto de ellos se hayan formulado observaciones en el informe de auditoría, puesto que, si se trata de observaciones de diferente naturaleza, la enunciada acción no sería procedente.

1.13 AL INTERIOR DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL. ¿QUÉ FUNCIONARIOS TIENEN FACULTADES DE POLICÍA JUDICIAL?

Si nos remontamos al artículo 10 de la Ley 610 de 2000⁸⁸, norma que establece el procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal desde el año 2000, entendíamos que tales facultades se encontraban otorgadas única y exclusivamente a los servidores públicos encargados de adelantar las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal.

87 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 42 del 26 de enero de 1993. Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. Diario Oficial No. 40732 del 27 de enero de 1993. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0042_1993.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

88 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2010. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133. del 18 de agosto de 2010. ARTICULO 10. "POLICIA JUDICIAL. Los servidores de las contralorías que realicen funciones de investigación o de indagación, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, tienen el carácter de autoridad de policía judicial". Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

Sin embargo, con ocasión de la entrada en vigencia del Artículo 115 de la Ley 1474 de 2011, dichas facultades fueron ampliadas en razón a lo preceptuado por la norma así:

“FACULTADES ESPECIALES. Los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal crearán un grupo especial de reacción inmediata con las facultades de policía judicial previstas en la Ley 610 de 2000, el cual actuará dentro de cualquier proceso misional de estos Organismos y con la debida diligencia y cuidado en la conservación y cadena de custodia de las pruebas que recauden en aplicación de las funciones de policía judicial en armonía con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza de las mismas. Estas potestades deben observar las garantías constitucionales previstas en el artículo 29 de la Constitución Política”. Subrayado y resaltado fuera de texto.

De la lectura del artículo, concluimos que las facultades de policía se otorgan a los servidores públicos que adelanten indagaciones preliminares, procesos de responsabilidad fiscal y a quienes conformen los denominados “Grupos de Reacción Inmediata”.

La actividad de Policía Judicial, como ejecución material del poder de investigación y de la función de policía, a cargo de los Entes Estatales en este caso otorgada a los órganos de control fiscal, es por esencia de carácter preventivo y se manifiesta en medidas lícitas, razonables y proporcionadas, tendientes a asegurar las pruebas y evitar que estas sean manipuladas o eliminadas, afectando de esta manera el resarcimiento al patrimonio público.

Lo anterior, no obsta para que en desarrollo del mandato superior de la colaboración armónica, previsto en el artículo 113 de la Constitución Política⁸⁹, las contralorías puedan actuar en coordinación con otras autoridades del Estado, en aras de esclarecer los hechos materia de investigación.

Estas facultades estarán circunscritas por ejemplo adelantar oficiosamente las indagaciones e investigaciones que se requieran por hechos relacionados contra los intereses patrimoniales del Estado, a coordinar sus actuaciones con la Fiscalía General de la Nación y demás organismos de policía judicial, a solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, a denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes, sin necesidad de prestar caución en concordancia con el inciso segundo del artículo 103 de la Ley 1474 de 2011⁹⁰.

89 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. ARTÍCULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr003.html#113. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

90 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial No. 48128 del 12 de julio de 2012. ARTÍCULO 103. Si los bienes fueron identificados en el proceso auditor, en forma simultánea con el auto de apertura e imputación, se proferirá auto mediante el cual se decretarán las medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un detrimento al patrimonio del Estado. Las medidas cautelares se ejecutarán antes de la notificación del auto que las decreta. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011_pr002.html#103. Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

De igual manera, en ejercicio de estas funciones, resulta perentorio señalar que los órganos de control deberán observar y garantizar los derechos constitucionales previstos en el artículo 29 de la Constitución Política.

Así mismo, el recaudo y embalaje de pruebas deberá realizarse con la debida diligencia y cuidado en la conservación y cadena de custodia de las pruebas en armonía con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, para ello resulta necesario que se cuente con la colaboración y apoyo de organismos como la Fiscalía General de la Nación, la Dirección de Investigación Criminal e Interpol (DIJIN), Procuraduría General de la Nación, entre otros.

De igual manera, estas nuevas facultades de Policía Judicial, adquieren importancia trascendental en la implementación del Procedimiento Verbal, puesto que los auditores investidos de dichas potestades tendrán la posibilidad material y jurídica de recaudar y acopiar pruebas en tiempo real, por ejemplo recepcionar testimonios, disponer vigilancia especial de las personas, de los muebles o inmuebles, el sellamiento de éstos, la retención de medios de transporte, la incautación de papeles, libros, documentos o cualquier otro texto informático o magnético, sin que ningún órgano pueda oponerse a la entrega de la información, lo cual representará que el material probatorio sea contundente y útil, pero sobre todo, que redunde en la solidez del hallazgo, para que no admita duda el inicio del proceso a través del auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal con la consecuente citación a audiencia de descargos a los implicados.

1.14 ¿EN QUÉ MOMENTO SE DEBE DAR TRASLADO DEL INFORME TÉCNICO, EMITIDO POR EL SERVIDOR PÚBLICO DE LA CONTRALORÍA COMPETENTE?

El Informe o Concepto Técnico es un medio de prueba en virtud del cual una persona con conocimientos especializados o técnicos, los aporta al proceso para que el operador judicial o administrativo pueda valorar mejor la naturaleza de los elementos o hechos de prueba, sin olvidar que este concepto debe referirse únicamente a conceptos, juicios o máximas de experiencia, propias del tema especializado que se le asigne al servidor público.

El informe Técnico es uno de los aspectos novedosos contemplado en el Artículo 117 de la Ley 1474 de 2011, que rotula:

*“...INFORME TÉCNICO. Los órganos de vigilancia y control fiscal podrán comisionar a sus funcionarios para que rindan informes técnicos que se relacionen con su profesión o especialización. Así mismo, podrán requerir a entidades públicas o particulares, para que en forma gratuita rindan informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza y objeto. Estas pruebas estarán destinadas a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso. **El informe se pondrá a disposición de los sujetos procesales para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción, por el término que sea establecido por el funcionario competente, de acuerdo con la complejidad del mismo...**”* Subrayado y resaltado fuera de texto.

De la lectura del artículo, inferimos que ésta prueba podrá ser practicada por servidores públicos de las contralorías o por entidades públicas o particulares, con miras a establecer y determinar los hechos materia de investigación.

Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

El artículo, no contempla el momento procesal, en el cual dicha prueba debe ejecutarse, sin embargo la práctica del ejercicio del control fiscal que adelantan las contralorías, demuestra que éste informe puede ser recaudado con anterioridad al proceso de responsabilidad fiscal o durante la sustanciación del mismo.

Con miras a garantizar el debido proceso y el derecho de defensa y en virtud de la norma citada, que obliga perentoriamente a que se le dé traslado a los investigados con el propósito de ejercer el derecho de defensa y contradicción, lo pertinente teniendo en cuenta las dificultades de tiempo que tiene el Área de Control Fiscal y en vista que es justamente en el proceso de responsabilidad fiscal que se debe agotar las etapas de contradicción y defensa lo adecuado sería realizar dicho traslado al momento de proferir el Auto de Apertura, si el proceso se adelanta por la vía ordinaria o apertura e imputación de responsabilidad fiscal, si el proceso se adelanta por el procedimiento verbal.

Para ello, se sugiere incluir un artículo en la parte resolutive de las providencias citadas anteriormente, que establezca claramente que el Informe o Concepto Técnico se pondrá a disposición de los investigados o imputados para ejercer el derecho de defensa dentro de un término prudencial establecido por la misma Contraloría.

Teniendo en cuenta la discrecionalidad que le concedió la Ley al Servidor Público de la Contraloría para el otorgamiento del término de traslado, dependiendo de la complejidad del asunto, vale la pena señalar que por remisión normativa del proceso de responsabilidad fiscal al Código Contencioso Administrativo, resulta válido acudir al artículo 222 de la Ley 1437 de 2011⁹¹ que señala un término de hasta diez (10) días para ejercer la contradicción del dictamen.

Lo importante es que el órgano de control fiscal, quien ejerce simultáneamente las veces de juez y parte dentro de la acción de responsabilidad fiscal, otorgue las garantías del debido proceso, porque en la mayoría de los casos ésta prueba se constituye en la única prueba contable, financiera, informática o arquitectónica para determinar la certeza del daño al patrimonio del Estado.

Lo anterior no es óbice para que, eventualmente durante el desarrollo del proceso, los investigados o el mismo funcionario instructor ordene otra prueba técnica o pericial que le otorgue mayor certeza a la decisión que finalmente se adopte.

Finalmente vale la pena reseñar que los operadores judiciales y administrativos acuden a la prueba pericial o al informe técnico, por ausencia de pericia en una disciplina específica, pues ello no tiene por qué ser conocido por el operador fiscal, pero sí, es su deber acudir a medios de pruebas que contribuyan a esclarecer los hechos materia de investigación.

Es decir, que en ausencia de experticia en un tema determinado se suple en consecuencia con el auxilio y colaboración de quienes sean doctos en determinada materia y para ello su acreditación en tal sentido se hace perentoria; no se trata pues, de meros “*profesionales de apoyo*”, es necesario para quién en este

91 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011. ARTÍCULO 222. “AMPLIACIÓN DE TÉRMINOS PARA LA CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. De oficio o a petición de parte, el juez podrá, previa ponderación de la complejidad del dictamen, ampliar el término del traslado del mismo o de las aclaraciones o complementaciones, sin que en ningún caso el término para la contradicción sea superior a diez (10) días”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1437_2011_pr005.html#222. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

caso se encuentra siendo sujeto de la acción fiscal, conocer la idoneidad profesional y sumada a esta, su ética, es decir, que no se encuentre incurso en causales de impedimento o recusación, que impidan tener un Informe Técnico como un medio de prueba legal.

Vale la pena traer a colación el pronunciamiento de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en el cual no se le dio traslado del Informe Técnico a una de las partes, así como tampoco se sustentó adecuadamente, razón por la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

*“...En el proceso se recibió un informe técnico, el cual fue valorado por el Tribunal, y en el cual se basó para denegar las pretensiones de la demanda. Advierte la Sala que dicha prueba no se completó en su práctica, y por lo cual no podía tenerse en cuenta para fallar. A pesar de las exigencias legales - artículo 243, inciso 2 del C.P.C. - **de la contratación de la prueba de informe técnico, en este caso, una vez rendida por Medicina Legal, no se dio traslado de ella a las partes. En el evento hipotético relativo a que se hubiera surtido el traslado del informe, es decir que hubiese agotado la etapa de contradicción, necesaria para la valoración probatoria, aún así la Sala no la tendría en cuenta. La ley exige “que tales informes deberán ser motivados” (inciso 2 artículo 243 C.P.C.). Por lo tanto un informe técnico que da conclusiones pero no motiva el por qué, no puede ocasionar ningún efecto probatorio. Para la Sala si el informe fuere valorable tampoco compartía la pretendida justificación contenida en él;** en la solicitud del informe se cuestionó sobre el manejo dado al paciente y, la importancia de la práctica de los Tacs y las evaluaciones por neurología urgentes; se respondió sólo que para el día 1 de abril la práctica del Tac “no aportaría ninguna ventaja”, pues “en ese estado ya el paciente se encontraba premortem”, no se respondió dicha incidencia en los días anteriores al 1 de abril, es decir que efecto habría tenido si se hubiera practicado antes, los días 29 y 30 de marzo, fechas en las cuales se recibió el paciente y se internó...”⁹². Subrayado y resaltado por fuera de texto.*

1.15 ¿LOS FUNCIONARIOS ADSCRITOS A LAS ÁREAS DEL PROCESO AUDITOR, PUEDEN ADELANTAR INVESTIGACIÓN DE BIENES DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES?

Sí, ésta fue otra de las novedades y específicas prerrogativas incorporadas en el “Estatuto Anticorrupción”, que consiste en la posibilidad que la investigación de bienes, la pueda realizar el auditor, a efectos de evitar que los implicados se insolventen antes o durante la investigación.

Esta valiosa herramienta para los órganos de control fiscal, fue incorporada puntualmente en el artículo 103 de la Ley 1474 de 2011⁹³, facultándose a los auditores para que, identifiquen los bienes de los

92 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 12655 de Sección 3ª, 7 de octubre de 1999. M.P. María Elena Giraldo Gómez. Disponible en: <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52593967>. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

93 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. “ARTÍCULO 103. En el auto de apertura e imputación, deberá ordenarse la investigación de bienes de las personas que aparezcan como posibles



Sobre la conceptualización del proceso de responsabilidad fiscal

presuntos responsables con miras, a que el funcionario competente del área de responsabilidad fiscal simultáneamente con el auto de apertura e imputación, profiera providencia mediante la cual se decreten medidas cautelares, previo a la iniciación del proceso ordinario o verbal.

Lo que en la práctica significará, que los auditores investidos de las facultades policía judicial en ejercicio de su labor de investigación solicitarán la declaración juramentada de bienes y rentas que reposen en las hojas de vida de los funcionarios públicos o contratistas que identifiquen como gestores fiscales causantes del presunto daño al patrimonio del Estado

De igual manera, esta norma permite que los auditores en su trabajo de campo o durante el desarrollo de la Auditoría, puedan solicitar información a las entidades bancarias, oficinas de instrumentos públicos, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, secretarías de tránsito y transporte, cámaras de comercio, centrales de riesgos financieras entre otras.

Es oportuno aclarar, que aún, con la entrada en vigencia de ésta normatividad, los auditores no están facultados para decretar las medidas cautelares, dicha competencia sigue única y exclusivamente asignada en los funcionarios competentes para decidir el proceso de responsabilidad fiscal en primera o segunda instancia.

De igual manera resulta importante señalar que los documentos que en virtud de norma expresa se contemple su reserva se deberá respetar y acatar tal circunstancia excepto cuando por orden judicial se permita su acceso o conforme a las facultades Policía Judicial desplegadas por quienes conformen únicamente el “*Grupo de Reacción Inmediata*” al interior de las contralorías.

En lo que tiene que ver con el adelantamiento del proceso verbal en audiencia, los recursos contra las medidas cautelares se estudiarán y se decidirán en la audiencia de descargos, pero su argumentación, más que hacer alusión a los aspectos sustanciales, girará en torno a los límites que la misma norma contempló, por ejemplo, el límite que se estableció para embargar bienes muebles e inmuebles de los investigados.

autores de los hechos que se están investigando y deberán expedirse de inmediato los requerimientos de información a las autoridades correspondientes. Si los bienes fueron identificados en el proceso auditor; en forma simultánea con el auto de apertura e imputación, se proferirá auto mediante el cual se decretarán las medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un detrimento al patrimonio del Estado. Las medidas cautelares se ejecutarán antes de la notificación del auto que las decreta. El auto que decreta medidas cautelares, se notificará en estrados una vez se encuentren debidamente registradas y contra él sólo procederá el recurso de reposición, que deberá ser interpuesto, sustentado y resuelto en forma oral, en la audiencia en la que sea notificada la decisión. Las medidas cautelares estarán limitadas al valor estimado del daño al momento de su decreto. Cuando la medida cautelar recaiga sobre sumas líquidas de dinero, se podrá incrementar hasta en un cincuenta por ciento (50%) de dicho valor y de un ciento por ciento (100%) tratándose de otros bienes, límite que se tendrá en cuenta para cada uno de los presuntos responsables, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante la jurisdicción competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del valor integral del daño estimado y probado por quien decretó la medida”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/le_y/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).



1.16 ¿EN EJERCICIO DEL CONTROL POLÍTICO, LOS CONTRALORES O SERVIDORES PÚBLICOS DE LAS CONTRALORÍAS DEBEN ASISTIR A LAS PLENARIAS QUE CONVOQUEN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LAS ASAMBLEAS Y CONCEJOS?

Sí, deben asistir a las convocatorias que realicen las Corporaciones Públicas, en virtud del artículo 123 de la Ley 1474 de 2011, que señala expresamente que los informes de auditoría definitivos producidos por las contralorías deberán ser remitidos a las corporaciones de elección popular que ejerzan el control político sobre las entidades vigiladas.

Como consecuencia de la verificación del informe de auditoría por parte de las corporaciones públicas, los contralores podrán ser citados para que expongan los resultados de la Auditoría respectiva.

Lo anterior supone por ejemplo, que eventualmente en un municipio donde los recursos los vigile la Contraloría Departamental respectiva, el Concejo Municipal pueda no solamente solicitar el informe definitivo de auditoría, sino también citar al Contralor Departamental, para que exponga los resultados de la Auditoría.

Este nuevo precepto acarrea situaciones positivas, como por ejemplo que los hallazgos administrativos, penales, disciplinarios y fiscales, también se traduzcan en responsabilidad política, con la utilización de la figura de la moción de censura de los secretarios de Despacho, la cual fue introducida en la Constitución Política, mediante acto legislativo No. 01 de 2007⁹⁴.

De igual manera, permitirá la visibilidad ante la opinión pública del órgano de control fiscal, con una adecuada sustentación de los informes definitivos de auditoría ante las Asambleas y Concejos Municipales y Distritales.

Pero de igual manera se plantean situaciones negativas, como por ejemplo que con el afán protagónico de algunos miembros de las corporaciones públicas entorpezcan las investigaciones que adelanten los órganos de control.

Así mismo, puede suceder que dada la forma de elección del Contralor, los informes de auditoría, sean utilizados para proteger a sus copartidarios políticos o por el contrario perseguir a sus contradictores.

En todo caso lo importante, es que se elevó a rango legal el suministro y sustentación de los Informes de Auditoría por parte de las contralorías, en aras de articular el ejercicio de control fiscal con el de control político.

94 ACTO LEGISLATIVO No. 001 del 27 de junio de 2007. Por medio del cual se modifican los numerales 8 y 9 del artículo 135, se modifican los artículos 299 y 312, y se adicionan dos numerales a los artículos 300 y 313 de la Constitución Política de Colombia. Diario Oficial No. 46.672 del 27 de junio de 2007. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_01_2007.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).

INTERROGANTES SOBRE EL TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN VIGENCIA DE LA LEY 1474 DE 2011

Capítulo 2

Los antecedentes del procedimiento escrito u ordinario en vigencia de las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, no son muy alentadores, puesto que la situación desde el punto de vista procesal no es la mejor, aunado a que no arrojaron los resultados esperados por la ciudadanía en detrimento de la credibilidad del sistema de control fiscal y en contra inclusive del resarcimiento efectivo de los daños causados al erario.

Prueba de lo anterior se observa en el informe de la Auditoría General de la República para la vigencia 2010, con base en la información de la rendición de cuenta, el cual señala que los procesos en sustanciación de 0 a 3 años ascendía a la suma de \$ 2.787.569.028.909., de 3 a 4 años sumaban \$ 477.684.871.082., de 4 a 5 años \$ 139.842.311.472., y de más de 5 años \$ 30.712.698.087., para un gran total de 3.435.808.909.550⁹⁵.

95 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Informe Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal 2010. Rendición de Cuenta F-17, SIREL de los órganos de control fiscal. Tabla Procesos de Responsabilidad Fiscal en trámite a 31 de diciembre de 2010. Bogotá. Páginas 6 y 7. (Documento que reposa en la Biblioteca de la AGR).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

De igual manera, en materia de prescripciones y caducidades, para el año 2010, la Auditoría General de la República identificó una serie de deficiencias que contribuyeron a la ineficacia del control fiscal territorial. Entre ellas se encontraba que gran parte de los procesos que se adelantaron no culminaron con decisiones de responsabilidad fiscal.

Igualmente, era alarmante el número de prescripciones que en el año 2009 ascendió a 712 procesos por cuantía de \$221.592 millones. El total de expedientes prescritos durante los años 2005 a 2009 fue de 3.732 por cuantía de \$2,9 billones. Por su parte, las caducidades ascendían a 157 en el año 2009, por cuantía de \$16.112 millones. Durante los años 2005 a 2009 operó la caducidad en 624 procesos por cuantía de \$522.394 millones aproximadamente⁹⁶

Esto, lo que sin lugar a dudas demostró es que el sistema de control fiscal en materia de juzgamiento de los procesos fiscales era claramente ineficiente y paquidémico en su objeto principal que no es otro distinto que el de la determinación de la responsabilidad y el consecuente resarcimiento al patrimonio del Estado.

Si a lo anterior, le adicionamos el hecho, que uno de los procesos más garantistas y para otros dilatorio desde el punto de vista procedimental, es precisamente el ordinario de responsabilidad fiscal, como claramente se puede evidenciar en sus múltiples etapas de contradicción previstas por la Ley 42 de 1993 y 610 de 2000, dentro de las cuales encontramos: el informe preliminar de auditoría, las mesas de contradicción, la indagación preliminar⁹⁷, el auto de apertura⁹⁸, el auto de imputación⁹⁹, los recursos

96 REVISTA AUDITEMAS No 23. AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA “Reformar el Control Fiscal Territorial: Necesidad Inaplazable para optimizar las finanzas públicas”. Bogotá. 12 de mayo de 2010. Páginas 3 y 4. Disponible en http://auditoria.gov.co/dmdocuments/2010210_Guia_Beneficios_del_Control_Fiscal.pdf. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

97 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 39. “Indagación preliminar. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

98 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 40 PARAGRAFO. “Si con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control fiscal cuyos resultados arrojaran dictamen satisfactorio, aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal analizada, se desatenderá el dictamen emitido y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

99 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 48. “Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).



Sobre el trámite del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 1474 de 2011

de la vía gubernativa¹⁰⁰ contra el fallo con responsabilidad fiscal, medidas cautelares, pruebas y nulidades¹⁰¹.

Aunado a lo anterior existe la posibilidad de una eventual demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal, inexorablemente hace que el trámite del proceso fiscal ordinario sea excesivamente tortuoso y sin resultados inmediatos que en definitiva es lo que la ciudadanía espera de las entidades de control fiscal.

Otro de los factores que influyó sustancialmente en la situación caótica del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal y que aún hoy no ha sido resuelto por los organismos de control, es la racionalización objetiva y probatoria de los traslados de hallazgos con carácter fiscal al área de responsabilidad fiscal de los órganos de las contralorías; puesto que muchas investigaciones no arrojan los resultados esperados por la carencia de contundencia probatoria, por deficiencias en la conceptualización de los elementos de responsabilidad fiscal contemplados en el artículo 5¹⁰² de la Ley 610 de 2000 y sobre el concepto de gestor fiscal preceptuado por el artículo 3¹⁰³ de la misma Ley, así como también por el escaso tiempo con que cuentan los auditores para realizar las auditorías denominadas como “*integrales*” o “*regulares*”.

De igual manera, la falta de armonía y coherencia en el manejo de los conceptos sustanciales y procesales en materia del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal contribuyeron a la falta de credibilidad

100 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 55.” *Notificación del fallo. La providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra ella proceden los recursos allí señalados, interpuestos y debidamente sustentados por quienes tengan interés jurídico, ante los funcionarios competentes*”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

101 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 36.” *Causales de nulidad. Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso*”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

102 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 5o.” *Elementos de Responsabilidad Fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culpable atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.- Un daño patrimonial al Estado.-Un nexo causal entre los dos elementos anteriores*”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

103 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 3o.” *GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales*”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).



del control fiscal, pues la diversidad de criterios al interior de las contralorías es lo que ha facultado a los sujetos investigados para que por vía de la Pretensión de Nulidad y Restablecimiento del Derecho demanden con éxito en algunos casos los fallos con responsabilidad fiscal, bien sea, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o por tutela en otros, pero con la recurrente consecuencia que dichos actos administrativos sean nulitados por los órganos judiciales en su revisión.

El “*Estatuto Anticorrupción*”, adoptado por la Ley 1474 de 2011, contempló no solamente la inclusión del procedimiento verbal, sino también incorporó cambios importantes en la sustanciación de los procesos adelantados por la vía ordinaria o escrita, por ello se introdujo la Sub Sección II, denominada “*Modificaciones a la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal*”, cuyo contenido se encuentra entre el artículo 106 y 109 de la mencionada Ley.

Con la inclusión de esta Sub Sección II, el legislador pretende agilizar la sustanciación de los procesos ordinarios de responsabilidad fiscal, para lo cual se variaron aspectos procesales como las notificaciones las cuales en su mayoría se realizarán por estado, así mismo se estableció la preclusividad de los plazos en el trámite de los procesos, la perentoriedad para el decreto de pruebas en la etapa de imputación y disminución de los plazos para resolver las nulidades.

De igual manera, introdujo la Sub Sección III, “*Disposiciones comunes al procedimiento ordinario y al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal*”, del cual hacen parte los artículos 110 al 120 de la Ley 1474 de 2011.

Así mismo, en esta Sub Sección se adicionó el tema de la única y doble instancia dentro del procedimiento ordinario, se disminuyeron los criterios para aplicar la figura de la cesación de la acción fiscal, se establecieron las causales de impedimento y recusación, se introdujo el medio probatorio denominado “*Informe Técnico*”, se incorporaron las presunciones de dolo y culpa grave, se contextualizó la figura jurídica de solidaridad, se posibilitó la creación de los grupos de reacción inmediata, se establecieron facultades de investigación de los organismos de control fiscal y se redefinieron los términos de prescripción de las pólizas de seguros en materia de responsabilidad fiscal.

La puesta en marcha de estos nuevos preceptos legales ha generado un sin número de interrogantes los cuales procederé abordar desde mi experiencia y dentro de un marco académico que en nada compromete la posición institucional de la Auditoría General de la República.

2.1 SI PARA LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES, LAS REFORMAS AL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL INTRODUCIDAS POR LA LEY 1474 DE 2011, ARTS. 106 A 120, ERAN APLICABLES DESDE EL 12 DE JULIO DE 2011, COMO POR EJEMPLO LAS NOTIFICACIONES PERSONALES Y EN SU DEFECTO POR AVISO EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 1437 DE 2011 ¿GENERA NULIDAD Y DEBE DECRETARSE EN AQUELLOS PROCESOS EN LOS QUE SE APLICÓ LA NOTIFICACIÓN POR EDICTO REGLADA EN EL ANTIGUO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE APERTURA DEL PROCESO, DEL AUTO DE IMPUTACIÓN Y DEL FALLO?

No se configura nulidad, si el acto administrativo a notificar se realizó de manera personal, teniendo en cuenta que la notificación es un medio o ritual para dar publicidad a las decisiones de la administración pública independientemente que se haya surtido por cualquiera de los artículos en controversia, toda vez, que se garantiza el debido proceso y el derecho de defensa al momento de notificarse personalmente.



Sobre el trámite del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 1474 de 2011

Las dificultades se pueden presentar en el evento que se haya acudido al nombramiento de apoderado de oficio, pues algunos profesionales del derecho podrían alegar violación del debido proceso por indebida notificación, las diferencias radicarían en que se cumpliera por edicto (antiguo código) o por aviso (nuevo código).

Evidentemente los términos de notificación de la Ley 1437 de 2011¹⁰⁴, se reducen sustancialmente, puesto que la notificación por aviso es menos garantista que la del Edicto contemplada en el anterior Código Contencioso Administrativo.

No obstante lo anterior, consideramos que es jurídicamente defendible y soportable ante autoridades competentes argumentar la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, desde julio de 2011, para las notificaciones personales que se realicen dentro del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal.

Lo anterior en virtud del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012¹⁰⁵, que señala:

“...Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad...”.

Por principio general de Derecho, las normas procesales son de orden público y al ser catalogadas de esta manera tienen aplicación inmediata, aunado a lo anterior cuando se trata de circunstancias jurídicas en curso y meramente procesales que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva Ley, ésta entra a regular la situación en el estado en que se encuentre, como ocurre claramente para el evento de las notificaciones.

Finalmente si revisamos cuidadosamente el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011¹⁰⁶, referente a las notificaciones dentro del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, encontramos

104 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

105 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.489 del 12 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425> (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

106 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. **ARTÍCULO 106. NOTIFICACIONES.** *En los procesos de responsabilidad fiscal que se tramiten en su integridad por lo dispuesto en la Ley 610 de 2000 únicamente deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el auto de imputación de responsabilidad fiscal y el fallo de primera o única instancia; para estas providencias se aplicará el sistema de notificación personal y por aviso previsto para las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011. Las demás decisiones que se profieran dentro del proceso serán notificadas por estado.”.* Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011_pr002.html#107. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).



que la misma norma remite de manera inmediata al sistema de notificación personal y por aviso previsto para las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011 o Nuevo Código Contencioso Administrativo.

2.2 ¿EL ART. 45 DE LA LEY 610 DE 2000¹⁰⁷, ESTABLECE EL TÉRMINO DE TRES (3) MESES PRORROGABLES HASTA POR DOS MESES MÁS PARA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS, COMUNICACIONES, NOTIFICACIONES, VINCULACIÓN DE GARANTES, VERSIONES LIBRES Y PRUEBAS, SIGUE VIGENTE O FUE DEROGADO O MODIFICADO POR LA LEY 1474 DEL 12 DE JULIO DE 2011?

Este artículo efectivamente quedó derogado con ocasión de la entrada en vigor del artículo 107 de la Ley 1474 de 2011¹⁰⁸.

En vigencia del artículo 45 de la Ley 610 de 2000, el término probatorio de tres (3) meses nunca fue cumplido por los órganos de control fiscal, ello obedeció a una circunstancia plausible, puesto que en la práctica, dicho tiempo resultaba demasiado breve o corto, dado lo complejo del proceso de responsabilidad fiscal, razón por la cual las contralorías acudían a interpretaciones y situaciones procesales como por ejemplo la expedición del denominado “*Auto de mejor proveer*”, con el propósito de adicionar el período probatorio.

La anterior postura sumada a otras más, como por ejemplo que dicho término se contaba desde la última notificación del Auto de Apertura al nuevo vinculado, en ciertas oportunidades se traducían en excesivo garantismo y de contera en la dilación del proceso de responsabilidad fiscal y en ocasiones a la prescripción del mismo.

Acierta el legislador en establecer un único término de dos (2) años para adelantar la investigación en esta etapa, pues evidentemente resulta ser un término prudencial y justo para adelantar una investigación en condiciones de igualdad para permitir el derecho de defensa y de contradicción para los presuntos responsables vinculados. Lo importante es que los órganos de control fiscal tengan claro que deben acatar el nuevo período probatorio por la preclusividad que introdujo el Estatuto Anticorrupción y las consecuencias allí incorporadas.

107 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 45. TERMINO. El término para adelantar estas diligencias será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/b_asedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

108 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 107. *PRECLUSIVIDAD DE LOS PLAZOS EN EL TRÁMITE DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL*. Los plazos previstos legalmente para la práctica de las pruebas en la indagación preliminar y en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos. La práctica de pruebas en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal no podrá exceder de dos años contados a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta. En el proceso verbal dicho término no podrá exceder de un año.



La Auditoría General de la República estará atenta y acuciosa en el cumplimiento de este plazo para la etapa de investigación, pero lo más importante en la sustanciación del proceso, se reitera, es que el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, marca perentoriamente que las pruebas practicadas por fuera de dicho tiempo carecerán de validez jurídica.

2.3 ¿DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 107 DE LA LEY 1474 DE 2011, ¿A PARTIR DE QUÉ PROVIDENCIA O AUTO SE CUENTA EL TÉRMINO MÁXIMO DE DOS (2) AÑOS PARA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

Teniendo en cuenta la voluntad del Legislador, consistente en agilizar la sustanciación de los procesos, para evitar la prescripción de los mismos y de la misma redacción del artículo 107 de la Ley 1474 de 2011¹⁰⁹, se entiende que el término probatorio empieza a correr a partir de la notificación del primer Auto que ordena el decreto y práctica de pruebas.

Es decir, que si las pruebas se decretan en el auto de apertura de responsabilidad fiscal, el término se contará desde el momento de la notificación personal de dicho Auto.

Pero si, por el contrario, en el citado Auto no se decretan pruebas, el término empezará a contarse desde el día siguiente a la notificación por estado de la primera providencia que ordena la práctica de pruebas.

Resulta oportuno aclarar, que el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, es diáfano en establecer que dicho término se refiere a la etapa de investigación y no a la de imputación.

Sobre este tema resulta pertinente llamar la atención acerca de lo enunciado por la norma cuando afirma que: *“en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos”*.

Es evidente que los órganos de control fiscal deben agilizar la sustanciación de los procesos, so pena, que las pruebas practicadas por fuera de los dos (2) años sean inexistentes y no permitan esclarecer los hechos materia de investigación.

109 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. *“ARTÍCULO 107 PRECLUSIVIDAD DE LOS PLAZOS EN EL TRÁMITE DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. Los plazos previstos legalmente para la práctica de las pruebas en la indagación preliminar y en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos. La práctica de pruebas en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal no podrá exceder de dos años contados a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta. En el proceso verbal dicho término no podrá exceder de un año”*. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_/2011/ley_1474_2011_pr002.html#107. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).



2.4 CON OCASIÓN DE LA EXPEDICIÓN DEL ARTÍCULO 107 DE LA LEY 1474 DE 2011, QUE ESTABLECE LA PRECLUSIVIDAD DE LOS TÉRMINOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL, ¿SE DEBE ENTENDER QUE EL ÚNICO PLAZO PARA ADELANTAR LA INDAGACIÓN PRELIMINAR SERÁ DE SEIS (6) MESES?

Sobre este punto, en primer término vale la pena llamar la atención que efectivamente el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, señala la preclusividad para la práctica de pruebas en la indagación preliminar, es decir los seis (6) meses de que trata el Artículo 39 de la Ley 610 de 2000¹¹⁰.

Cualquier prueba practicada por fuera del período enunciado será inexistente y no podrá utilizarse como elemento probatorio dentro del proceso, al tenor de lo contemplado en el nuevo ordenamiento de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, otra es la discusión acerca que vencido el término, la decisión que se adopte deba ser la de proferir auto de archivo o apertura del proceso de responsabilidad fiscal, puesto que las contralorías tienen plena competencia para adoptar cualquiera de las dos decisiones de acuerdo con las pruebas recaudadas dentro del término probatorio enunciado.

Sobre este último punto la Honorable Corte Constitucional se pronunció respecto de la indagación preliminar en materia disciplinaria, señalando que el desconocimiento del término en la investigación preliminar, no conduce a la violación de derechos fundamentales así:

*“...De lo expuesto se infiere que el incumplimiento del término de indagación previa **no conduce a que el órgano disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de ésta toda actuación cumplida carezca de validez.** Esto es así en cuanto, frente a cada caso, debe determinarse el motivo por el cual ese término legal se desconoció, si tras el vencimiento de ese término hubo lugar o no actuación investigativa y si ésta resulto relevante en el curso del proceso.*

Es decir, del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional.

De allí que la afirmación que se hace en el sentido que se violaron derechos fundamentales por la inobservancia de un término procesal no deba ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica, sino fruto de un esfuerzo en el que se valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como la índole de los hechos investigados, las personas involucradas,

110 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 18 de agosto de 2010. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2013. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. ARTÍCULO 39. INDAGACION PRELIMINAR. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html#39. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).



la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación..."¹¹¹. Subrayado y resaltado fuera de texto.

Por su parte el Consejo de Estado, respecto del mismo asunto rotulo:

*"...Siguiendo la línea argumentativa expuesta con anterioridad; sobre el término de la investigación disciplinaria (6 meses) esta Corporación ha sostenido **que el solo vencimiento del plazo no implica la pérdida de competencia de la Procuraduría para actuar y tampoco se encuentra prevista como causal de nulidad del proceso disciplinario**. Así, en un caso similar a éste, la Sala concluyó que si bien el término de la investigación disciplinaria excedió al previsto en la Ley, ello no constituye una violación al debido proceso por dilación injustificada en el trámite de la investigación..."*¹¹². Subrayado y resaltado fuera de texto.

En conclusión en materia de responsabilidad fiscal de acuerdo con la preclusividad que estableció el Estatuto Anticorrupción lo jurídico y pertinente procesalmente es que las pruebas deben decretarse y practicarse dentro del término de seis (6) meses, contados a partir de la expedición del auto de apertura de la indagación preliminar, vencido este se procederá a proferir auto de archivo o auto de apertura de responsabilidad fiscal.

2.5 SI UN SUJETO PROCESAL SE ENTERA DE LA EXISTENCIA DE UNA INDAGACIÓN PRELIMINAR EN SU CONTRA Y SOLICITA QUE SE LE RECIBA VERSIÓN LIBRE. ¿PUEDE EL FUNCIONARIO RECIBIRLE LA VERSIÓN O DEBERÁ ABSTENERSE DE RECIBIRLA?

Si, se le debe recibir versión libre; toda vez que de la lectura del artículo 42 de la Ley 610 de 2000, quien tenga conocimiento de la existencia de una indagación preliminar o de un proceso de responsabilidad fiscal, puede solicitar, antes de que se profiera auto de imputación de responsabilidad, que se le reciba exposición libre y espontánea para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

No obstante, el auto de imputación de responsabilidad fiscal no podrá dictarse, si el presunto responsable no ha sido escuchado o si no está representado por un apoderado de oficio, en el caso que no comparezca a la diligencia o no pudo ser localizado, elemento que los distingue claramente del Proceso Disciplinario en el cual no es perentorio receptionar versión libre.

La diligencia de exposición libre y espontánea puede solicitarse durante la indagación preliminar, que es una etapa preprocesal encaminada a establecer si hay lugar o no al proceso de responsabilidad fiscal.

Nos parece viable y necesario que se le reciba versión libre en la indagación preliminar, se reitera que, la norma es clara en establecer dicha oportunidad de defensa.

111 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU – 901 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/05-SU-901.htm>. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

112 CONSEJO DE ESTADO. Referencia No. 25000-23-25-000-2007-00753-01 (0532-08). M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

La pregunta sería ¿Cómo y de qué manera se le debería recepcionar la versión, si la persona aún no se encuentra vinculada?

En el caso, que sea el mismo solicitante quién mediante memorial o comunicación requiera la versión libre, se le citará haciéndole la advertencia que se encuentra libre de apremio de juramento y que no obstante permitirle dicho mecanismo de defensa, eventualmente en caso que el material probatorio y los hechos generadores del daño lo determinen, podrá ser vinculado al proceso.

Lo anterior tiene asidero no solamente en el artículo 42 de la Ley 610 de 2000, ya enunciado, sino también en la razón de la fuente de iniciación del proceso que indica que éste se inicia de oficio, por denuncia o queja y que él comprende la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal.

A manera de conclusión, la diligencia de exposición libre y espontánea puede solicitarse y debe recibirse por parte de las contralorías, durante la indagación preliminar, puesto que es una etapa preprocesal encaminada a establecer si hay lugar al ejercicio de la acción fiscal y evidentemente en dicha etapa debe igualmente garantizarse el ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

La anterior postura ha sido avalada por la Honorable Corte Constitucional cuando se pronunció sobre la exequibilidad del Artículo 42 de la Ley 610 de 2000, refiriéndose a la etapa procesal en la cual se puede recibir versión libre, señalando lo siguiente:

*“...Ello es así por cuanto, al examen de la regulación legal del proceso de responsabilidad fiscal, se advierte que, aparte del carácter obligatorio de la defensa técnica tras el auto de imputación, **se han configurado múltiples espacios para que, bien en la etapa de indagación preliminar o bien en el proceso, el investigado pueda ser escuchado, vinculado a la práctica probatoria y ha oído sobre la evaluación de las pruebas allegadas...**”¹¹³.*

Así mismo, en fallo de tutela la misma Corte Constitucional había reconocido que si el investigado solicita la versión libre durante la indagación preliminar, resulta obligatorio para las contralorías recibirlas:

*“...Es claro que en la etapa preliminar que antecede a la apertura de la investigación fiscal, la entidad puede si así lo considera indispensable citar a los presuntos responsables a rendir declaración en versión libre o, **se puede por estos solicitar que se les reciba tal versión en diligencia para lo cual se señale día, fecha y hora, a semejanza de lo que ocurre en el procedimiento penal. Recuérdese al respecto que la versión libre que antecede a la apertura de la investigación penal, sólo resulta imperativamente obligatoria cuando el inculpado así lo solicita**; en tanto que, si él no la pide y el investigador no la considera necesaria no es obligatoria su recepción...”¹¹⁴.*

113 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 del 26 de febrero de 2002. M.P. Jaime Cordoba Triviño. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2002/c-131_2002.html#1. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).

114 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1450 del 26 de octubre de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1450-00.htm>. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).

2.6 A LA DILIGENCIA DE VERSIÓN LIBRE DE UN PRESUNTO RESPONSABLE FISCAL, ¿PUEDEN ASISTIR LOS DEMÁS RESPONSABLES FISCALES VINCULADOS Y/O SUS APODERADOS? EN CASO AFIRMATIVO, ¿ESTOS PUEDEN FORMULAR PREGUNTAS A QUIEN RINDE LA VERSIÓN? (ART. 42, LEY 610/00).

Sí, pueden asistir, puesto que no existe norma que lo impida, además que están legitimados para actuar dentro de cualquier etapa del proceso.

Lo que sucede, es que en la práctica y por costumbre en el adelantamiento de los procedimientos ordinarios de responsabilidad fiscal, jamás se hacían presentes los demás vinculados cuando se estaba recepcionando la versión libre de cualquiera de ellos.

Efectivamente los investigados y sus apoderados pueden formular preguntas a cualquiera de los vinculados, siempre y cuando se cuente con la anuencia o autorización del versionado, y una vez culmine su versión espontánea teniendo en cuenta que la versión libre es un mecanismo de defensa del presunto responsable fiscal.

Es decir, que terminada su injurada, será facultativo para el implicado contestar o no las preguntas.

Lo importante es que el funcionario competente del órgano de control fiscal haga la precisión antes de formular las preguntas, que se trata de una exposición libre y espontánea y que el versionado estará en su derecho de no responderlas.

Esta herramienta seguramente será utilizada durante el desarrollo del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, con el fin que, de cara a los presentes en la audiencia pública, se presenten y confronten las posiciones y contradicciones de los hechos materia de investigación. Ello probablemente coadyuvará en el esclarecimiento de los hechos generadores del daño.

2.7 ¿CÓMO Y PARTIR DE QUÉ MOMENTO SE CONTABILIZAN LOS TÉRMINOS EN LA ETAPA DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO CON OCASIÓN DE LA EXPEDICIÓN DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN?

Sobre esta pregunta es oportuno establecer que el artículo 108 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con los artículos 50 y 51 de la Ley 610 de 2000, determina el trámite y perentoriedad para el decreto y práctica de pruebas en la etapa de descargos o de imputación así:

- Notificado personalmente el Auto de imputación de responsabilidad fiscal, los implicados tienen diez (10) días para presentar sus descargos y solicitar pruebas para desvirtuar la imputación.
- Vencido los diez (10) días el funcionario competente de la contraloría deberá dentro del mes siguiente decretar las pruebas solicitadas por las partes y las que considere de oficio.
- Una vez surtido dicho mes, se aplica lo establecido por el Artículo 50 de la Ley 610 de 2000, en el sentido que las pruebas se practicarán dentro de un término perentorio de treinta (30) días, una vez sean decretadas.
- Aunado a lo anterior, el Estatuto Anticorrupción establece una vigilancia exclusiva a dichos términos por parte de la Auditoría General de la República, inclusive obliga la constatación de estos términos en sus programas de auditoría y derivar las consecuencias por su desatención por ejemplo el traslado



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

de hallazgo disciplinario o la posibilidad de iniciar un proceso administrativo sancionatorio, por el incumplimiento de estos términos procesales.

- El objeto de la norma es loable, toda vez que busca la celeridad en la sustanciación de los procesos con el fin de evitar la dilación y las prescripciones.

2.8 ¿CUÁL ES EL TÉRMINO PARA RESOLVER LA NULIDAD DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, QUE RECURSOS PROCEDEN Y EN QUÉ EFECTO SE CONCEDEN LOS RECURSOS CONTRA LA NEGATIVA A DECRETARLA?

El término para resolver la nulidad dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal es de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de la fecha de su presentación, al tenor de lo expuesto en el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011¹¹⁵.

Anteriormente la Ley 610 de 2000, no contemplaba término, razón por la cual se acudía al Código Contencioso Administrativo, es decir que la nulidad se resolvía dentro de los dos (2) meses siguientes, y en algunas contralorías se decidía en un término mayor, situación que conllevaba a las excesivas dilaciones y en ocasiones a la prescripción de los procesos.

En cuanto a los recursos que proceden, vale la pena señalar que en nuestro concepto el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, derogó el segundo inciso del artículo 38 de la Ley 610 de 2000, que señalaba que contra la negativa a decretar la nulidad procedían los recursos de reposición y apelación.

Sin embargo la modificación al procedimiento ordinario establecida en el artículo enunciado determina que únicamente procede el recurso de apelación ante el superior jerárquico.

Finalmente, en cuanto el efecto en que se concede el recurso de apelación la posición desde el punto de vista procesal y legal es que dicho recurso se concede en el efecto devolutivo por las siguientes razones:

- Las normas especiales, es decir la Ley 42 de 1993, Ley 610 de 2000 y 1474 de 2011, no establecen el efecto en que se conceden los recursos.
- Por lo anterior acudimos a la primera fuente remisoría, es decir, el Código Contencioso Administrativo hoy Ley 1437 de 2011, por mandato y remisión expresa del artículo 66 de la Ley 610 de 2000¹¹⁶.

115 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública” ARTÍCULO 109. *OPORTUNIDAD Y REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE NULIDAD*. La solicitud de nulidad podrá formularse hasta antes de proferirse la decisión final, la cual se resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su presentación. Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).

116 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 66. REMISION A OTRAS FUENTES NORMATIVAS. En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).

Sobre el trámite del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 1474 de 2011

- El artículo 243 del Nuevo Código Contencioso Administrativo, señala que será apelable el auto que decreta las nulidades procesales y a renglón seguido determina que el recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo y justamente el numeral 6º se refiere a la nulidad, razón por la cual se considera que en el proceso fiscal, se deberá conceder en el efecto devolutivo, es decir, que no suspende el trámite del proceso, como tampoco la decisión que se encuentre en apelación.
- Ahora bien, si acudiéramos al Código de Procedimiento Civil, fuente remisoría de igual manera del proceso de responsabilidad fiscal, en su artículo 354, refiere a los efectos en que se concede la apelación expresando que: “...La apelación de los autos se otorgará en el efecto devolutivo, a menos que exista disposición en contrario...”. Es decir bajo la interpretación de este artículo, al no existir norma expresa que señale el efecto en que se concede el recurso se entenderá que será en el efecto devolutivo.

No obstante la anterior posición legal y estrictamente procesal, es bueno llamar la atención que el efecto devolutivo respecto de la apelación contra la nulidad, muy seguramente acarreará problemas en la sustanciación de los procesos, cuando las solicitudes de nulidades que se presenten sean múltiples, pues deberán ser resueltas dentro de los cinco (5) días contemplados en el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, término que resulta irrisorio en el caso que los vinculados presenten sendas nulidades simultáneamente.

De igual manera, se plantea otro inconveniente en caso que se conceda en el efecto devolutivo, puesto que el proceso se sigue adelantando sin necesidad del pronunciamiento de la segunda instancia, es decir, que el proceso continuará su trámite normal; luego puede ocurrir que el superior se pronuncie decretando la nulidad del proceso en forma posterior en detrimento del trabajo probatorio y procesal adelantado por el a-quo.

2.9 PARA EFECTOS DE DETERMINAR LAS INSTANCIAS PROCESALES. ¿QUÉ CUANTÍA DE LA CONTRATACIÓN SE TIENE EN CUENTA AL MOMENTO DE PROFERIR AUTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

El artículo 110 de la Ley 1474 de 2011¹¹⁷, es claro en establecer que el momento procesal para determinar, si el proceso es de única o de doble instancia es justamente en el Auto de Imputación para el procedimiento ordinario y en el Auto de Apertura e Imputación para el procedimiento verbal.

Ahora bien, vale la pena ahondar en la pregunta señalando que con anterioridad a la expedición de la Ley 1474 de 2011¹¹⁸, todo el proceso de responsabilidad fiscal, en sus diferentes etapas era de doble

117 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1474 DEL 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 110. *INSTANCIAS*. El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.htm. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).

118 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

instancia, el legislador en aras de otorgarle celeridad determinó que a partir de la entrada en vigencia de la norma se adelanten procesos de única y de doble instancia, tanto en el trámite escrito como en el verbal, sin prever específicamente un régimen de transición para el procedimiento ordinario.

Lo que estableció el legislador en el artículo 97 de la Ley 1474 de 2011¹¹⁹, fue la posibilidad de cambiar un proceso de responsabilidad fiscal del procedimiento escrito al procedimiento verbal, dentro de la Sub Sección I, denominada “*Procedimiento Verbal de Responsabilidad Fiscal*”.

De igual manera, vale la pena señalar que el legislador, condicionó las instancias tanto en el procedimiento ordinario como en el verbal a la cuantía de la contratación para cada entidad que se audite, es decir, que previamente será necesario solicitar la certificación de la cuantía de la contratación de la entidad a la cual pertenecen los servidores públicos investigados.

Un tema que genera sendas inquietudes por la redacción del Artículo 110 de la Ley 1474 de 2011¹²⁰, es justamente el referente a la cuantía que se debe tener en cuenta para determinar las instancias del proceso.

¿Si es la del momento de ocurrencia de los hechos o por el contrario la del momento en que se imputa responsabilidad fiscal?

Ello resulta relevante, toda vez que los hechos materia de investigación pudieron haberse presentado, uno, dos, tres y hasta cuatro años antes de iniciar el proceso; por la concepción constitucional del control fiscal, el cual obedece a unas características de posterior y selectivo.

La solución viable en términos jurídicos y procesales, en aras de respetar el debido proceso y el derecho de defensa, e inclusive de la misma redacción de la norma, como se dijo al principio, será la de aplicar la cuantía vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos investigados.

119 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. “*PARÁGRAFO 3o. En las indagaciones preliminares que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de la presente ley, los órganos de control fiscal competentes podrán adecuar su trámite al procedimiento verbal en el momento de calificar su mérito, profiriendo auto de apertura e imputación si se dan los presupuestos señalados en este artículo. En los procesos de responsabilidad fiscal en los cuales no se haya proferido auto de imputación a la entrada en vigencia de la presente ley, los órganos de control fiscal competentes, de acuerdo con su capacidad operativa, podrán adecuar su trámite al procedimiento verbal en el momento de la formulación del auto de imputación, evento en el cual así se indicará en este acto administrativo, se citará para audiencia de descargos y se tomarán las provisiones procesales necesarias para continuar por el trámite verbal. En los demás casos, tanto las indagaciones preliminares como los procesos de responsabilidad fiscal se continuarán adelantando hasta su terminación de conformidad con la Ley 610 de 2000*”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).

120 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 110. *INSTANCIAS. El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada*. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).



Sobre el trámite del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 1474 de 2011

Es decir, que el presunto daño al patrimonio del Estado se debe cotejar, comparar o verificar con la cuantía de la contratación de la entidad auditada para el momento en que presuntamente se causó o generó el daño patrimonial al Estado.

Adicionalmente, el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011¹²¹, es claro en establecer que cuando la cuantía “...sea igual o inferior a la menor cuantía para la contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada...”, nótese que la norma se refiere a la cuantía de la entidad afectada con los hechos, en ese sentido es que se interpreta que es al momento de la consumación de los hechos materia de investigación.

2.10 ¿LOS PROCESOS QUE SE VENÍAN TRAMITANDO CON ANTERIORIDAD AL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN, SE LES APLICA LO ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 110 DE LA LEY 1474 DE 2011, EN EL SENTIDO DE ESTABLECER LA ÚNICA O DOBLE INSTANCIA AL MOMENTO DE LA IMPUTACIÓN?

El tema en concreto se resuelve respondiendo el siguiente interrogante.

¿Si la doble instancia resulta ser un asunto sustancial o procesal?

La interpretación del autor de este documento es que la doble instancia es un tema de índole procesal, razón por la cual el vacío jurídico dejado por el legislador al no establecer régimen de transición para los procesos adelantados por la vía ordinaria puede superarse acudiendo al artículo 40 de la Ley 153 de 1887¹²², conforme al cual debe entenderse que en los procesos abiertos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, se regirán por lo establecido en el artículo 110 del citado Estatuto Anticorrupción en tanto no se haya proferido auto de imputación.

Las normas procesales son de orden público y al ser de este modo tendrán aplicación inmediata, a no ser,

121 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 110. INSTANCIAS. *El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada.* Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/b_asedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).

122 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1564 del 12 de julio de 2012. Diario Oficial 48489 del 12 de julio de 2012. ARTÍCULO 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así: “Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones. Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.j_sp?i=48425. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

que el mismo legislador establezca un régimen de transición que para el caso de los procesos ordinarios de responsabilidad fiscal no contempló.

Sobre este tópico la Honorable Corte Constitucional señaló:

*“...La aplicación o efecto inmediato de la Ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva Ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, **no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.** **Dado que el proceso en una situación jurídica en curso, las leyes sobre la ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata.**...”¹²³. Subrayado y resaltado por fuera de texto.*

Es oportuno aclarar que, en este evento, y bajo la interpretación que las instancias procesales resulta ser un tema de índole procesal y en vista que el legislador no previó régimen de transición para el procedimiento ordinario, no se vulnera el derecho de defensa por el número de instancias que el legislador reconozca, lo cual *per se* no constituye una garantía esencial de defensa sino de una mejor decisión, como claramente lo ha expresado el máximo Tribunal Constitucional colombiano.

El pluricitado derecho de defensa se puede vulnerar tanto en un proceso de única como de doble instancia, situación que demarca su independencia de la posibilidad de apelar.

Lo anterior ha sido avalado por la Honorable Corte Constitucional en los siguientes términos:

“La consagración de la doble instancia tiene un vínculo estrecho con el debido proceso y el derecho de defensa, ya que busca la protección de los derechos de quienes acuden al aparato estatal en busca de justicia.

***Sin embargo, la posibilidad de apelar una sentencia adversa no hace parte del contenido esencial del debido proceso ni del derecho de defensa en todos los campos, pues la propia Constitución, en su artículo 31, establece que el Legislador podrá consagrar excepciones al principio general, según el cual toda sentencia es apelable o consultable.** El principio de la doble instancia no reviste un carácter absoluto, pues no hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, ya que la procedencia de la apelación puede ser determinada por el legislador de acuerdo con la naturaleza del proceso y la providencia, y la calidad o el monto del agravio referido a la respectiva parte”¹²⁴. Subrayado y resaltado fuera de texto.*

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional refiriéndose a la supresión del principio de la doble instancia en el proceso ejecutivo en otra providencia posterior señaló:

“La Corte estima que tal violación no acontece, teniendo en cuenta que el Constituyente autorizó al legislador para establecer excepciones a dicho principio. En consecuencia, el cumplimiento de ese

123 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-610 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-619-01.htm>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

124 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-040 del 30 de enero de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en <http://www.leyex.info/juris/C-040-02.htm>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

*mandato no comporta violación alguna de la Constitución. **Sólo cuando se elimine la segunda instancia contra las providencias condenatorias, los fallos de tutela o de manera irrazonable se suprime la apelación de providencias judiciales es dable afirmar que se vulnera el principio de la doble instancia.***

*En el presente caso tal circunstancia no tiene lugar, en primer lugar, porque no se trata de una sentencia condenatoria ni de tutela y, en segundo lugar, porque de acuerdo con lo expuesto en los puntos anteriores, no se avizora ninguna actuación desproporcionada e irrazonable del Legislador, que permita inferir el quebrantamiento de normas, principios o valores constitucionales”¹²⁵.
Subrayado y resaltado fuera de texto.*

No obstante lo anterior, este planteamiento no es absoluto, pues cada caso en concreto, debe analizarse al amparo de los artículos 13, 29 y 31 de la Constitución Política y de las reglas propias de cada Proceso, pues inclusive la Honorable Corte Constitucional¹²⁶, en otros pronunciamientos ha defendido la prevalencia del principio de la doble instancia, cuando dentro de una estructura orgánica y jerárquica de una entidad no se permite preservar la garantía de la doble instancia entendiendo que este constituye un aspecto sustancial del Proceso.

Lo anterior ha sido avalado igualmente por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien en un caso expresó:

*“...considera que con la Doble instancia se busca fiscalizar y corregir todo error en la sentencia de condena, incluyendo aquellos que sean consecuencia de la actuación de su defensa técnica. **El derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal.**...”¹²⁷. Subrayado y resaltado fuera de texto.*

En ese orden de ideas existen conceptos importantes y respetables al interior de la misma Auditoría General de la República que sostienen que en aras, de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, entendiendo que la doble instancia resulta ser una asunto de índole sustancial y con el fin de evitar demandas innecesarias, para el caso de los procesos que se hayan iniciado por la vía ordinaria con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, lo conducente y apropiado desde el punto de vista de las garantías procesales es permitir la aplicación de la doble instancia hasta la terminación del proceso de responsabilidad fiscal.

Es decir que bajo la anterior interpretación, el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, únicamente puede ser aplicado a los procesos que se inicien con posterioridad al 12 de julio de 2011, fecha en la cual entró en vigencia el Estatuto Anticorrupción en materia del procedimiento ordinario para la totalidad de las contralorías.

125 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-900 del 7 de octubre de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-900-03.htm>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

126 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 del 11 de febrero de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-095-03.htm>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

127 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, párrafo 158, 2004. Disponible en: www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Doctrina/LA DOBLE INSTANCIA, ULTRA GARANTÍA CONTEMPLA. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



2.11 EN CASO QUE SE ADELANTE UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, POR LA VÍA ORDINARIA, CONTRA SERVIDORES DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA QUE NO SE RIJAN POR LA LEY 80 DE 1993, EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL, ¿AL MOMENTO DE PROFERIR AUTO DE IMPUTACIÓN DE QUÉ MANERA SE DETERMINA LA CUANTÍA DEL RESPECTIVO PROCESO?

Este es uno de los problemas que plantea el factor objetivo que tuvo en cuenta el Congreso de la República en el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, al momento de establecer las cuantías de los procesos en materia de responsabilidad fiscal y ligarlos a la cuantía de la contratación estatal de la entidad afectada, puesto que, en ocasiones ocurre que hay entidades que no se rigen por la Ley 80 de 1993, pero administran recursos públicos.

En aras de suplir el vacío del legislador, y amparado en el criterio garantista, lo primero que habría que determinar, es si al interior de la Sociedad de Economía Mixta existe Manual de Contratación, con el fin de establecer la existencia de cuantías en materia contractual, en caso positivo habría que aplicar la menor cuantía de dicho Estatuto para establecer si el Proceso es de única o doble instancia en materia fiscal.

En el evento, que no se establezca cuantía para las contrataciones y en aras de suplir el citado vacío procesal, podríamos recurrir al presupuesto general de la Sociedad de Economía Mixta, con el fin de cotejarlo con una entidad del mismo nivel que se rija por la contratación estatal, con el propósito de establecer la única o doble instancia de los procesos iniciados contra las personas que hayan ocasionado el detrimento a los recursos públicos administrados por la Sociedad de Economía Mixta.

En el caso de no existir manual, ni Entidad con presupuesto equivalente, lo pertinente y conducente, con el fin de evitar eventuales nulidades procesales cimentadas en la posible violación del debido proceso y derecho de defensa sería otorgar la doble instancia en los procesos que se adelanten contra los presuntos responsables que pertenezcan a entidades en las cuales no sea posible determinar la cuantía por no estar dentro del marco de la contratación estatal.

Finalmente desde la óptica académica, sobre este tema, queremos dejar planteado, con el mayor respeto por el legislador un aspecto referente al factor objetivo que determinó las instancias procesales en materia de responsabilidad fiscal, justamente por los problemas que acarrea su aplicación e implementación.

No acierta el Congreso de la República al ligar el factor objetivo de la menor cuantía de la contratación de las entidades vigiladas por los órganos de control fiscal, para determinar la única o doble instancia de los procesos de responsabilidad fiscal, por ejemplo la menor cuantía de la contratación¹²⁸ para el año 2013, en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República equivale a \$ 383.175.000¹²⁹, para el caso de la Superintendencia de Notariado y Registro, asciende a la suma \$ 589.500.000¹³⁰.

128 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 del 16 de julio 2011. Diario Oficial No. 46.691. del 16 de junio de 2007. Artículo 2: La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales. Disponible: (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

129 Tomada de: <http://wsp.presidencia.gov.co/dapre/oci/Documents/Copia%20de%20CONTRAT2013.pdf>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

130 Tomadade:https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/index.php?option=com_content&view=article&id=17126:cuantias-para-contratacion-2013&catid=533:cuantias-para-contratacion-2013&Itemid=1302. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

No parece lógico que tales cifras únicamente tengan el conocimiento procesal de una sola instancia, cuando inclusive se ostenta la doble facultad de ser juez y parte, aunado a que resulta confuso y problemático que la instancia en los procesos varíe de acuerdo al sitio o entidad donde se adelanta el proceso de responsabilidad fiscal.

Resulta más claro y lógico establecer una sola cuantía para todo el territorio nacional ligadas a aspectos únicos y objetivos como por ejemplo cuando se vincula la cuantía de los procesos a salarios mínimos legales mensuales vigentes como claramente ocurre en la Jurisdicción Laboral Ordinaria, de igual manera en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en los Procesos Ejecutivos que adelanta la Jurisdicción Civil entre otros.

2.12 ¿LAS PROVIDENCIAS QUE DECIDEN LOS RECURSOS Y LA CONSULTA DEL FALLO CON O SIN RESPONSABILIDAD FISCAL SE NOTIFICAN POR ESTADO O SE NOTIFICAN PERSONALMENTE? (ART. 106, LEY 1474 DE 2011).

Teniendo en cuenta la intención del legislador reflejada en los cambios al procedimiento ordinario contenidos en la Sub Sección II específicamente los artículos 106 al 109 de la Ley 1474 de 2011¹³¹, lo que se busca es brindarle celeridad a la sustanciación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal y evitar dilaciones.

Es por ello que las *únicas* decisiones que se deben notificar personalmente en el proceso por la vía ordinaria son el auto de apertura, auto de imputación y el fallo con responsabilidad fiscal, las demás se notificarán por estado.

Razón por la cual las decisiones que se formulan en la pregunta se deben notificar por ESTADO, de esta manera lo establece perentoriamente el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011¹³².

131 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

132 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. *NOTIFICACIONES*. En los procesos de responsabilidad fiscal que se tramiten en su integridad por lo dispuesto en la Ley 610 de 2000 únicamente deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el auto de imputación de responsabilidad fiscal y el fallo de primera o única instancia; para estas providencias se aplicará el sistema de notificación personal y por aviso previsto para las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011. Las demás decisiones que se profieran dentro del proceso serán notificadas por estado. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



2.13 EN LAS DENOMINADAS PROVIDENCIAS MIXTAS EN LAS CUALES SE IMPUTA RESPONSABILIDAD FISCAL (ART. 48, LEY 610/00) A UNO O ALGUNOS DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES, Y SE DESVINCULA CONCOMITANTEMENTE A OTRO PRESUNTO RESPONSABLE EN EL QUE NO CONCURRAN LOS SUPUESTOS PARA PROFERIR IMPUTACIÓN. ¿ESA DESVINCULACIÓN DEBE CONSULTARSE?

En nuestro ordenamiento jurídico, el grado de consulta tiene origen en el artículo 31 de la Constitución Política en los siguientes términos:

“... Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la Ley...”

Sobre el grado de consulta en materia penal la Corte Constitucional ha manifestado que:

*“... La consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, **es un mecanismo automático que lleva al Juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior,** generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trate...”¹³³*. Subrayado y resaltado por fuera de texto.

En materia de responsabilidad fiscal, el artículo 18 de la Ley 610 de 2000¹³⁴ es claro en establecer que el grado de consulta procede cuando se archive el proceso de responsabilidad fiscal o se falle con responsabilidad fiscal y el implicado haya estado representado por apoderado de oficio, es decir que lleva implícita la protección de los principios del debido proceso y derecho de defensa y adicionalmente la salvaguarda del patrimonio público.

Luego evidentemente la aplicación de la figura de la Consulta en materia de responsabilidad fiscal persigue fundamentalmente dos situaciones claramente decantadas en la ley:

- Se pretende en primera instancia garantizar la protección que debe recibir el patrimonio público, mediante decisiones ajustadas a la realidad y al ordenamiento jurídico.
- En segunda instancia, busca proteger los derechos de las personas que, vinculadas al proceso por cualquier circunstancia, no puedan comparecer al mismo y deban ser representadas por un apoderado de oficio, pues se entiende que ellas se encuentran en situación de desventaja frente a aquellas que han intervenido dentro del proceso directamente o por intermedio de apoderado de confianza.

Este grado de competencia funcional otorga al funcionario de superior jerarquía la facultad de revisar íntegramente el fallo o decisión adoptada por el inferior, únicamente por las razones expuestas anteriormente

133 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-055 del 18 de febrero de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1993/c-055_1993.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

134 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 18. “GRADO DE CONSULTA. *Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio*”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

y el mismo se tramita en el efecto suspensivo, puesto que la providencia consultada no queda en firme hasta que no se adopte decisión por parte del superior jerárquico.

En estricto sentido y recopilando la caracterización efectuada por la Corte Constitucional, que advierte que el proceso de responsabilidad fiscal es inminentemente resarcitorio, es decir, que si eventualmente se desvincula algún implicado o imputado no existe técnicamente archivo del proceso, pues el proceso es uno sólo y el daño se continúa investigando, determinando y probando, lo que existe en realidad es una desvinculación de un sujeto procesal, luego, no habría lugar a la aplicación de la figura de la consulta cuando se profieren las denominadas providencias mixtas por parte de los órganos de control fiscal.

La aplicación extensiva por parte de las contralorías del grado de consulta ha ocasionado problemas procesales y sustanciales en el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal, pues ha derivado muchas veces en la dilación del proceso e inclusive en la prescripción de los mismos, por la falta de coherencia de las dos instancias y las dificultades procesales que acarrea una decisión mixta.

Por ello, cuando exista una desvinculación de algunos de los sujetos procesales, pero se siga investigando el daño en cabeza de otros, no procede el grado de consulta por el propósito o fin que se persigue con esta figura procesal y al tenor de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000.

No obstante lo anterior, el autor del documento debe señalar que tanto la Contraloría General de la República como la Auditoría General de la República, mantienen el criterio jurídico, que cuando se profieran las denominadas providencias mixtas, en caso de desvinculación de alguno de los implicados la decisión deberá someterse a grado de consulta ante su superior.

Para el caso de la Contraloría General de la República, mediante concepto No. 80112-2006IE43417 del 12 de diciembre de 2006, proferido por la Oficina Jurídica, bajo un criterio de aplicación de la figura de la cesación fiscal en el evento de desvinculación de un sujeto procesal, el órgano de control señaló la procedencia de la consulta en los siguientes términos:

“...En este orden de ideas, y en el evento que en el desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal adelantado contra varios sujetos, se dicte Auto de Archivo a uno o algunos de los presuntos responsables, acorde a la preceptiva del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, se debe surtir el grado de consulta de manera automática y oficiosa, garantizando así la revisión de esta actuación procesal en tiempo real y no esperar la culminación total del proceso con el otro u otros implicados para realizarlo; no hacerlo implicaría obviar en oportunidad una ordenación legal, que podría desencadenar en decisiones adversas al finalizar el proceso que pudieran superarse en su momento procesal y mantener sub-judice al implicado favorecido con la decisión hasta cuando se decida de fondo el proceso...”

2.14 CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL ARTÍCULO 111 DE LA LEY 1474 DE 2011, REFERENTE A LA CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL, ¿SE ENTENDERÍA QUE EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY 610 DE 2000, QUEDÓ DEROGADO?

Efectivamente quedó derogado, puesto que la nueva disposición es perentoria en contemplar el mencionado artículo dentro de las disposiciones comunes a los dos procedimientos e igualmente utiliza el término “únicamente”, procederá la terminación anticipada de la acción cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada.



Es decir, que si las contralorías optan por archivar el proceso cuando se establezca que la acción no podía iniciarse o proseguirse o por haber operado la caducidad o la prescripción, en el caso que se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño al patrimonio del Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal, lo procedente será archivarlo pero en virtud de lo contemplado en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

Acierta el Legislador en la redacción de la norma, puesto que resultaba atípico e inclusive reiterativo las causales contempladas en los artículos 16 y 47 de la Ley 610 de 2000.

2.15 CON OCASIÓN DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN , ¿CUÁLES SON LAS CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN Y CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO QUE SE SIGUE EN CASO QUE SE INTERPONGAN?

El artículo 113 de la Ley 1474 de 2011¹³⁵, estableció taxativamente que tanto en las indagaciones preliminares como en los procesos de responsabilidad fiscal Ordinarios y Verbales, serán las previstas para los jueces y magistrados en el artículo 130 de la Ley 1437 de 2011¹³⁶, lo que nos permite afirmar que se derogó el artículo 34 de la Ley 610 de 2000, luego las causales en materia penal no aplican.

Es decir, que las únicas causales de impedimento y recusación aceptadas en el proceso de responsabilidad fiscal serán las siguientes:

- Cuando el funcionario competente, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren participado en la expedición del acto enjuiciado, en la formación o celebración del contrato o en la ejecución del hecho u operación administrativa materia de la controversia.
- Cuando el funcionario competente, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren intervenido en condición de árbitro, de parte, de tercero interesado, de apoderado, de testigo, de perito o de agente del Ministerio Público, en el proceso arbitral respecto de cuyo laudo se esté surtiendo el correspondiente recurso de anulación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
- Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del funcionario competente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la condición de servidores públicos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo en una de las entidades públicas que concurren al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado.

135 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 113. CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Las únicas causales de impedimento y recusación para los servidores públicos intervinientes en el trámite de las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal serán las previstas para los jueces y magistrados en la Ley 1437 de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

136 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 del 2 de enero de 2011. Diario Oficial 47.956. del 18 de enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



Sobre el trámite del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 1474 de 2011

- Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del funcionario competente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la calidad de asesores o contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados vinculados al proceso, o tengan la condición de representantes legales o socios mayoritarios de una de las sociedades contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados.

Así mismo, el artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, señaló igualmente que los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, es decir que adicional a las anteriores causales, también son causales de recusación e impedimentos en materia de responsabilidad fiscal las siguientes:

- Tener el funcionario competente, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés directo o indirecto en el proceso.
- Haber conocido del proceso en instancia anterior, el funcionario competente, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.
- Ser el funcionario competente, cónyuge o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
- Ser el funcionario competente, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados, guardador de cualquiera de las partes.
- Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del funcionario competente o administrador de sus negocios.
- Existir pleito pendiente entre el funcionario competente, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3., y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.
- Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal contra el funcionario competente, su cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso, o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.
- Haber formulado el funcionario competente, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, denuncia penal contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquéllos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.
- Existir enemistad grave por hechos ajenos al proceso, o a la ejecución de la sentencia, o amistad íntima entre el funcionario competente y alguna de las partes, su representante o apoderado.
- Ser el funcionario competente, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.
- Ser el funcionario competente, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.
- Haber dado el funcionario competente consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.
- Ser el funcionario competente, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredado o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

- Tener el funcionario competente, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

En razón a lo anterior, debemos recordar que el impedimento se ha entendido en la doctrina como el apartamiento o desprendimiento del asunto por parte del juzgador, en virtud de algunas de las causales que consagra la Ley como inhabilidad para conocerlo; esto es, que al operador jurídico en el impedimento, según el dicho de Eduardo J. Couture, lo aparta la ley, mientras que en la recusación lo separa el litigante. Dichas causales son expresas y taxativas y por ende, no admiten analogía.

En cuanto a la pregunta relacionada con el procedimiento que se debe seguir una vez realizada la manifestación de impedimento, el artículo 33 de la Ley 610 de 2000¹³⁷, es claro en señalar que los servidores públicos que conozcan de procesos de responsabilidad fiscal en quienes concurra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de la misma.

Así mismo, el artículo 35 de la Ley 610 de 2000, determina que el procedimiento en caso de impedimento o recusación, el funcionario impedido o recusado pasará el proceso a su superior jerárquico o funcional, según el caso, fundamentando y señalando la causal existente y si fuere posible aportará las pruebas pertinentes, a fin de que el superior decida de plano si acepta el impedimento o la recusación y en caso afirmativo a quien ha de corresponder su conocimiento o quién habrá de sustituir al funcionario impedido o recusado.

Cuando haya dos o más funcionarios competentes para conocer de un mismo asunto y uno de ellos se declare impedido o acepte la recusación, pasará el proceso al siguiente, quien si acepta la causal avocará el conocimiento. En caso contrario, lo remitirá al superior jerárquico o funcional, según el caso, para que resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento o recusación.

2.16 ¿CUÁL FUE EL OBJETO DE LA INCLUSIÓN DEL ARTÍCULO 114 DE LA LEY 1474 DE 2011, REFERENTE A LAS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL FISCAL?

Una de las mayores dificultades que ha tenido el proceso de responsabilidad fiscal, deviene de la deficiencia de los traslados de los hallazgos, ello en algunos casos ocurría como consecuencia de la carencia de facultades y potestades de los auditores durante sus visitas, para exigir información tanto a servidores públicos como a particulares de cara a identificar el daño y cuantificarlo.

Con la inclusión de nuevas causales sancionatorias previstas en los artículos 114 y 117 de la Ley 1474 de 2011¹³⁸, se busca fundamentalmente agilizar los procesos de investigación, so pena que quienes

137 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

138 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. “ARTÍCULO 117. INFORME TÉCNICO. Los órganos de vigilancia y control fiscal podrán comisionar a sus funcionarios para que rindan informes técnicos que se relacionen con su profesión o especialización. Así mismo, podrán requerir

se nieguen a entregar información a los órganos de control fiscal, les inicien procesos administrativos sancionatorios, para evitar que los investigados oculten la información y no colaboren o coadyuven en el esclarecimiento de los hechos a través del suministro de información contable y de los requerimientos señalados en el Estatuto Anticorrupción.

El hecho, por ejemplo, que se haya incluido a nuevos sujetos pasivos del Derecho Sancionatorio Fiscal, tal y como lo preceptúa el Art. 114 de la Ley 1474 de 2011¹³⁹, en el sentido que los órganos de control fiscal, podrán citar o requerir no solamente a los servidores públicos sino también a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido de los hechos materia de investigación.

De igual manera, las contralorías podrán exigir a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados.

Así mismo, los órganos de control fiscal, podrán solicitar a los contratistas, interventores, proveedores, la exhibición de los libros, comprobantes y documentos de contabilidad; en general, efectuar todas las diligencias necesarias que conduzcan a la determinación de conductas que generen daño al patrimonio público.

La consecuencia de la omisión en la entrega de la información reseñada anteriormente, será la iniciación de un proceso administrativo sancionatorio, con el objeto de sancionar pecuniariamente al contratista, interventor o proveedor con la imposición de una multa entre cinco (5) y diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes¹⁴⁰.

a entidades públicas o particulares, para que en forma gratuita rindan informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza y objeto. Estas pruebas estarán destinadas a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso. El informe se pondrá a disposición de los sujetos procesales para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción, por el término que sea establecido por el funcionario competente, de acuerdo con la complejidad del mismo. El incumplimiento de ese deber por parte de las entidades públicas o particulares de rendir informes, dará lugar a la imposición de las sanciones indicadas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993. En lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasaré entre cinco (5) y veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes”. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base doc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base%20doc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6). (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

139 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. “ARTÍCULO 114. *EACULTADES DE INVESTIGACIÓN DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL FISCAL*. Los organismos de control fiscal en el desarrollo de sus funciones contarán con las siguientes facultades PARÁGRAFO 2o. La no atención de estos requerimientos genera las sanciones previstas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993. En lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasaré entre cinco (5) y diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

140 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. “ARTÍCULO 114 PARÁGRAFO 2o. La no atención de estos requerimientos genera las sanciones previstas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993. En lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasaré entre cinco (5) y diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Disponible: [http://www.secretariasenad o.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6](http://www.secretariasenad.o.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6). (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

De igual manera, ocurre cuando una Contraloría indague para esclarecer los hechos materia de investigación y una empresa privada o pública se niegue a rendir un informe técnico solicitado; el Estatuto Anticorrupción los obliga a que en forma gratuita rindan éstos informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza y objeto.

Las pruebas que se recauden, estarán destinadas a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso. El informe se pondrá a disposición de los sujetos procesales para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción, por el término que sea establecido por el funcionario competente, de acuerdo con la complejidad del mismo.

El incumplimiento de ese deber por parte de las entidades públicas o particulares de rendir informes, dará lugar a la imposición de las sanciones indicadas en el artículo 102 de la Ley 42 de 1993¹⁴¹, por parte de los contralores. En lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasará entre cinco (5) y veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Estas nuevas facultades sancionatorias redundarán no solamente en la agilización de los procesos, sino también, en el esclarecimiento de los hechos materia de investigación, así como la determinación, consolidación y cuantificación del daño al patrimonio del Estado, de cara a la iniciación de un proceso verbal de responsabilidad fiscal.

Lo anterior, conlleva a reconocer que estas normas representan un avance significativo en la lucha contra la corrupción, como quiera que además de coadyuvar en la importante tarea de dignificar el trabajo de los órganos de control fiscal, también contribuyen con el objeto de identificar, determinar y cuantificar el daño patrimonial.

2.17 ¿EN LA IMPUTACIÓN Y EN EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, EN QUÉ TÉRMINOS DEBE EMITIRSE EL PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL GARANTE? (ARTS. 48 Y 53, LEY 610/00).

En el auto de imputación y en el fallo con responsabilidad fiscal se debe indicar claramente que sus efectos se hacen extensivos al garante en los términos establecidos en las pólizas en lo que tiene que ver con riesgos amparables, fechas que cubre la póliza, sumas asegurables y en su calidad de tercero civilmente responsable.

El artículo 44 de la Ley 610 de 2000, establece claramente que la compañía de seguros se vincula en calidad de tercero civilmente responsable y que tiene los mismos derechos y facultades que el principal implicado.

141 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 42 del 26 de enero de 1993. “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen” Diario Oficial No. 40.732 del 27 de enero de 1993. ARTÍCULO 101. *Los contralores impondrán multas a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes no comparezcan a las citaciones que en forma escrita les hagan las contralorías; no rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas; incurrirán reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas e informes; se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas; de cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas; teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida; no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías; no cumplan con las obligaciones fiscales y cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello.* Disponible en: http://www.secretariasenado.go.v.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0_042_1993.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

Sobre el trámite del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 1474 de 2011

Su vinculación fáctica como se dijo anteriormente, está limitada por el riesgo amparado y las fechas en que la póliza otorgó su cobertura, es decir que deviene de una relación eminentemente contractual de seguros.

De la lectura del mismo artículo 44 de la ley 610 de 2000¹⁴², se determina que se le debe explicar las razones de su vinculación y normalmente dicha circunstancia se expone en el auto de apertura de responsabilidad fiscal o en el auto que lo vincula formalmente, situación que nos permite señalar que lo más adecuado para efectos de garantizarle el debido proceso y el derecho de defensa consiste en que la contraloría competente le envíe comunicación en la cual se anexe copia de la providencia que ordenó su vinculación.

De acuerdo con la Honorable Corte Constitucional, la vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable, en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública¹⁴³.

Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público.

De igual manera la sentencia de la Honorable Corte Constitucional, citada anteriormente estableció que:

*“...Lo que examinan las contralorías es la responsabilidad fiscal y es en relación con ella que éstas son competentes para asegurar el resarcimiento oportuno del Estado a través del mecanismo establecido en la norma acusada que permite, por economía procesal, **vincular como tercero civilmente responsable a la compañía de seguros cuando el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza, asegurando así el pago inmediato de la indemnización a que tiene derecho el Estado...**”*

Subrayado y resaltado fuera de texto.

Hay que recordar el carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros que contiene la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, “*contrato de seguros que surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios*”¹⁴⁴.

142 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 44. “VINCULACION DEL GARANTE. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

143 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-735 del 26 de agosto de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.acj.org.co/sentencias/c-735-03.htm>. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).

144 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-648 de 13 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43618833>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

El objeto del legislador al permitir la vinculación de las compañías de seguros lo constituye un propósito evidente de protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, en caso que su gestión se encuentre amparada en la póliza de seguros, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

La efectividad de las pólizas de seguros que ampara contratos estatales, es posible a través del mecanismo especial permitido por la Ley 610 de 2000, esto es, mediante la vinculación de la compañía de seguros al proceso de responsabilidad fiscal por parte del órgano que ejerce el control fiscal como tercero civilmente responsable, cuando quiera que el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza de seguros, vinculación ésta que tiene como fin resarcir en forma efectiva e inmediata el patrimonio público ante el detrimento que ha sufrido por la conducta del responsable fiscal.

De otro lado, vale la pena acotar que la norma al establecer la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal no señala que ésta no proceda cuando el asegurado haya adelantado los trámites administrativos pertinentes para hacer efectiva la póliza de seguros. La norma solo dispone que cuando existe un asegurador éste debe ser vinculado al proceso de responsabilidad fiscal.

2.18 ¿CUÁL ES EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE SEGUROS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

Sobre este punto vale pena reseñar, que el legislador en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011¹⁴⁵, solucionó la problemática que se venía presentando cuando se vinculaba a una aseguradora dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, como consecuencia de la expedición de una póliza que asegurará la gestión fiscal de los servidores públicos o que garantizara la protección del patrimonio del Estado.

Conforme la expedición de la anterior norma, se estableció que las pólizas de seguros por las cuales se vincula a una Compañía de Seguros como tercero civilmente responsable, prescribirá en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000¹⁴⁶; esto es, en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de responsabilidad fiscal.

145 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 120: “PÓLIZAS. Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9o de la Ley 610 de 2000”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

146 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2010. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133. del 18 de agosto de 2010. ARTÍCULO 9. “CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de

Sobre el trámite del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 1474 de 2011

El legislador contempló este nuevo término en el “*Estatuto Anticorrupción*”, debido a las dificultades presentadas, con ocasión de la aplicación del régimen especial de prescripción contenido en el Artículo 1081 del Código de Comercio¹⁴⁷, el cual fue reconocido mediante pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado.

El citado régimen establece que la prescripción ordinaria y extraordinaria se materializa en diferentes momentos, la ordinaria de dos (2) años contados a partir del momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción y la extraordinaria de cinco (5) años que se contabilizan desde el momento en que nace el respectivo derecho.

En consideración a la legislación comercial, las compañías de seguros y sus apoderados acudían al proceso de responsabilidad fiscal, solicitando la prescripción al amparo del mencionado artículo, lo cual hacía nugatorio el cumplimiento y aplicación de esta clase de pólizas, en detrimento del patrimonio del Estado inclusive haciendo inocuas e inermes la constitución de tales pólizas.

Resulta claro y evidente que a la fecha de iniciar proceso de responsabilidad fiscal cualquier Contraloría, dentro del esquema constitucional del control fiscal posterior y selectivo, en la mayoría, por no decir, en todos los casos, el término de dos (2) años estaba agotado al momento que las contralorías tomaran decisiones de fondo en el respectivo proceso.

Esta postura y argumentación de las Aseguradoras inclusive fue avalada por el Honorable Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos, por ejemplo la Sección Primera en el año 2010, expresó:

*“...Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, **sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000***¹⁴⁸, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable...”¹⁴⁹. Subrayado y resaltado por fuera de texto.

Este pronunciamiento, no se compadecía con la realidad de la sustanciación del proceso de responsabilidad fiscal, pues resulta evidente que ningún servidor público de las contralorías bajo el esquema vigente, pueda evitar la configuración del fenómeno de la “*Prescripción*”, al amparo del Código de Comercio.

dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.” Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

147 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 del 27 de marzo de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 Junio de 1971. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_comercio.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

148 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 15 de agosto de 2010. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133. del 18 de agosto de 2010. ARTICULO 9: “*La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.*” Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

149 CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta. Disponible en: http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/detail;jsessionid=7282597D5FC845E131ECA6460F00D27F?docId=695c1205-2f7e-4575-9701_d80cbbc4d512&channel=%2FOtros+Documentos%2FOtros+Entidades%2FDocs.+Consejo+de+Estado%2F2011&subEspacio=. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Por ello acierta el legislador en el “Estatuto Anticorrupción”, al instituir el término de cinco (5) años, el cual resulta ponderado y específico para los casos de las pólizas de seguros que amparen la gestión fiscal de los servidores públicos con miras a garantizar el bien jurídico tutelado que no es otro distinto que la protección del erario.

Con la nueva legislación, se avala la tesis de la Honorable Corte Constitucional, señalando, que cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado.

El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza¹⁵⁰.

2.19 EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO. ¿CUÁL ES EL TÉRMINO PARA INTERPONER LOS RECURSOS CONTRA EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, CONTRA LA NEGATIVA A LA PRÁCTICA DE PRUEBAS Y CONTRA EL AUTO QUE NIEGA LA NULIDAD?

Con anterioridad a la expedición de la Ley 1437 de 2011, o Nuevo Código Contencioso Administrativo, no se presentaban problemas o discusiones respecto del término para interponer los recursos de la vía gubernativa, pues tanto el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, que señala expresamente que las providencias en materia de responsabilidad fiscal, quedarán ejecutoriadas cuando:

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

Como también el Artículo 51 del anterior Código Contencioso Administrativo señalaba la oportunidad para presentar los recursos de reposición y apelación dentro de los mismos cinco (5) días contados a partir del día siguiente de la notificación personal o desfijación del edicto.

Con ocasión de la reforma y vigencia del Nuevo Código Contencioso Administrativo, se introdujo una modificación respecto del término para interponer los recursos de la vía gubernativa, concretamente en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011¹⁵¹, que estableció que el límite para interponer y sustentar los recursos de reposición y apelación se ampliaba a diez (10) días contados a partir de la notificación personal o por aviso.

150 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2002/c-648_2002.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

151 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 76. *Oportunidad y presentación*. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

Sobre el trámite del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 1474 de 2011

La pregunta sería. ¿En los actuales procesos de responsabilidad fiscal que se adelanten por la vía ordinaria que término se debe conceder?

En nuestra opinión, se aplica el término de cinco (5) días establecido por mandato expreso y especial del artículo 56 de la Ley 610 de 2000.

La remisión a otras fuentes normativas contemplada en el artículo 66 de la Ley 610 de 2000, sólo procede en los eventos en que en dicha Ley no exista una regulación especial, es decir que es restrictiva, toda vez que lleva implícita la expresión “...en los aspectos no previstos en la presente Ley”, así lo refleja, pues el propósito del legislador era regular exhaustivamente el proceso de responsabilidad fiscal.

Por lo anterior, no es posible acudir al nuevo Código Contencioso Administrativo, bajo interpretaciones garantistas, puesto que, en el caso que se analiza, sí existe regulación sobre el particular que señala expresamente que las providencias proferidas dentro del proceso de responsabilidad fiscal entendidas como los autos y fallos, quedarán en firme dentro de los cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa.

Por lo tanto, no es posible para el operador jurídico de las contralorías, hacer diferenciación alguna, menos aun cuando no existe vacío y la norma contempla únicamente el término de cinco (5) días para hacer uso de los recursos de reposición y apelación contra cualquier decisión o acto administrativo que se profiera en el proceso de responsabilidad fiscal, so pena de quedar en firme la decisión que se notifique.

Vale la pena, recordar que de acuerdo con las reglas de interpretación de la Ley adoptadas en el derecho colombiano, cuando el texto de una norma es claro o diáfano, no es posible para el intérprete desconocer su tenor literal.

2.20 ¿SI EL PRESUNTO RESPONSABLE FISCAL FALLECE ANTES DE DARSE APERTURA FORMAL AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, DEBE INICIARSE EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ORDENARSE EL EMPLAZAMIENTO DE LOS HEREDEROS? ¿O TAL EVENTO REGULADO POR EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY 610 DE 2000, SÓLO PROCEDE CUANDO EL PRESUNTO RESPONSABLE FISCAL FALLECE DESPUÉS DE INICIADO EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

Al tenor de lo contemplado por el artículo 19 de la Ley 610 de 2000¹⁵², y de acuerdo con el pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional que determinó mediante Sentencia C-131-03 de 18 de febrero de 2003, en relación con los cargos formulados, que el artículo era exequible por lo siguiente:

“...De igual modo, en el proceso de responsabilidad fiscal, siendo su naturaleza resarcitoria y patrimonial, el interés es garantizar que se puedan satisfacer con el patrimonio del responsable, los daños ocasionados al erario como consecuencia de una actuación culposa o dolosa que haya

152 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. “ARTÍCULO 19. MUERTE DEL IMPLICADO Y EMPLAZAMIENTO A HEREDEROS. En el evento en que sobrevenga la muerte del presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, se citarán y emplazarán a sus herederos con quienes se seguirá el trámite del proceso y quienes responderán hasta concurrencia con su participación en la sucesión”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

causado **un detrimento patrimonial al erario público. La muerte del responsable no es obstáculo para la realización de tal objetivo**; ello porque la sucesión procesal permite la vinculación de los herederos, como directos interesados en la protección de la universalidad patrimonial de la cual tienen parte, para que intervengan en el proceso, con lo cual también se protegen plenamente sus derechos constitucionales, en especial los derechos a la propiedad, a la defensa y al debido proceso...”¹⁵³. Subrayado y resaltado fuera de texto.

No obstante lo anterior, el máximo Tribunal Constitucional parte de una premisa discutible y es justamente afirmar que el proceso de responsabilidad fiscal es únicamente resarcitorio, razón por la cual se deben vincular a los herederos independientemente de si el presunto responsable haya fallecido o no.

¿Cómo entender que un presunto responsable se pueda defender sin la existencia de él mismo o que sus herederos expliquen las razones de hecho y de derecho por las cuales se encuentra vinculado el causante, independientemente que la vinculación de los herederos ocurra antes de iniciar el proceso o durante el desarrollo del mismo?.

La responsabilidad fiscal además de resarcitoria y patrimonial es declarativa, pues el proceso administrativo que siguen los órganos de control fiscal es claramente para determinar la responsabilidad a título de dolo o culpa grave, la calidad o no de gestor fiscal, la ausencia o existencia de nexo causal y en él se deben respetar los principios constitucionales y legales del debido proceso y el derecho de defensa.

En nuestro Estado Social de derecho se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva y el hecho de seguir adelante el sumario sin que se pueda defender del aspecto subjetivo del proceso como lo es la culpabilidad, implica necesariamente entrar dentro de los terrenos de la denominada responsabilidad objetiva de la conducta.

No es lógico, que a quién haya fallecido o a sus herederos se le pueda garantizar un juicio administrativo justo, y menos aún, si quién lo juzga ejerce la doble función de juez y parte.

Los argumentos expuestos en la demanda de inconstitucionalidad del artículo 19 de la Ley 610 de 2000, no fueron adecuadamente tratados por el demandante, razón por la cual el máximo órgano constitucional no abordó algunos aspectos procesales importantes dentro del esquema del proceso de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, en aras de contestar la pregunta, respetando y acatando el pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional y en vista que la norma contempla que “*En el evento en que sobrevenga la muerte del presunto responsable fiscal*”, tendríamos que afirmar que la categoría de presunto responsable fiscal se adquiere en la etapa de investigación, es decir al momento de proferir auto de apertura de responsabilidad fiscal, lo cual nos indicaría que se pueda vincular eventualmente a los herederos siempre y cuando se haya iniciado el proceso cuando el presunto responsable aún contaba con vida.

Lo anterior nos lleva a deducir y concluir que solamente procederá la vinculación a los herederos, si el causante se encontraba vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal entendido entre el Auto de Apertura de responsabilidad fiscal y antes de proferirse Auto de Imputación; si el proceso de responsabilidad fiscal no se abrió estando en vida el presunto responsable, no habría lugar a iniciar o vincular al proceso y menos aún a derivar responsabilidad fiscal contra los herederos del causante.

153 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 del 18 de febrero de 2003. M.P. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8971>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



2.21 ¿EN EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL SE CUANTIFICA EL DAÑO, SUMANDO DAÑO EMERGENTE, LUCRO CESANTE Y LA INDEXACIÓN (ESTA ÚLTIMA RESPECTO DEL DAÑO EMERGENTE O RESPECTO DE LA SUMATORIA DEL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE)? (ART. 53, LEY 610/00).

El Honorable Consejo de Estado¹⁵⁴, define la indexación de las obligaciones como una figura que nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de tal manera que, en aplicación de principios tales como, el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos.

Teniendo en cuenta el anterior pronunciamiento se debe actualizar la totalidad del daño o perjuicio material, entendido como el daño emergente y el lucro cesante.

Adicionalmente, el artículo 6 de la Ley 610 de 2000¹⁵⁵, establece una definición amplia del daño patrimonial al Estado en la que de ninguna manera limita dicho daño al emergente ni excluye el lucro cesante, razón que permite establecer que se deben indexar ambos conceptos siempre y cuando estén debidamente probados y verificados por las contralorías.

Es decir, que cada vez que se encuentre un posible daño al Estado deberá examinarse, si con la actuación de la administración del Estado ha sufrido un egreso patrimonial o ha dejado de percibir un ingreso, en ambos escenarios nos encontramos dentro de la esfera de daño.

El órgano de control fiscal, debe analizar y determinar, si el Estado ha realizado desembolsos que de otra forma no habría tenido que hacer o ha dejado de percibir recursos que de otra forma hubiese percibido.

En la medida en que se presente cualquiera de las dos situaciones podemos decir que se ha causado un daño patrimonial al Estado el cual indefectiblemente debe ser indexado al momento de proferir fallo con responsabilidad fiscal.

No existe ninguna duda que la indexación concebida como la actualización de la reparación de los perjuicios materiales entendidos como daño emergente y lucro cesante se debe hacer con fundamento en el momento en que se determine el monto.

Por lo tanto, la indemnización debe tener en cuenta el valor del daño en el momento del fallo con responsabilidad fiscal y no el momento en que se produjo, se presentó o se inició el proceso.

Finalmente sobre esta materia la Honorable Corte Constitucional expresó que la reparación debe ser integral en los siguientes términos:

154 CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Referencia No. 1.564. Consejero Ponente: Susana Montes de Echeverri.

155 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/sena_do/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

“...Cabe precisar sin embargo que “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite. Y no podría ser de otra manera, ya que en caso de ordenar una indemnización superior al monto total del daño, generaría un enriquecimiento sin causa. **La indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante), a lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal, se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610 de 2000...**”¹⁵⁶. Subrayado y resaltado fuera de texto.

2.22 ¿LA ACTUALIZACIÓN DEL DAÑO SE DEBE REALIZAR A LA FECHA DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DE PRIMERA INSTANCIA O A LA FECHA DE LA PROVIDENCIA QUE EN APELACIÓN Y/O CONSULTA CONFIRMA EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL (ART. 53, LEY 610/00)? ¿SI SÓLO SE ACTUALIZA A LA FECHA DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA Y SU EJECUTORIA OCURRE DESPUÉS DE LA DECISIÓN DE LA APELACIÓN Y/O CONSULTA, SE PUEDE ENTENDER QUE LA CUANTÍA DEL DAÑO A RESARCIR SE DISMINUYE POR EL EFECTO DE NO ACTUALIZAR A LA FECHA DE LA DECISIÓN QUE EN CONSULTA O APELACIÓN CONFIRMA EL FALLO?

La indexación se reitera, ha sido definida por la doctrina como un sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.

El Consejo de Estado, define la indexación de las obligaciones como una figura que nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de tal manera que, en aplicación de principios, tales como, el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos¹⁵⁷.

Para efectos de la aplicación de la actualización del daño en materia de responsabilidad fiscal, debemos situarnos dentro de lo preceptuado por el artículo 53 de la Ley 610 de 2000¹⁵⁸, el artículo es claro en

156 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-382 del 23 de abril de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-382_2008.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

157 CONSEJO DE ESTADO – SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Radicado No. 1564 M.P. Susana Montes de Echeverri. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39618>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).

158 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 53. FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL. <Aparte tachado



Sobre el trámite del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 1474 de 2011

establecer que la etapa procesal para actualizar el daño es justamente con el fallo con responsabilidad fiscal, sin que se requiera realizar nuevamente indexación al instante de desatar el recurso de apelación o al momento de surtirse la consulta.

No tendría sentido que se aumentará el daño al apelante, pues evidentemente se le estaría haciendo más gravosa la situación al hacer uso de los recursos de la vía gubernativa, máxime que, una vez ejecutoriado el fallo, la administración tiene la competencia para cobrar intereses permitidos por la Ley.

De igual manera, ocurre en la consulta cuando la providencia es de las denominadas “mixtas”, pues se le estaría imponiendo una carga adicional que no debe soportar, por no ser atribuible al responsable fiscal, sino a la interpretación en la aplicación del grado de consulta por parte de las contralorías.

En ese orden de ideas, no podemos afirmar válidamente que la cuantía del daño a resarcir se disminuye por el efecto de no actualizar a la fecha de la decisión que en consulta o apelación confirma el fallo, puesto que fue, el legislador quién de manera expresa señaló que los fallos con responsabilidad fiscal deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

Por ejemplo los representantes legales y apoderados de las compañías de seguros que son vinculadas al proceso de responsabilidad fiscal, sobre este tópico vienen señalando que es injusto que la Aseguradora deba pagar el daño con la respectiva indexación puesto que su relación es netamente contractual partiendo del supuesto que el riesgo está cubierto por la póliza.

Finalmente vale la pena reseñar que el Estatuto Anticorrupción, en lo que tiene que ver con el procedimiento verbal, siguió manteniendo la misma línea del artículo 53 de la Ley 610 de 2000, pues dispuso en el literal e) del artículo 100, que la cuantía del fallo con responsabilidad fiscal será indexada a la fecha de la decisión, es decir al momento de proferir el fallo con responsabilidad fiscal en la audiencia de decisión.

Así mismo el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011, referente a la cesación de la acción fiscal, señala claramente que procede dicha figura cuando se acredite el pago del valor de detrimento que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación, en ningún momento la norma hace relación a que se deba indexar, sino por el contrario establece claramente que únicamente se debe resarcir el daño investigado o el imputado.

Lo anterior tiene lógica, puesto que si el presunto responsable se allana a la responsabilidad y al correspondiente pago del daño generado antes de terminar el proceso está evitando un degaste para la administración, razón por la cual no se deberá indexar el daño en ese momento procesal.

INEXEQUIBLE> El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



2.23 ¿PARA QUÉ, EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL NO PRESCRIBA, BASTA CON PROFERIR EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DE PRIMERA INSTANCIA DENTRO DE LOS CINCO AÑOS SIGUIENTES AL AUTO DE APERTURA DEL PROCESO? ¿ES NECESARIO QUE DENTRO DE ESE PERÍODO SE REALICE SU NOTIFICACIÓN, SE DECIDA LA APELACIÓN Y/O CONSULTA Y SE NOTIFIQUEN ESTAS ÚLTIMAS PROVIDENCIAS (ART. 9, LEY 610/00)?

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 610 de 2000¹⁵⁹, se observa que la norma se refiere a la providencia en firme que la declare, es decir que el acto debe estar ejecutoriado, entendiéndose que se ha debido desatar los recursos de la vía gubernativa y realizar las respectivas notificaciones.

Así se deriva igualmente de lo preceptuado por el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, que hace referencia a ejecutoriedad de las providencias.

Razón por la cual para evitar la prescripción del proceso de responsabilidad fiscal, el órgano de control fiscal debe desatar y notificar el recurso de reposición o apelación en caso que el proceso sea de única o doble instancia.

En el evento de la consulta ocurre lo mismo, para evitar la prescripción del proceso debe decidirse y notificarse antes de los cinco (5) años.

Lo anterior teniendo en cuenta que existe norma especial que así lo señala y no habría lugar a acudir a otras fuentes normativas, basta con saber en qué momento los actos administrativos adquieren firmeza o se encuentran ejecutoriados.

Las consecuencias y características de la prescripción en materia de responsabilidad fiscal van orientadas a impedir a la administración a continuar conociendo el proceso, puede ser objeto inclusive de renuncia por la persona presuntamente responsable e igualmente puede ser declarada de oficio una vez se establezca las circunstancias para su protocolización, pero siempre dentro de los términos de la Ley que describa los términos de contabilización de la prescripción.

En lo que tiene que ver con la sustanciación de los procesos de responsabilidad fiscal, los términos de prescripción pueden interrumpirse, cuando el proceso es suspendido por justas causas, fuerza mayor, caso fortuito o para tramitar una declaración de impedimento o recusación.

Resulta importante anotar que la Contraloría General de la República sobre el tema de prescripción en materia de responsabilidad fiscal señaló que es una sanción para la administración, por no actuar eficaz

159 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. (...) La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



y oportunamente, el funcionario de conocimiento puede verse inmerso en proceso de tipo disciplinario, cuando la mora en el trámite del proceso prescrito no esté justificada, por eso, resulta lógico que una vez decretada la prescripción, esta circunstancia sea puesta en conocimiento de la Oficina de Control Disciplinario del órgano de control o de la Procuraduría General de la Nación, para que se evalúen las circunstancias que generaron la prescripción y se tome la decisión que corresponda¹⁶⁰.

2.24 ¿EN EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL SE DEBE INDICAR EL TIEMPO QUE DISPONE EL RESPONSABLE FISCAL PARA EFECTUAR EL PAGO?

El término para el pago, no lo estableció la Ley 610 de 2000, así como tampoco la Ley 1474 de 2011, se entiende que la obligación se hace exigible desde el día siguiente de la ejecutoria del acto administrativo y a partir de dicho término se cobran intereses de Ley.

En esa medida parece lógico y plausible que así se indique en el respectivo articulado en la parte resolutive del fallo con responsabilidad fiscal, con el propósito que el título ejecutivo que se ejecutará a través del proceso por jurisdicción coactiva, reúna las condiciones de ser una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

De igual manera, la obligación de pagar intereses y la respectiva tasa se refleja en el proceso de jurisdicción coactiva específicamente en el mandamiento de pago, los cuales se cobrarán, se reitera, a partir de la ejecutoria del fallo con responsabilidad fiscal.

Como la obligación versa sobre una cantidad líquida de dinero, habría que acudir al Código de Procedimiento Civil, el cual señala en su artículo 498, que se ordenará en el proceso de jurisdicción coactiva su pago en el término de cinco (5) días, con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda.

Cuando se trate de obligaciones en moneda extranjera cuyo pago deba realizarse en moneda legal colombiana a la tasa vigente al momento del pago, el juez dictará el mandamiento ejecutivo en la divisa acordada.

Lo que ocurre en la práctica en las entidades del Estado y durante el denominado cobro persuasivo que realizan las tesorerías o las oficinas de cobranzas de las instituciones, es que se busca que los responsables fiscales cancelen la obligación mediante un requerimiento cordial y concluyente haciéndole saber que el no pago le acarrearán consecuencias de orden jurídico y económico, como el embargo, secuestro y remate del bien y el respectivo reporte a las centrales de riesgo. En ocasiones resulta más eficiente este tipo de cobros que el mismo proceso ejecutivo.

160 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. El Proceso de Responsabilidad Fiscal. Cuadernillo RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCIÓN COACTIVA. marzo de 2004. Bogotá. Página 27. Imprenta Nacional.



INTERROGANTES SOBRE EL TRÁMITE Y SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN VIGENCIA DE LA LEY 1474 DE 2011

Previo analizar y responder, algunos interrogantes que han surgido en desarrollo de las capacitaciones realizadas en las diferentes contralorías del país, atinentes a la implementación y sustanciación del proceso verbal de responsabilidad fiscal, resulta oportuno señalar, la importancia de la inclusión del principio de oralidad, el cual necesariamente redundará en la celeridad del proceso, tal y como fue previsto por el Legislador en el denominado “*Estatuto Anticorrupción*”.

Desde tiempos inmemoriales el concepto de oralidad ha sido acogido por la administración de justicia y hoy en día en las actuaciones administrativas, con el firme propósito de poner en marcha el aparato judicial de manera más ágil y eficaz; en los últimos años vimos su incorporación a la jurisdicción penal, así como también en materia laboral.

De igual forma, se incorporó en el proceso administrativo disciplinario partiendo de la base que la oralidad es un elemento integrante del debido proceso y el derecho constitucional de defensa, resulta claro



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

entonces que representa un poder o prerrogativa conferido a las partes y específicamente a la defensa, que no debe someterse a interpretaciones, de modo tal que ese derecho a la oralidad no sea coartado.¹⁶¹

Dentro de la doctrina extranjera encontramos importantes autores que han definido con absoluta claridad el principio de la oralidad como aquel que “*surge del Derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable*”¹⁶².

Así mismo, el destacado tratadista y jurista italiano Chiovenda lo define, como:

*“...la experiencia derivada de la historia nos permite afirmar que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien garantizado la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y más prontamente. La historia de las reformas procesales notables realizadas desde las postrimerías del siglo XIX, **nos enseña la prevalencia progresiva del proceso oral sobre el escrito. Y no puede ser de otra manera porque la oralidad hace posible la aplicación efectiva de otros principios como los de inmediación, concentración, celeridad y simplicidad.**...”¹⁶³. Subrayado y resaltado fuera de texto.*

La historia europea enseña que en el siglo XIX, cuando en Francia se planteó la recuperación del principio de oralidad como método para dirimir conflictos jurídicos, a través de los denominados códigos napoleónicos y aprovechando la reforma que traería la ilustración a las leyes procesales, haciéndolas salir de la Edad Media, sin embargo, la escritura como principio del procedimiento se arrastró durante mucho tiempo, después en la mayoría de estados europeos, de hecho lo que sucedió fue que, si bien no se realizaron reformas sustanciales de las leyes procesales o si se realizaron fue para compilar lo que ya existía, introduciendo simplemente algo de orden y firmeza en los procedimientos¹⁶⁴.

El principio de oralidad, bajo cuya orientación se han llevado a cabo las grandes e importantes reformas procesales, no sólo implica el predominio y hegemonía del elemento verbal sino también la prevalencia de los principios de inmediación, concentración y publicidad.

Los antecedentes del control fiscal en Colombia, indican que el proceso de responsabilidad fiscal se había adelantado en forma eminentemente escrita, sin resultados reales y contundentes que logren el reconocimiento de la sociedad, tanto en sus épocas del denominado control previo como en la actualidad que se encuentra diseñado bajo el esquema de control posterior y selectivo.

161 DÍAZ BARRERA, Pablo César. Revista Sindéresis No. 9. Octubre de 2006 – Imprenta Nacional. Bogotá Colombia – ISSN 0124 – 471 X. Pág. 124.

162 COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires Argentina 1958. Páginas 209 y 210. Disponible en: https://rapidshare.com/#!download|965p2|231405334|FUNDAMENTOS_DEL_DERECHO_PROCESAL_CIVIL_-_EDUARDO_COUTURE_noPW.pdf|10968|0|0. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

163 CHIOVENDA, Giusseppe – Ensayos de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires – Argentina 1949. Páginas 150. Disponible en: <http://www.bnm.me.gov.ar/cgi-bin/wxis.exe/opac/?IsisScript=opac/opac.xis&dbn=BINAM&tb=aut&src=link&query=CHIOVENDA,%20GIUSEPPE&cantidad=10&formato=&sala=1> (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

164 CAPPELLETTI, Mauro – La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil. Editorial Ejea. Buenos Aires – Argentina. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos6/ores/ores.shtml>. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

No quiere decir necesariamente, que el sistema haya fracasado o colapsado, pues se lograron avances importantes, pero no lo suficientemente representativos que compensen las expectativas de la comunidad, ni la disminución del flagelo de la corrupción y el resarcimiento del patrimonio del Estado como objetivo primordial y cardinal de las contralorías.

Los órganos de control fiscal nacional y territorial, hoy por hoy, aún con la entrada en vigencia del proceso verbal, tienen represados gran cantidad de procesos ordinarios¹⁶⁵ de responsabilidad fiscal, por el atraso que traían, debido en algunos casos a la insuficiencia de personal, falta de capacitación del mismo y en otras como consecuencia de la exagerada dilación a la que se ven sometidos por los investigados o presuntos responsables, inclusive por las compañías de seguros¹⁶⁶, quienes actúan como terceros civilmente responsables, pero que cuentan con las mismas garantías procesales y sustanciales de los investigados, y en algunas otras, por la falta de diligencia y celeridad en la actuación procedimental de los funcionarios encargados de la sustanciación de dichos procesos.

Dadas las anteriores condiciones, el hecho de incluir el principio de oralidad a este procedimiento, conlleva necesariamente a otorgarle celeridad a los procesos, pero simultáneamente exige, para desempeñarse con solvencia institucional y profesional, de un cambio cultural dentro de las perspectivas de la política, ética y jurídica, al igual que la adquisición de un conjunto de habilidades expresivas, comunicativas, idiomáticas, lógicas narrativas, demostrativas, argumentativas y refutativas de los auditores y sustanciadores, con el fin, que el debate probatorio y el diálogo se desarrollen en un ambiente democrático y participativo, en el que todos aquellos que puedan verse afectados por una decisión sean reconocidos como interlocutores válidos¹⁶⁷.

La oralidad, representa la garantía que permite la efectividad de todos los principios reconocidos en las constituciones y en los ordenamientos jurídicos procesales relacionados con el enjuiciamiento de cualquier conducta humana, bien sea de particulares o de servidores públicos que administren recursos públicos.

El permitir que los implicados como responsables de la ineficiente utilización de los recursos del erario y los funcionarios competentes de los órganos de control fiscal se expresen libremente ante un auditorio compuesto por los sujetos de la controversia jurídica y por la comunidad en general, implica que se haga efectivo en el proceso el postulado de la dignidad humana, principio de principios de los estados que se precien democráticos y de derecho¹⁶⁸.

165 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Informe Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal 2010. Rendición de Cuenta F-17, SIREL de los órganos de control fiscal. Tabla Procesos de Responsabilidad Fiscal en trámite a 31 de diciembre de 2010. Bogotá. Páginas 6 y 7. (Documento que reposa en la Biblioteca de la AGR).

166 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 44. “VINCULACION DEL GARANTE. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2_000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

167 DÍAZ BARRERA, Pablo César. Revista Sínderesis No. 9. Octubre de 2006 – Imprenta Nacional. Bogotá Colombia – ISSN 0124 – 471 X. Pág. 125.

168 DÍAZ BARRERA Pablo César. Revista Sínderesis No. 9. Octubre de 2006 – Imprenta Nacional - Bogotá Colombia – ISSN 0124 – 471 X. Pág. 126.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Un aspecto importante donde prevalezca la oralidad sobre la escritura, lo constituye el compromiso efectivo y real de los intervinientes en el proceso, pero el más relevante, debe ser el del rol ejercido por el servidor público competente para dirigir y liderar la audiencia pública, pues el hecho que, la audiencia se adelante en condiciones dignas, de respeto y bajo los principios de concentración, inmediatez, publicidad y lealtad procesal, hará imperativo concomitantemente la aplicación efectiva del principio de la dignidad humana, procurando siempre una solución efectiva y ágil del proceso de responsabilidad fiscal.

El posicionamiento de las contralorías del país puede ser una constante a observar en el futuro, si se aprovecha adecuadamente esta herramienta de la oralidad a través de las audiencias públicas, sin que ello conlleve a que todas las decisiones proferidas en virtud de este procedimiento verbal sean la de declaratoria de responsabilidad fiscal con el consecuente resarcimiento.

El hecho que se sustancie el proceso por esta vía abreviada, no implica, la asunción de la proscrita responsabilidad objetiva, por el contrario, la oralidad debe convertirse en una institución expedita para garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso, máxime cuando de ello dará fe, la misma ciudadanía que si a bien lo tiene, puede estar presente.

La inclusión de la oralidad en el proceso de responsabilidad fiscal, conlleva necesariamente a la integración de otros principios como el de publicidad y celeridad, por ello la importancia de realizar un análisis sobre las bondades de estos preceptos, los cuales constituyen un avance necesario e importante para dignificar el trabajo de los servidores públicos de las contralorías y la credibilidad de estos órganos de control.

A continuación, procederemos a responder algunos interrogantes del procedimiento verbal, desde la óptica académica y de quienes en algún momento hemos sido actores activos de los procesos de responsabilidad fiscal, en este caso con la introducción de la nueva dinámica de las audiencias públicas y de cara a la ciudadanía.

3.1 DENTRO DEL NUEVO ESQUEMA VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL, ¿EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD QUÉ IMPORTANCIA TIENE Y COMO SE REFLEJA EN EL PROCESO FISCAL?

La inclusión del principio de publicidad en el proceso de responsabilidad fiscal, no constituye un fin en sí mismo, sino que éste se erige como un instrumento facilitador de los principios políticos básicos y de las garantías que lo estructuran.

La incorporación del *principio de publicidad*, amerita ser valorado en su real dimensión por los contralores del país, puesto que con ocasión de la sustanciación de los procesos ordinarios o escritos, los debates jurídicos y probatorios eran totalmente cerrados, inclusive, amparados legalmente bajo el esquema de la reserva sumarial¹⁶⁹ y por ende, a espaldas de la comunidad.

169 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000 ARTÍCULO 20. “RESERVA Y EXPEDICION DE COPIAS. *Las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservadas. En consecuencia, ningún funcionario podrá suministrar información, ni expedir copias de piezas procesales, salvo que las solicite autoridad competente para conocer asuntos judiciales, disciplinarios o administrativos*”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/20_00/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

La publicidad no se refiere únicamente a la apertura del debate con la participación de los sujetos indispensables para la realización del proceso de responsabilidad fiscal, como el funcionario competente para decidir, el abogado sustanciador, el auditor, los implicados o presuntos responsables, peritos, apoderados y garantes, sino a la posibilidad que terceros, es decir la comunidad, que son en últimas quienes tributan, se encuentren presentes durante las audiencias.

No resultaba válido continuar con la legitimación del proceso de responsabilidad fiscal, sin una verdadera razón de comunicación con la comunidad, el sigilo con que se adelantaban estos expedientes, determinó necesariamente la falta de credibilidad, pues inevitablemente los resultados no eran percibidos y mucho menos en tiempo real, lo cual creaba duda y escepticismo en las contralorías como órganos que deben vigilar la administración del recurso público, máxime si se tiene en cuenta, que en naciones con dificultades económicas como la nuestra, la correcta y adecuada distribución de dichos recursos cobra especial relevancia y lo que se reclama precisamente por los administrados es una gestión transparente y diáfana.

La consolidación del principio de publicidad, a través de las audiencias públicas, se constituye en un medio de garantía de justicia e imparcialidad, puesto que no sólo servirá para constatar que los directores de responsabilidad fiscal, los auditores y contralores del país cumplan eficazmente su cometido, sino también para vigilar el comportamiento y solidaridad de los testigos, peritos y otros medios de prueba, en sus actuaciones en las audiencias, evitándose de esta forma la posible alteración de los medios probatorios que allí se incorporen.

Permitir que la comunidad conozca el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal, no solamente conlleva al reconocimiento del derecho a ejercer un control sobre el mismo, sino que a su vez motiva a quienes intervienen en la audiencia a capacitarse y documentarse, hecho que necesariamente redundará en beneficio de la sociedad en general, las instituciones de control fiscal y la propia defensa de los recursos del erario¹⁷⁰.

La circunstancia de adelantar un proceso de responsabilidad fiscal, de cara a la opinión pública significa que en cada entidad territorial departamental, distrital o municipal estarán presentes en las audiencias los medios de comunicación locales y nacionales, las veedurías ciudadanas, en general, toda la comunidad, situación que comporta un reto y/o desafío importante para posicionar el órgano de control y su actividad misional.

Ello es importante tomarlo en consideración, porque al discutirse acerca de la opción entre un sistema oral y uno escrito, no se rivaliza alrededor de cuestiones ideológicas, sino formales y pragmáticas, lo que debe tomarse en cuenta para adoptar uno en lugar del otro es, principalmente, su eficacia para realizar y cumplir los principios básicos y las garantías que constituyen, así como el oportuno y efectivo resarcimiento de los daños causados al erario y sobre todo de cara a la opinión pública¹⁷¹.

Quienes tuvimos la oportunidad de sustanciar procesos en épocas pretéritas discutíamos al interior de los órganos fiscales la posibilidad que éstos procesos fueran públicos, no solamente para observar de primera mano el debate jurídico y probatorio de determinadas conductas, en este caso de gestores fiscales,

170 DÍAZ BARRERA Pablo César. Revista Sindéresis No. 9. – Octubre de 2006 – Imprenta Nacional -Bogotá Colombia – ISSN 0124 – 471X. Pág. 127.

171 DÍAZ BARRERA Pablo César. Guía del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal. Revista Sindéresis No. 15. – Diciembre de 2011 – Imprenta Nacional - Bogotá Colombia – ISSN 0124 – 471 X. Pág. 56.



sino también para verificar y corroborar que las contralorías estaban cumpliendo con su función misional, constitucional y legal, siempre teniendo como eje fundamental el respeto por los principios superiores legales del debido proceso y el derecho de defensa, más aún cuando se ejerce la doble función de juez y parte.

3.2 CON LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD, ¿CUÁL SERÁ LA INCIDENCIA EN LA CELERIDAD DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

La inclusión de la oralidad en el proceso de responsabilidad fiscal, conlleva a un nuevo diseño del procedimiento, bajo la figura de las audiencias públicas, las cuales permiten conocer en tiempo real las decisiones que allí se adopten, la importancia del “*Estatuto Anticorrupción*” respecto de la aplicación del principio de celeridad se observa en la incorporación de normas que permiten y obligan a las contralorías a agilizar la sustanciación del proceso fiscal como a continuación lo veremos:

El artículo 99 de la Ley 1474 de 2011¹⁷², describe claramente los incidentes procesales que pueden presentarse al interior de las audiencias, pero señaló un término probatorio perentorio para la etapa de investigación, el cual se encuentra consagrado en el artículo 107¹⁷³ del mismo Estatuto Anticorrupción, en cuyo contenido se establece como plazo máximo un (1) año, contado a partir de la notificación del auto que decreta pruebas, es decir, desde de la notificación personal del auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, o desde la notificación en Estrados de la primera orden de práctica de pruebas.

172 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1474 DE 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTICULO 99. “AUDIENCIA DE DESCARGOS. La Audiencia de Descargos deberá iniciarse en la fecha y hora determinada en el auto de apertura e imputación del proceso. La audiencia de descargos tiene como finalidad que los sujetos procesales puedan intervenir; con todas las garantías procesales, y que se realicen las siguientes actuaciones: 1. Ejercer el derecho de defensa. 2. Presentar descargos a la imputación. 3. Rendir versión libre. 4. Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago. 5. Notificar medidas cautelares. 6. Interponer recurso de reposición. 7. Aportar y solicitar pruebas. 8. Decretar o denegar la práctica de pruebas. 9. Declarar, aceptar o denegar impedimentos. 10. Formular recusaciones. 11. Interponer y resolver nulidades. 12. Vincular nuevo presunto responsable. 13. Decidir acumulación de actuaciones. 14. Decidir cualquier otra actuación conducente y pertinente. En esta audiencia las partes tienen la facultad de controvertir las pruebas incorporadas al proceso en el auto de apertura e imputación, las decretadas en la Audiencia de Descargos y practicadas dentro o fuera de la misma, de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senad_o/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

173 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 107. “PRECLUSIVIDAD DE LOS PLAZOS EN EL TRAMITE DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL: Los plazos previstos legalmente para la práctica de las pruebas en la indagación preliminar y en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos. La práctica de pruebas en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal no podrá exceder de dos años contados a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta. En el proceso verbal dicho término no podrá exceder de un año”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senad_o/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

La drástica consecuencia, en caso que se omita el cumplimiento del término señalado será que cualquier prueba decretada y practicada extemporáneamente, no se tendrá en cuenta para adoptar la decisión final, lo que implicaría una posible investigación disciplinaria para los servidores públicos competentes por la omisión en el cumplimiento de los términos legales y reglamentarios.

La aplicación de este artículo y la vigilancia que sobre su cumplimiento emprenda la Auditoría General de la República, como órgano de control fiscal de segundo nivel, y eventualmente la Procuraduría General de la Nación, contribuirá necesariamente a que los procesos verbales se resuelvan en un tiempo máximo de dieciocho (18) meses, planteamiento que nos lleva a afirmar que los directores de responsabilidad fiscal deberán ser acuciosos en el adelantamiento de las audiencias de descargos y decisión mejorando de esta manera la percepción que la ciudadanía pueda tener sobre estos órganos de control fiscal.

Un elemento significativo incluido por el denominado “*Estatuto Anticorrupción*” lo constituye el hecho que los recursos de la vía gubernativa contra las medidas cautelares, la negativa a la práctica de pruebas, la negación de nulidades, se sustenten y decidan en audiencia pública.

Ello conlleva obligatoriamente a que los sujetos procesales no puedan dilatar con estos incidentes la decisión final del proceso, tal circunstancia constituye un avance notorio y significativo, con miras a obtener resultados en tiempo real y claramente verificables por la opinión pública.

Otro punto importante, que permite aplicar el principio de celeridad y evitar dilaciones infundadas en la sustanciación del proceso verbal, lo representa, el que la ley 1474 de 2011 es generosa con los órganos de control fiscal al establecer que ante la ausencia del presunto responsable, su apoderado o garante en las audiencias, una vez instaladas se prosiga y serán válidas sin que ello constituya per – se nulidad procesal por violación del debido proceso o derecho de defensa.

Inclusive el Legislador facultó a los directores del proceso para que ante la ausencia injustificada de las partes, en caso que se hayan interpuesto recursos, éstos se declaren desiertos, al igual que si se presentaron solicitudes previamente, la no comparecencia implique el desistimiento y archivo de la petición¹⁷⁴.

A lo anterior, se le suma lo estipulado por el literal c) del artículo 100 de la Ley 1474 de 2011¹⁷⁵, que expresa que si el garante en su calidad de tercero civilmente responsable, o su apoderado previa citación, no acuden a la audiencia una vez instalada, se allanarán a las decisiones que en la audiencia de descargos se profieran.

174 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1474 DE 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 98 LITERAL d): “Una vez reconocida la personería jurídica del apoderado del presunto responsable fiscal, las audiencias se instalarán y serán válidas, aun sin la presencia del presunto responsable fiscal. También se instalarán y serán válidas las audiencias que se realicen sin la presencia del garante. La ausencia injustificada del presunto responsable fiscal, su apoderado o del defensor de oficio o del garante o de quien este haya designado para que lo represente, a alguna de las sesiones de la audiencia, cuando existan solicitudes pendientes de decidir, implicará el desistimiento y archivo de la petición. En caso de inasistencia a la sesión en la que deba sustentarse un recurso, este se declarará desierto”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

175 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1474 DE 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 100 LITERAL c) “Si el garante en su calidad de tercero civilmente responsable, o su apoderado previa citación, no acude a la audiencia, se allanarán a las decisiones que en la misma se profieran”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Situación distinta ocurre, si el presunto responsable no acude a la instalación de la audiencia de descargos, pues en ese caso se le deberá nombrar defensor de oficio¹⁷⁶, para lo cual es oportuno acudir a las facultades de derecho de las universidades públicas y privadas para que los estudiantes de consultorio jurídico presten ese servicio.

Para ello resulta necesario, suscribir convenios entre los órganos de control fiscal y los establecimientos educativos que permitan la capacitación de los alumnos por parte de los servidores públicos de control fiscal y por otra, la presencia de estos estudiantes en aras de evitar la dilación de las audiencias por esta vía, dichos estudiantes estarán de esta forma debidamente capacitados para garantizar el derecho de defensa y contradicción implícitos dentro del debido proceso.

Otro punto importante, para brindarle celeridad al proceso verbal de responsabilidad fiscal, lo impone la forma de notificación de las providencias que contempló el Estatuto Anticorrupción, puesto que el artículo 104¹⁷⁷ de la Ley 1474 de 2011, es taxativo y restrictivo en establecer que las únicas providencias que se notificarán personalmente serán el Auto de Apertura e Imputación de responsabilidad fiscal y la providencia que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal¹⁷⁸.

Las demás providencias se notificarán por estrados inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes en la audiencia los investigados. Lo importante es que los órganos de control fiscal dentro del expediente incluyan un registro con la constancia de las notificaciones realizadas tanto en audiencia como fuera de ella.

Procesalmente y en aplicación del principio de celeridad, las contralorías encuentran con este nuevo procedimiento verbal una herramienta efectiva para la consecución de uno de los principales fines como

176 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 43.º *NOMBRAMIENTO DE APODERADO DE OFICIO. Si el implicado no puede ser localizado o citado no comparece a rendir la versión, se le nombrará apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso. Para este efecto podrán designarse miembros de los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho legalmente reconocidas o de las listas de los abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia conforme a la ley, quienes no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes*”.

177 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1474 DE 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 104. “*NOTIFICACION DE LAS DECISIONES. Las decisiones que se proferan en el curso del proceso verbal de responsabilidad fiscal, se notificarán en forma personal, por aviso, por estrados o por conducta concluyente, con los siguientes procedimientos: a) Se notificará personalmente al presunto responsable fiscal o a su apoderado o defensor de oficio, según el caso, el auto de apertura e imputación y la providencia que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal. La notificación personal se efectuará en la forma prevista en los artículos 67 y 68 de la Ley 1437 de 2011, y si ella no fuere posible se recurrirá a la notificación por aviso establecida en el artículo 69 de la misma ley*” Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

178 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 104 LITERAL a) “*Se notificará personalmente al presunto responsable fiscal o a su apoderado o defensor de oficio, según el caso, el auto de apertura e imputación y la providencia que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal*”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

lo es el resarcimiento del daño al patrimonio estatal, sistema que ha arrojado interesantes resultados en los procesos disciplinarios adelantados por las Personerías y la Procuraduría General de la Nación.

Otro aspecto no menos trascendental en el esquema y aplicación del pluricitado principio de celeridad es la oportunidad que representa para los profesionales del derecho, de tener una pronta definición de la situación jurídica patrimonial de sus prohijados, toda vez que los abogados ya no se verán obligados a esperar meses y a veces años para exponer sus pruebas, sino por el contrario, ellas se anunciarán y practicarán desde la audiencia de descargos.

Un claro ejemplo de la concentración e inmediatez con el que se abordará el material probatorio se observa cuando se ordena la práctica de un informe técnico o peritaje, puesto que el profesional experto deberá explicar el método o técnica utilizada para realizar el informe, y a su turno, las partes podrán interrogar o cuestionar los puntos que frente a los mismos consideren pertinentes, dentro de la lealtad procesal eso sí, que se encuentra implícita en estas actuaciones administrativas.

Finalmente vale la pena señalar que, este procedimiento verbal tiene como característica fundamental investigar, determinar y probar la responsabilidad fiscal y consecuentemente con esta última, obtener el resarcimiento al Estado en un término relativamente corto, cuyos elementos particulares son la aplicación del principio de oralidad, publicidad y el de concentración de la prueba, así como su tramitación en audiencia pública y no busca nada distinto que dotar a los órganos de control fiscal de un proceso ágil y sumario en el que se permite ejercer el derecho de contradicción y el derecho de defensa conforme lo establece la Constitución Política¹⁷⁹ y la legislación.

3.3 ¿CONSTITUYE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DEL DERECHO DE DEFENSA EL HECHO DE CAMBIAR O MUTAR AL PROCEDIMIENTO VERBAL, UNA INDAGACIÓN PRELIMINAR O PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL ADELANTADO POR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO, CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1474 DE 2011?

Inicialmente y al tenor de lo establecido en el parágrafo 3º del artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, es posible legalmente afirmar que la normatividad permite realizar el cambio procedimental de escrito a verbal.

El único condicionamiento formal que estableció el reseñado parágrafo, consiste en verificar si al momento de cambiar de procedimiento dentro del proceso ordinario, no se haya proferido Auto de Imputación, caso en el cual el legislador permite cambiar de procedimiento.

179 CONSTITUCIÓN POLITICIA ARTÍCULO 29. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Adicionalmente el literal a) del artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, exige para iniciar el procedimiento verbal con el respectivo auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, que se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño al patrimonio del Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal.

Así mismo, el artículo 97 en el párrafo tercero de la Ley 1474 de 2011, establece que en caso que se mute el procedimiento de ordinario a verbal, resulta perentorio señalar en el Auto las razones por las cuales se varía el ritual procesal.

Sobre este punto, se hace necesario repasar el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual fue modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, cuyo contenido expresa:

“...Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubiesen comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones...”

Es decir, que por regla general, cuando se trata de situaciones en curso, como la prevista por el legislador al autorizar el cambio de procedimiento de escrito a verbal y que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia el Estatuto Anticorrupción, es viable que el Congreso regule la situación en el estado que se encuentre, pues se trata de un cambio puramente procedimental y las normas procesales por ser de orden público tienen aplicación inmediata.

De esta manera fue reconocido por la Honorable Corte Constitucional, cuando se refirió precisamente a la exequibilidad del artículo 67 de la Ley 610 de 2000, que establecía la entrada en vigencia de dicha Ley, sobre lo contemplado en la Ley 42 de 1993, en los siguientes términos:

“...La aplicación o efecto general inmediato de la Ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. EL efecto general inmediato de la nueva Ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos...”¹⁸⁰

En consecuencia el proceso al ser considerado como una serie de actos procesales unidos entre sí y cuyo objetivo es la concreción de una situación jurídica a través de un acto administrativo, no se encuentra que la aplicación de la norma pueda violar el debido proceso y el derecho de defensa.

No obstante lo anterior, resulta oportuno señalar, que justamente el párrafo 3º del artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, se encuentra demandado ante la Honorable Corte Constitucional, por la acción de

180 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-619-01.htm>. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

inconstitucionalidad¹⁸¹ contemplada en la Carta Política, fundamentalmente porque sus demandantes consideran que mutar el proceso de ordinario a verbal es violatorio del derecho fundamental del debido proceso, en razón a que haría el proceso verbal con carácter retroactivo, habrá que esperar el pronunciamiento de la máxima autoridad constitucional, mientras tanto la norma tiene plena aplicabilidad y las contralorías pueden disponer de esta posibilidad de cambiar de procedimiento de verbal a escrito.

3.4 EN CASO QUE SE ADECUÉ EL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL AL TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO VERBAL, AL MOMENTO DE PROFERIR IMPUTACIÓN, EN APLICACIÓN DE LO DISPUESTO POR EL PARÁGRAFO 3º DEL ARTÍCULO 97 DE LA LEY 1474 DE 2011, ¿ES NECESARIO RECEPCIONAR NUEVAMENTE VERSIONES LIBRES EN LA AUDIENCIA DE DESCARGOS, EN EL EVENTO QUE ÉSTAS YA SE HAYAN RECAUDADO?

La norma en su artículo 99, específicamente el numeral 3º de la Ley 1474 de 2011¹⁸², permite la recepción de la versión libre, lo apropiado sería preguntarle al imputado durante el desarrollo de la audiencia de descargos, si desea ampliar su versión libre, con ello se garantizaría lo establecido en la norma especial.

Inclusive debería ser obligatorio para el órgano de control fiscal, preguntarle, si quiere ampliar la versión libre rendida durante el desarrollo del procedimiento ordinario, sin embargo, será el mismo imputado, quién de manera expresa, manifieste en la audiencia de descargos, si amplía su versión o si por el contrario se abstendrá de rendirla.

La posibilidad de actuación directa del implicado en los procesos de responsabilidad fiscal y en particular en su exposición libre y espontánea es razonable y proporcionada dada la naturaleza, finalidad y características especiales de la actuación que se surte, por ello la importancia que se le permita decidir si hace o no uso de ella.

La versión libre es parte obligatoria del derecho a la defensa, máxime cuando quien juzga tiene la doble función de juez y parte, luego se convierte en la garantía que tiene el administrado de intervenir en las actuaciones procesales para proteger sus intereses y derechos constitucionales y legales.

La posibilidad de permitir que el implicado rinda la versión libremente, sin presión alguna, tiene coherencia por la misma naturaleza de proceso administrativo, puesto que por ejemplo la defensa técnica en este caso es facultativa.

Ello es así porque el investigado, si considera, que se le han vulnerado sus derechos, puede acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través de apoderado; porque los involucrados conocen la problemática sometida a debate y porque la defensa técnica implica costos que muchas veces el interesado no puede asumir.

181 CORTE CONSTITUCIONAL Demanda de Inconstitucionalidad D – 009466 de 2012. del de diciembre de MP Mauricio González Consultada en los libros de la Corte Constitucional.

182 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Sobre este interrogante, se hace necesario acotar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sido reiterada en señalar, que la versión libre se constituye en un elemento de defensa de quién se encuentre siendo investigado como elemento determinante del debido proceso y el derecho de defensa:

*“...Ahora bien, es claro que las garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el **derecho de defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, pues constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.** Ello es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella...”¹⁸³. Subrayado y resaltado por fuera de texto.*

La misma Sentencia refiriéndose específicamente al tema de la versión libre, rotuló:

*“...**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...”. Subrayado y resaltado por fuera de texto.*

3.5 EN DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL, ¿EN QUÉ MOMENTO SE DEBE NOMBRAR APODERADO DE OFICIO?

El apoderado de oficio resulta ser una garantía procesal a favor de quienes se encuentren ausentes desde el inicio del proceso de responsabilidad fiscal, en aras de garantizar la defensa técnica y evitar las dilaciones del proceso.

El artículo 43 de la Ley 610 de 2000, estableció que si el implicado no podía ser localizado o citado no comparece a rendir versión libre, se le debe nombrar apoderado de oficio con quién se continuará el proceso.

Para el caso del procedimiento verbal, aplican íntegramente las normas de la Ley 610 de 2000, en virtud del artículo 105 de la Ley 1474 de 2011, de hecho el mismo literal b) en su artículo 100, reitera la posibilidad de nombrar apoderado de oficio cuando a pesar de notificado y citado a la audiencia el imputado no comparece a la instalación formal de la audiencia de descargos.

183 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 131 del 26 de febrero de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6197#1>. (http://www.secretariasenadogovcosenadobasedoccc_sc_nfc_html13). Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

Para este evento las contralorías, en aras de agilizar el trámite del proceso y evitar dilaciones en el mismo, deben acudir a los miembros de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho legalmente reconocidas o de las listas de auxiliares de la justicia, quienes no pueden negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes.

Es decir que el nombramiento del apoderado de oficio, ocurrirá al momento de instalar formalmente la primera sección de la audiencia de descargos, razón por la cual en esta audiencia se deberá contar con la presencia y disponibilidad de estudiantes de derecho quienes serán inmediatamente posesionados y notificados del auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, con el propósito que ejerzan la defensa de los implicados que no acudieron.

En caso que posteriormente, aparezca el imputado a las audiencias, asumirá el proceso en el estado en que se encuentre desplazando al apoderado de oficio, teniendo inclusive la posibilidad de nombrar abogado de confianza.

Situación diferente se presenta cuando se instala formalmente la audiencia de descargos con la presencia de los vinculados o de sus apoderados de confianza y posteriormente no comparecen a otra sección de la misma, en este caso, no será obligatorio para las contralorías nombrar apoderado de oficio, porque inclusive el mismo literal b) del artículo 104 de la Ley 1474 de 2011, preceptúa que las decisiones que se adopten en la audiencia, se entenderán notificadas a los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes en la audiencia respectiva.

3.6 ¿EN EL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL, CÓMO SE DEBE REALIZAR LA VINCULACIÓN DE LA ASEGURADORA Y EN QUÉ MOMENTO SE EFECTÚA?

En cuanto a la forma de vinculación de la compañía de seguros, seguirá realizándose en calidad de tercero civilmente responsable tal y como se hace dentro del procedimiento ordinario.

Ahora bien, el momento en que se efectúa la vinculación dependerá en primera instancia del trabajo acucioso del grupo auditor, puesto que si se logra identificar a la aseguradora en el traslado de hallazgo, el funcionario competente del área de responsabilidad fiscal deberá en el auto de apertura e imputación, establecer los motivos de su vinculación, así como también los riesgos amparables, las fechas que cubre la póliza, conforme lo ordena el literal a) del artículo 98 de la Ley 1474 de 2011¹⁸⁴.

184 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 98. *ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL*. El proceso verbal comprende las siguientes etapas: a) Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, el funcionario competente expedirá un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Posteriormente se procederá a comunicar el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, mediante el envío de una comunicación, en la cual se indique el lugar, fecha y hora para dar inicio a la audiencia de descargos, para lo cual se sugiere anexar copia de la providencia a la dirección o domicilio de la compañía de seguros.

En caso que la prueba de la póliza de seguros no se encuentre al momento de proferir el auto de apertura e imputación y sobrevenga una vez iniciada la audiencia de descargos, se deberá proferir auto que indique los motivos de la vinculación de la compañía de seguros y se procederá a comunicarla en los mismos términos expuestos en el párrafo anterior.

Al tenor de lo expuesto por el literal c) del artículo 100 de la Ley 1474 de 2011, si el garante en su calidad de tercero civilmente responsable, o su apoderado previa citación, no acuden a la audiencia, se allanarán a las decisiones que en la misma se profieran.

Vale la pena recordar, que de acuerdo con la remisión normativa que hace el artículo 105 del Estatuto Anticorrupción a la Ley 610 de 2000, para el caso de la vinculación de las aseguradoras aplica plenamente el contenido del artículo 44, en cuanto a que éstas tendrán los mismos derechos, garantías y facultades de los implicados, en tal sentido en desarrollo de la audiencia de descargos debe permitírsele ejercerlas.

3.7 EN EL EVENTO QUE DURANTE EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE DESCARGOS, SE ESTABLEZCA JURÍDICA Y PROBATORIAMENTE LA VINCULACIÓN DE UNA NUEVA PERSONA, ¿QUÉ TRÁMITE SE DEBE SEGUIR?

La Ley 1474 de 2011, no estableció específicamente el procedimiento en estos casos, sin embargo el numeral 12) del artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, posibilita que dentro de la audiencia de descargos se pueda vincular un nuevo responsable.

En este orden de ideas se considera que se debe seguir el mismo ritual o procedimiento empleado para los primeros vinculados, es decir que se deberá proferir auto de vinculación e Imputación de responsabilidad fiscal contra el nuevo vinculado, el cual debe reunir los requisitos señalados por el literal a) del artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, así como también las exigencias contempladas en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000, con el propósito de garantizar los principios constitucionales y legales del debido proceso y el derecho de defensa.

De igual manera, la providencia que se profiera por escrito deberá ser notificada personalmente en los términos de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con lo expuesto por el literal a) del artículo 104 del Estatuto Anticorrupción.

En razón a lo anterior y en vista que la nueva vinculación se adelanta dentro de la misma cuerda procesal de los demás vinculados, lo pertinente sería suspender la audiencia de descargos y proceder a redactar el auto de vinculación e imputación y a su respectiva notificación personal, una vez efectuado dicho trámite, se reanudará la audiencia en la cual se le brindará al nuevo imputado las mismas garantías que a los demás sujetos procesales.



3.8 ¿EN QUÉ CASOS LOS FUNCIONARIOS SUSTANCIADORES O DE APOYO PUEDEN PRESIDIR LA AUDIENCIA DE DESCARGOS?

El artículo 98 en el literal c) de la 1474 de 2011¹⁸⁵, establece la posibilidad que el funcionario sustanciador adelante la audiencia de descargos, en caso de ausencia justificada del competente, situación que acarreará problemas sustanciales, puesto que, en este procedimiento todas las decisiones se profieren en audiencia.

Supóngase que eventualmente, el servidor público sustanciador se encuentre presidiendo la audiencia de descargos y los implicados o abogados interponen recursos contra la medida cautelar o contra la negativa a la práctica de pruebas o contra la decisión que niega la nulidad o solicitan la vinculación o desvinculación de un sujeto procesal.

Este funcionario sustanciador o de apoyo no tendría competencia para resolver el recurso de reposición, pues aquella radica funcional y orgánicamente en el funcionario encargado de dirigir la audiencia y de decidir el proceso en virtud del artículo 64 de la Ley 610 de 2000¹⁸⁶ y de las resoluciones orgánicas internas que cada contraloría emita.

Aunado a lo anterior, para que la oralidad sea eficaz y los principios de inmediación y concentración de la prueba rindan los frutos esperados, el servidor público encargado de adoptar la decisión final debe ser el mismo que estuvo presente en el debate, es decir, que exista identidad física del juzgador.

La unidad de estas reglas es la única garantía para que la oralidad arroje los resultados que de ella se pretenden; el rompimiento eventual de la unidad de los principios mencionados conllevaría, no solamente a una oralidad estéril sin un fin de verdadera justicia que la verifique, sino también al acaecimiento de una nulidad por falta de competencia para decidir por parte del funcionario sustanciador.

Por ello, la posibilidad que el funcionario sustanciador adelante la audiencia de descargos generaría eventualmente problemas y nulidades procesales que afectarían el debido proceso, de hecho, en otras jurisdicciones como por ejemplo la laboral, la penal o disciplinaria, los únicos facultados para adelantar las audiencias son justamente los competentes para decidir el proceso.

Finalmente, se debe recalcar que en el proceso verbal opera plena y cabalmente el principio de inmediación, el cual como ya se afirmó, requiere la presencia del funcionario competente del nivel directivo en las audiencias de descargos y decisión, lo cual, además le genera respeto y legalidad al procedimiento verbal.

185 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011 ARTÍCULO 98 LITERAL C) La audiencia de descargos será presidida en su orden, por el funcionario del nivel directivo o ejecutivo competente o en ausencia de este, por el funcionario designado para la sustanciación y práctica de pruebas. La audiencia de decisión será presidida por el funcionario competente para decidir; Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/ basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

186 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000 ARTÍCULO 64. *DELEGACION. Para establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, los contralores podrán delegar esta atribución en las dependencias que, de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad, existan, se creen o se modifiquen, para tal efecto. En todo caso, los contralores podrán conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra los actos de los delegatarios*. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/b asedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

En conclusión, la posibilidad que otro funcionario dirija la audiencia sólo se debe aplicar en los eventos de caso fortuito o fuerza mayor y ante la imposibilidad de la presencia del titular; pero en ningún caso el funcionario sustanciador podrá tomar decisiones de fondo que legal y reglamentariamente le correspondan al funcionario competente.

Sobre este punto la jurisprudencia de la Corte Constitucional es contundente, en sostener la necesidad que las audiencias sean dirigidas por quienes tomarán la decisión final en los siguientes términos:

*“...Desde esta perspectiva resulta lógico pensar que si la intermediación comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y la concentración implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, **tales parámetros se verían afectados si en determinado momento del debate el juez que instaló la audiencia pública debe ser reemplazado por otro...**”¹⁸⁷* Subrayado y resaltado fuera de texto.

La posición aquí planteada coincide con la expuesta por la Contraloría General de la República, a través de la Oficina Jurídica, que mediante concepto de abril de 2012, sobre esta pregunta concluyó lo siguiente:

*“...**Teniendo en cuenta lo expuesto por la jurisprudencia y la doctrina, con fundamento en el principio de la intermediación debe ser el funcionario fallador quién presida las audiencias.** De igual manera, se considera que en el sistema formal de la oralidad se exige la intermediación del juzgador quiñen debe tener el contacto directo con las partes y con el proceso.*

También con arreglo al principio de intermediación, todo proceso incluyendo la práctica de pruebas ha de transcurrir en presencia directa de quién profiere sentencia...”¹⁸⁸ Subrayado y resaltado fuera de texto.

3.9 ¿QUÉ PLAZO SE LE PUEDE ACEPTAR AL IMPUTADO QUE OFREZCA UN ACUERDO DE PAGO EN LA AUDIENCIA DE DESCARGOS?

El Legislador, no contempló plazo para tal fin, razón por la cual el mismo debe ser regulado por cada contraloría mediante acto administrativo, en el cual, se establezca objetivamente los montos, tiempo y garantía que avale el acuerdo de pago, con el propósito de evitar el subjetivismo o discrecionalidad a la hora de aplicar el numeral 4º del artículo 99 de la Ley 1474 de 2011.

Resulta conveniente que el término no sea muy amplio para lograr el resarcimiento en el menor tiempo y así evitar posibles discusiones de prescripción del proceso en caso, que se adopte el criterio, que cuando ocurra este incidente se suspende el proceso.

La Contraloría General de la República, a través de su Oficina Jurídica, en relación con una consulta similar a la que aquí se plantea respondió:

187 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 205 del 24 de marzo de 2011. M.P. Nilson Pinilla. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-205-11.htm>. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

188 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Oficina Jurídica. Concepto Jurídico No. 2012IE24846 del 24 de abril de 2012.



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

*“...Es estas condiciones, si en la audiencia de descargos y el presunto responsable acepta la responsabilidad por el daño y se compromete al pago del daño **ocasionado y para tal efecto propone un acuerdo de pago, podría ser posible que se acepten títulos valores que respalden la totalidad de la obligación, pero será una decisión discrecional de la Contraloría Delegada para Investigaciones Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, fijar las pautas al respecto.***

*De otro lado, puede suceder que el implicado proponga un acuerdo de pago, **sin que acepte la responsabilidad en los hechos, caso en el cual puede procederse de igual manera.***

*Se resalta, que no existe norma al respecto, como lo señaló la Oficina Jurídica en el concepto jurídico citado, **pero habida cuenta que se trata de una manifestación absolutamente voluntaria del implicado y si el mencionado acuerdo se respalda con un título que sea exigible, podría aceptarse, pero debe tenerse en cuenta el término de prescripción del proceso de responsabilidad fiscal dado que el acuerdo de pago no puede ir más allá de éste, como tampoco el término del acuerdo de pago pueda ser tan estricto que impida el cumplimiento de la obligación en un término menor...**”¹⁸⁹. Subrayado y resaltado fuera texto.*

En términos generales se comparte la posición de la Contraloría General de la República, toda vez que realizar el pago implica cubrir en su totalidad la obligación, es decir, resarcir integralmente el daño. En consecuencia, con la simple celebración del acuerdo de pago no se logra el cometido de la responsabilidad fiscal.

Así mismo, se coincide con la Contraloría General, en el sentido que no es procedente aplicar la figura jurídica de la suspensión del proceso por la celebración de un acuerdo de pago, en razón a que no existe norma que faculte a las contralorías para ello, máxime que del contenido del artículo 13 de la Ley 610 de 2000¹⁹⁰, el citado acuerdo de pago no está previsto como causal para suspender del proceso.

Sin embargo no se comparte la tesis del órgano de control fiscal, en relación con que el imputado está en libertad de aceptar o no los cargos formulados en el Auto de Apertura e Imputación para aplicar esta figura, pues el numeral 4º del artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, plantea en primera instancia la aceptación de cargos y subsiguientemente proponer el resarcimiento del daño; es decir que no puede protocolizarse la segunda sin el cumplimiento de la primera.

En estas condiciones, se considera que una vez preguntado al imputado sobre su aceptación de cargos y posterior pago fraccionado, lo lógico es que se proceda a fallar con responsabilidad fiscal, puesto que lo primero que debe hacer el investigado es la manifestación expresa de la aceptación de cargos, en tanto, que solo así se satisface el primer objetivo del proceso que consiste en determinar y establecer la responsabilidad, para posteriormente proceder a exigir el resarcimiento del daño.

189 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – OFICINA JURIDICA. Concepto Jurídico No. 2012IE24846 del 24 de abril de 2012.

190 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 13. SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS. *El cómputo de los términos previstos en la presente ley se suspenderá en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. En tales casos, tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente y contra el cual no procede recurso alguno.* Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/sen_ado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000_pr001.html#47. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Con esta declaratoria de responsabilidad aceptada por el imputado e incorporada en la parte resolutive del fallo con responsabilidad fiscal, debe quedar igualmente claro y expreso en el acto administrativo las condiciones y plazo mediante las cuales se cancelará la obligación, así como también la garantía que amparará la deuda.

En caso de incumplimiento del acuerdo de pago, protocolizado en el fallo con responsabilidad fiscal, se procederá a enviarlo al área de jurisdicción coactiva, con el propósito que ejecute el título ejecutivo representado en la obligación clara, expresa y exigible plasmada en el acto administrativo que declaro la responsabilidad fiscal.

3.10 ¿CUÁLES SON LAS CAUSALES PARA SUSPENDER LA AUDIENCIA DE DESCARGOS?

El literal d) del artículo 100 de la Ley 1474 de 2011, señala que la audiencia de descargos se podrá suspender o aplazar por un término prudencial, señalándose el lugar, día y hora para su reanudación o continuación, según el caso.

La norma no es rigurosa en el sentido de limitar el aplazamiento o suspensión de las audiencias, lo importante es que este procedimiento tenga la celeridad que se pretende en esta clase de procesos y que sean debidamente justificadas y sustentadas.

A continuación se procederá a describir algunas situaciones o circunstancias que pueden generar eventualmente la suspensión de la audiencia de descargos las cuales son a título meramente enunciativo:

- El exceso de tiempo de iniciada la audiencia en una misma jornada, en ocasiones genera cansancio, razón por la cual resulta oportuno suspenderla.
- En las horas especiales como el medio día con el objeto de proceder a que el funcionario competente y de apoyo, así como también las partes procedan alimentarse dentro de un tiempo prudencial.
- Al momento de la instalación de la primera sección de la audiencia de descargos, cuando a pesar de haberse notificado personalmente el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el implicado no comparece y no es posible nombrarle apoderado de oficio. (Ver literales a) y b) del Artículo 110 de la Ley 1474 de 2011).
- Cuando la solicitud impetrada por los presuntos responsables, como por ejemplo nulidades o desvinculaciones requieran de un análisis profundo y cuidadosa por parte del funcionario competente.
- En el caso que se interpongan recursos contra la negativa a la práctica de pruebas, medidas cautelares o nulidades, el inciso final del artículo 102 de la Ley 1474 de 2011, permite que sean resueltos dentro de los (2) meses siguientes a la sustentación de los recursos.
- Cuando en desarrollo de la audiencia, se solicite la vinculación de nuevos responsables en virtud del numeral 12) del artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, resulta procedente realizar un estudio juicioso y proceder a la vinculación en los mismos términos de los inicialmente imputados.
- Cuando se concedan los recursos de apelación en el efecto suspensivo.
- Cuando la ausencia de algunas de las partes se justifique en una causa de fuerza mayor y caso fortuito, dentro de los términos del literal b) del artículo 104 de la Ley 1474 de 2011.



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

- En el evento que se requiera la práctica de pruebas fuera del lugar en el cual se adelanta la audiencia. (Ver artículo 100, literal f) de la Ley 1474 de 2011).
- En el caso que por problemas técnicos no sea posible la grabación de la audiencia por parte de los funcionarios de apoyo.
- Cuando por razones de fuerza mayor y caso fortuito el funcionario competente de la contraloría no pueda seguir adelantando la audiencia o no sea posible su comparecencia a la misma.

En todo caso, lo importante que deben tener en cuenta los órganos de control fiscal es el término establecido en la parte final del artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, referente a la preclusividad y cumplimiento de los plazos en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal que señala que en el proceso verbal el término probatorio no podrá exceder de un (1) año, contado a partir del momento en que se notifique la providencia que decreta pruebas.

3.11 ¿AL TENOR DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 104 DE LA LEY 1474 DE 2011, CÓMO SE REALIZAN LAS NOTIFICACIONES EN EL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

En aplicación de los principios de celeridad impuestos en el Estatuto Anticorrupción en este procedimiento impera primordialmente la notificación en estrados en la audiencia pública.

Es decir, que las decisiones que se profieran en las audiencias de descargos y decisión se consideran notificadas a todos los intervinientes inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes, de esta manera lo contempla el literal b) del artículo 104 de la Ley 1474 de 2011.

Dentro del expediente se incluirá un registro con la respectiva constancia de las notificaciones realizadas tanto en la audiencia como fuera de ella, para lo cual se podrá utilizar los medios técnicos idóneos.

Por ello, los investigados y apoderados deberán asistir cumplidamente a las audiencias que se programen, inclusive la normatividad protege a los órganos de control fiscal cuando las partes no comparezcan.

Así se infiere de la lectura del literal d) del artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, que rotula que una vez instaladas las audiencias serán válidas, aún sin la presencia del presunto responsable.

Adicionalmente señala que la ausencia injustificada de investigado, su apoderado, defensor de oficio o del garante en las audiencias cuando existan solicitudes pendientes de decidir, implicará el desistimiento y archivo de la petición.

De igual manera, en caso de inasistencia a la sesión o audiencia en la que deba sustentarse un recurso, este se declarará desierto.

Para el caso de las compañías de seguros en su condición de terceros civilmente responsables, por ejemplo cuando no acudan a la audiencia, se allanarán a las decisiones que en la misma se profieran, así se infiere del literal c) del artículo 100 de la Ley 1474 de 2011.

Las únicas notificaciones que se realizan personalmente al imputado, su apoderado o a su defensor de oficio, son el Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal y la providencia que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal, tal y como lo establece el literal a) del artículo 104 de la Ley 1474 de 2011.



Así mismo, el encabezado del artículo 104, permite la notificación por conducta concluyente, la que claramente se evidencia en el literal c) de la misma normativa cuando señala que cuando se hubiese realizado la notificación o esta fuera irregular, la exigencia legal se entiende cumplida, para todos los efectos, cuando el sujeto procesal dándose por enterado, se manifiesta respecto de la decisión o cuando él mismo utiliza en tiempo los recursos procedentes.

3.12 ¿A LA LUZ DE LO DISPUESTO POR EL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 102 Y COTEJÁNDOLO CON EL ARTÍCULO 100 LITERAL E) DE LA LEY 1474 DE 2011, CONTRA LA DECISIÓN QUE NIEGA LA SOLICITUD DE PRUEBAS, PROCEDE EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN, O SÓLO PROCEDE EL DE REPOSICIÓN?

Desde el punto de vista procesal, la nueva normatividad en este punto, incurre en una inconsistencia que genera interpretaciones disímiles en la sustanciación del proceso verbal

En este caso contra la negativa a decretar pruebas en la audiencia de descargos, de acuerdo con el literal e)¹⁹¹ del artículo 100 de la Ley 1474 de 2011, procede únicamente reposición y el artículo 102 del mismo Estatuto, expresa que proceden los dos recursos de la Vía Gubernativa.

Ante esta inconsistencia, los servidores públicos competentes para adelantar las audiencias pueden aplicar cualquiera de los dos artículos, puesto que gozan de respaldo normativo previsto por el legislador; sin embargo lo más apropiado en el evento que se tenga claramente determinado que el proceso es de doble instancia y en aras de garantizar el principio del debido proceso y el derecho de defensa, lo más aconsejable sería conceder el recurso de apelación.

La anterior interpretación, tiene no solamente respaldo legal en el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011, pues, es diáfano en señalar que proceden los dos recursos contra la negativa a practicar pruebas; sino también resulta recomendable para el proceso, continuarlo por la cuerda procesal de la doble instancia, con el fin de evitar que a la postre vía tutela o a través del pronunciamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se impetre una nulidad de lo actuado.

Ante el yerro del legislador a la hora de la redacción de las normas y en aras del respeto del principio constitucional y legal de derecho de defensa y el debido proceso, se debe aplicar lo preceptuado en el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011¹⁹², siempre y cuando el proceso sea de doble instancia.

191 CONGRESODE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 100 “e) *Solamente en el curso de la audiencia de descargos, los sujetos procesales podrán aportar y solicitar pruebas. Las pruebas solicitadas y las decretadas de oficio serán practicadas o denegadas en la misma diligencia. Cuando se denieguen pruebas, procede el recurso de reposición, el cual se interpondrá, sustentará y resolverá en la misma audiencia*”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

192 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1474 del 12 de julio de 2012. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

En opinión de quién escribe este documento, prima sobre los dos artículos cuestionados a la hora de determinar los recursos que proceden, lo contemplado en el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, que señala:

*“...ARTÍCULO 110. INSTANCIAS. **El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada...**”.* Subrayado y resaltado fuera de texto.

Esta interpretación tiene sentido, en la medida que la voluntad del legislador es agilizar el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de acuerdo con el criterio objetivo de la cuantía del daño que fijó en el artículo transcrito y no sería lógico procedimentalmente, que los incidentes procesales¹⁹³ que se presenten en las audiencias tengan doble instancia, mientras la decisión final sea de única instancia.

Aunado a lo anterior el mismo artículo 102 en el inciso 5º expresa:

*“...El recurso de reposición procede cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación, **sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada con los hechos y tendrá recurso de apelación cuando supere la suma señalada...**”.* Subrayado y resaltado fuera de texto.

Nótese que el mismo artículo aclara en qué momento proceden los recursos de la vía gubernativa para estos incidentes y lo supedita a la cuantía del proceso, norma que guarda coherencia con lo reglado por el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011¹⁹⁴.

3.13 ¿APLICA EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

En primer término vale la pena señalar, que al iniciar el trámite y discusión de la Ley 1474 de 2011 en el Congreso de la República se planteó por parte de los legisladores dedicar un capítulo completo y exclusivo para la inclusión del denominado principio de oportunidad en el proceso de responsabilidad fiscal. Sin embargo, en sus discusiones se consideró que este principio no podía ser adoptado a los procesos de carácter resarcitorio como el fiscal y menos aún, si lo que se protege como bien jurídico tutelado es justamente el patrimonio del Estado, en esa medida el Legislador acertó en suprimir el Principio de Oportunidad, en materia de responsabilidad fiscal.

El objeto de este Principio de Oportunidad encuentra su razón de ser en obtener prontamente la verdad procesal a través de la delación o confesión de los hechos materia de investigación, reduciéndose con el respaldo de esta figura las sanciones o penas de quienes colaboren con la justicia.

¹⁹³ Pruebas, Nulidades y Medidas Cautelares.

¹⁹⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de *corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública*”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011 ARTÍCULO 110; INSTANCIAS. *El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada*”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Para el caso de la acción de responsabilidad fiscal, este principio no tiene aplicación, pues sería ilegal e inconstitucional disminuir el monto del resarcimiento al daño causado y menos aún con la redacción del artículo 47 de la Ley 610 de 2000¹⁹⁵ que exige para archivar un proceso, acreditar el resarcimiento pleno del perjuicio. Situación que no se presenta en materia penal, donde las penas son subjetivas y por regla general es la privación de la libertad, lo cual en dicho contexto, su aplicación no resulta contrario a la ley o a la Constitución Política y se convierte en un mecanismo para buscar la verdad.

No obstante lo anterior, en el Estatuto Anticorrupción se encuentran vestigios de la consagración inicial del citado Principio de Oportunidad, por ejemplo el numeral 4º del artículo 99 de la Ley 1474 de 2011¹⁹⁶, prevé que durante la audiencia de descargos los implicados pueden aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago.

Son dos los supuestos aludidos en el citado artículo, el primero, que se acepten los cargos de manera integral y el segundo, que se proponga el resarcimiento del daño, caso en el cual se debe entender que el resarcimiento se concretará de manera integral y permitiría eventualmente aplicar la figura de la cesación fiscal en los términos del artículo 111 de la Ley 1474 de 2011¹⁹⁷.

De otra parte, en el segundo caso es posible que el implicado solicite el acuerdo de pago, lo cual quiere decir que el resarcimiento del daño se producirá no en forma absoluta o en un solo pago, sino de manera sucesiva, es decir que el pago se diferirá en el tiempo, situación que plantea problemas procedimentales a los operadores jurídicos de las contralorías, en el desarrollo y consolidación de la audiencia de descargos.

195 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. “ARTÍCULO 47. AUTO DE ARCHIVO. *Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma*”. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000_pr001.html#47. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

196 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 99 NUMERAL 4. AUDIENCIA DE DESCARGOS. La Audiencia de Descargos deberá iniciarse en la fecha y hora determinada en el auto de apertura e imputación del proceso. La audiencia de descargos tiene como finalidad que los sujetos procesales puedan intervenir, con todas las garantías procesales, y que se realicen las siguientes actuaciones: Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

197 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 111. PROCEDENCIA DE LA CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL. *En el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal únicamente procederá la terminación anticipada de la acción cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad*. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

Se debe entender que el acuerdo de pago registra un compromiso para resarcir el daño, en otras palabras, el implicado se compromete a devolver los recursos públicos en un tiempo determinado, pero el pago no se materializa al momento de firmar el acuerdo de pago; luego, evidentemente el operador jurídico no puede aplicar la figura de la cesación de la acción fiscal hasta tanto haya una reparación integral y total del daño causado como lo exige la normatividad.

Desde la óptica fiscal, realizar el pago implica cubrir en su totalidad la obligación, es decir, resarcir integralmente el daño. En consecuencia, con la simple celebración del acuerdo de pago no se logra el cometido de la responsabilidad fiscal.

La pregunta a resolver será, ¿Qué pasará con el Proceso de responsabilidad fiscal y la misma audiencia de descargos, si claramente el proceso no se puede cesar o archivar?

Un interrogante adicional para los operadores puede orientarse a si en este evento ¿Es posible acudir a la aplicación del artículo 13 de la Ley 610 de 2000¹⁹⁸ en cuanto a la suspensión de términos?

No resulta procedente aplicar la figura jurídica de la suspensión del proceso por la celebración de un acuerdo de pago, en razón a que no existe norma que faculte a las contralorías para ello, máxime que del contenido del artículo 13 de la Ley 610 de 2000¹⁹⁹, el citado acuerdo de pago no está previsto como causal para suspender del proceso.

En estas condiciones, se considera que una vez preguntado al versionado sobre su aceptación de cargos y posterior pago fraccionado, lo lógico es que se proceda a fallar con responsabilidad fiscal, puesto que lo primero que debe hacer el investigado es la manifestación expresa de la aceptación de cargos, en tanto que solo así se satisface el primer objetivo del proceso que consiste en determinar y establecer la responsabilidad.

Posteriormente, con esta declaratoria incorporada en la parte resolutive de la providencia, debe quedar igualmente, claro y expreso las condiciones y plazo mediante las cuales cancelará la obligación, así como también la garantía que amparará la deuda.

Con la anterior interpretación, el órgano de control fiscal evitará la aplicación de otras figuras que pueden poner en riesgo el proceso y su pago final. De esta forma, se estaría dando acatamiento al objeto del

198 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 13. SUSPENSION DE TERMINOS. *El cómputo de los términos previstos en la presente ley se suspenderá en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. En tales casos, tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente y contra el cual no procede recurso alguno.* Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senad_o/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000_pr001.html#47. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

199 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 13. SUSPENSION DE TERMINOS. *El cómputo de los términos previstos en la presente ley se suspenderá en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. En tales casos, tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente y contra el cual no procede recurso alguno.* Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000_pr001.html#47. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

proceso de responsabilidad fiscal y en caso de incumplimiento del acuerdo de pago, el cual debe quedar respaldado con una garantía real o financiera, se le dará traslado a la jurisdicción coactiva, con el propósito que proceda a ejecutar el acto administrativo que declaró la Responsabilidad Fiscal.

Así mismo, ocurre con la parte final del artículo 111 de la Ley 1474 de 2011, que señaló que la cesación de la acción fiscal procede sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad, norma que dentro del contexto y fundamento de la responsabilidad fiscal queda sin aplicación alguna.

En conclusión, el principio de oportunidad no puede ser utilizado como valor agregado en el adelantamiento y agilización de los procesos verbales de Responsabilidad Fiscal, por el bien jurídico que se protege y por el carácter resarcitorio del Proceso.

3.14 ¿CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 119 DE LA LEY 1474 DE 2011 (SOLIDARIDAD), SE PUEDEN VINCULAR COMO PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES A LOS PARTICULARES QUE HAN OMITIDO CUMPLIR UNA OBLIGACIÓN PATRIMONIAL CON EL ESTADO (PAGO DE IMPUESTOS, PREDIALES, VEHÍCULOS, ARANCELES, COSTOS DE LICENCIAS AMBIENTALES ENTRE OTROS)?

Desde la óptica puramente legal, existe la posibilidad de ser vinculados al proceso en virtud de la nueva legislación. El artículo 119 del “Estatuto Anticorrupción”, se refiere a “OTROS HECHOS IRREGULARES”, luego eventualmente podría pensarse que cobijaría a los formulados en la pregunta.

Adicionalmente, el artículo plantea un nuevo tipo o forma de vinculación al proceso de responsabilidad fiscal “Y CON LAS DEMAS PERSONAS QUE CONCURRAN AL HECHO”, resulta razonable que, quien no cancela una obligación de carácter tributario o tasa, claramente concurre a la causación del daño.

Incluso con ocasión del pronunciamiento de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C - 840 de 2001, ya se habían dado razones, elementos jurídicos y argumentos fácticos para realizar estas vinculaciones.

Lo que evidentemente no guardaría coherencia con los principios de eficacia y eficiencia, y que nos lleva a contestar la pregunta de manera negativa, es que claramente el cobro de una obligación tributaria se realiza por medio del “PROCESO DE JURISDICCIÓN COACTIVA” a los contribuyentes; entonces no tendría sentido para el órgano de control fiscal, constituir otro título ejecutivo (FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL), que buscaría el cobro de la misma obligación.

Ahora bien, las contralorías normalmente intervienen cuando el encargado de ejecutar los títulos contra el particular, no cobró o recaudó en oportunidad y perdió la posibilidad legal para hacerlo por la configuración de fenómenos jurídicos como la prescripción, caducidad, remisión, decaimiento, etc.

En este caso, es procedente la vinculación de los servidores públicos que tenían la capacidad legal, orgánica y funcional de ejercer el cobro por jurisdicción coactiva, siempre y cuando la Contraloría determine que no hubo gestión legal y administrativa para lograr la consecución del pago al Estado.

Lo anterior se afirma en virtud que las obligaciones de cobro de tributos o gravámenes son obligaciones de las denominadas de “medios”, y no necesariamente siempre habría lograr a responsabilizar a los servidores públicos encargados del recaudo de estos impuestos.

3.15 ¿AL TENOR DE LO ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 103 DE LA LEY 1474 DE 2011, CUÁL ES EL LÍMITE DE LOS EMBARGOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

Las medidas cautelares estarán limitadas al valor estimado del daño al momento de su decreto y se podrán decretar inclusive antes de proferirse Auto de Apertura e Imputación de responsabilidad fiscal y se ejecutarán, registrarán y protocolizarán previo a la notificación en estrados de la providencia que las decreta.

Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal tal y como lo prevé el artículo 12 de la Ley 610 de 2000, que tiene aplicación en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal en virtud de la remisión explícita del artículo 105 de la Ley 1474 de 2011, que señala que en los aspectos no previstos en el Estatuto Anticorrupción, se aplicarán las disposiciones de la Ley 610 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso verbal.

Cuando la medida cautelar recaiga sobre sumas líquidas de dinero, se podrá incrementar hasta en un cincuenta por ciento (50%) de dicho valor y de un ciento por ciento (100%) tratándose de otros bienes, el límite que se tendrá en cuenta para cada uno de los presuntos responsables, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución.

En ese sentido las contralorías deben cumplir rigurosamente los límites preestablecidos en el artículo 103 de la Ley 1474 de 2011, so pena de incurrir en excesos en los embargos decretados y encontrarse inmersos dentro de las prohibiciones y responsabilidades señaladas en la Ley 610 de 2000, referentes a que el funcionario competente para decretarlas responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe en los términos de las sentencia de la Corte Constitucional C-840 de 2001, que rotuló:

“...En el evento de que dentro del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente decreta medidas cautelares que por su misma desproporción acusen irregularidades que fueron conocidas por él, y que pese a las mismas expidió el acto quebrantador de derechos patrimoniales del procesado, manifiesta será la mala fe con que actuó en tanto tuvo conocimiento y voluntad para producir el acto generador del daño antijurídico. Hipótesis en la cual se actualiza la eventual responsabilidad del Estado junto con la del funcionario infractor a términos del artículo 90 Superior. Consecuentemente, cuando el respectivo servidor público obre con temeridad o mala fe al decretar las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el Estado debe responder primeramente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la subsiguiente repetición que debe ejercer contra aquél...”²⁰⁰. Subrayado y resaltado fuera de texto.

Se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante la jurisdicción competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, y que sea suficiente para amparar el pago del valor integral del daño estimado y probado por quien decretó la medida.

200 CORTE CONSTITUCIONAL C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2001/c-840_2001.html#1. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



3.16 ¿QUÉ RECURSOS PROCEDEN CONTRA LAS MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS EN EL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

Desde el punto de vista procesal, el “*Estatuto Anticorrupción*”, incurre en inconsistencias que generan interpretaciones disímiles en la sustanciación del proceso verbal, ello se observa por ejemplo, al momento de evaluar el contenido de los artículos 102²⁰¹ y 103²⁰², el primero de estos plantea que contra la decisión que niega el levantamiento de la medida cautelar proceden los recursos de reposición y apelación, mientras el artículo 103 señala que únicamente procede el recurso de reposición.

Ante esta inconsistencia, los servidores públicos competentes para adelantar las audiencias pueden aplicar cualquiera de los dos artículos, puesto que gozan del respaldo normativo previsto por el legislador; sin embargo lo más apropiado en el evento que se tenga claramente determinado que el proceso es de doble instancia y en aras de garantizar el principio del debido proceso y el derecho de defensa, lo más conveniente sería conceder el recurso de apelación.

La anterior interpretación, tiene no solamente respaldo legal en el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011²⁰³, pues, es diáfano en señalar que proceden los dos recursos; sino también resulta pertinente para el proceso continuar por la cuerda procesal de la doble instancia, con el fin de evitar que a la postre vía tutela o a través del pronunciamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se impetre una nulidad de lo actuado.

Será finalmente, el pronunciamiento que realice la Honorable Corte Constitucional sobre la exequibilidad o no de los artículos en controversia quién dirima esta disyuntiva, en el entretanto, se reitera, que lo conducente y pertinente al momento de desatar los recursos contra las medidas cautelares, es conceder los dos recursos de la Vía Gubernativa en los términos del pluricitado artículo 102 de la Ley 1474 de 2011.

201 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 102. RECURSOS. *Contra los actos que se profieran en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, proceden los siguientes recursos: El recurso de reposición en subsidio el recurso de apelación procede contra la decisión que resuelve las solicitudes de nulidad, la que deniegue la práctica de pruebas y contra el auto que decrete medidas cautelares, en este último caso el recurso se otorgará en el efecto devolutivo.* Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

202 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 103. MEDIDAS CAUTELARES: *El auto que decrete medidas cautelares, se notificará en estrados una vez se encuentren debidamente registradas y contra él sólo procederá el recurso de reposición, que deberá ser interpuesto, sustentado y resuelto en forma oral, en la audiencia en la que sea notificada la decisión.* Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

203 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

3.17 ¿LAS PRESUNCIONES DE DOLO Y CULPA GRAVE CONTEMPLADAS EN LA LEY 678 DE 2001, SON APLICABLES EN EL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL?

La respuesta es que no son aplicables las presunciones de dolo y culpa grave establecidas en la acción de acción de repetición por las razones que a continuación se explican:

La tipificación y declaratoria de la responsabilidad fiscal se surte a través del proceso administrativo que adelantan las contralorías, entendido éste como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas con el fin de determinar la responsabilidad que les corresponde a los servidores públicos y a los particulares derivada de la administración deficiente o manejo irregular de los dineros o bienes públicos²⁰⁴.

De este modo, el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica en la cual se debe precisar con certeza que el gestor fiscal debe cargar con las consecuencias que se deriven de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y está obligado a reparar el daño causado al erario, por su conducta dolosa o gravemente culposa²⁰⁵.

Uno de los puntos sustanciales importantes adoptados por la nueva legislación fiscal es justamente el de incorporar dentro del elemento de la culpabilidad las presunciones de dolo y culpa grave en el manejo de los procesos de responsabilidad fiscal, tal circunstancia quedó registrada en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011²⁰⁶, ello con el objeto de dotar a las contralorías de una herramienta que indefectiblemente ayudará en la consolidación de la celeridad del proceso verbal de responsabilidad fiscal.

204 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 1o. “DEFINICION El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2_000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

205 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU – 620 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Antonio Barrero Carbonell. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5466>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

206 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1474 DE 2011. ARTÍCULO 118. “DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

- a) *Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;*
- b) *Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;*
- c) *Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;*
- d) *Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;*



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Con anterioridad a esta reglamentación, el elemento sustancial dentro del trípedo de la responsabilidad fiscal generador de mayores dificultades probatorias para los operadores jurídicos, era ciertamente, el de la culpabilidad²⁰⁷, pues las contralorías en todos los casos tenían la obligación de demostrar la intención dañosa, el aspecto cognoscitivo, la negligencia, la imprudencia o impericia del gestor fiscal, situación que evidentemente dificultaba la determinación de la responsabilidad.

Los únicos referentes normativos del elemento culpa en los procesos de responsabilidad fiscal se encontraban contenidos en el artículo 63²⁰⁸ del Código Civil y algunas contralorías acudían a las presunciones de dolo y culpa grave señaladas por los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001²⁰⁹, sin que éstas se pudieran aplicar taxativamente al proceso de responsabilidad fiscal.

Emplear taxativamente las presunciones de la acción de repetición en el proceso de responsabilidad fiscal, constituye una violación del debido proceso, puesto que ellas fueron consagradas única y exclusivamente dentro del ámbito jurídico y procesal de la Acción Judicial de Repetición, muy a pesar que ambas acciones persiguen el resarcimiento al patrimonio del Estado, se hace bajo cuerdas y estructuras procesales diferentes.

Con la incorporación específica de las presunciones de dolo y culpa grave en materia fiscal, se evitará igualmente que las contralorías continúen acudiendo a las presunciones de la acción de repetición, puesto que, se reitera, ello constituía una violación sustancial del derecho de defensa y el debido proceso.

No obstante sus coincidencias, la acción de repetición es netamente judicial, en tanto la fiscal es de carácter administrativo, de igual manera, la primera es subsidiaria pues está condicionada a la decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no así la Fiscal cuya autonomía se encuentra reconocida constitucional y legalmente, pero lo más importante y determinante lo constituye el principio general de

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales". Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

207 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000 ARTÍCULO 5. “ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

208 CODIGO CIVIL. ARTÍCULO 63. “CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

209 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 678 del 3 de agosto de 2001 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2001/ley_0678_2001.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

Derecho que rotula que las presunciones son taxativas y restrictivas pues se invierte la carga de la prueba, es decir que al investigado le corresponde desvirtuar la presunción señalada por la Ley, por esa razón no puede otorgársele una interpretación extensiva o analógica a otros escenarios o rituales procesales claramente disímiles²¹⁰.

Las presunciones deben ser razonables y verosímiles, tienen como propósito dar por cierto un hecho o situación sin que estén probados, o lo que es lo mismo, sin absoluta certeza para la Contraloría y se fundamentan en probabilidades, es decir, que no excluyen la posibilidad de error, pero persiguen fundamentalmente corregir la desigualdad de un proceso, por eso se afirma que se invierte la carga de la prueba y se le traslada a los presuntos responsables fiscales la obligación de desvirtuar el razonamiento que inicialmente se le endilga.

Una presunción legal como las que contempla el nuevo Estatuto Anticorrupción releva a los órganos de control de probar el hecho presumido, y ello ya constituye un avance importante, sin embargo es obligatorio para las contralorías demostrar la ocurrencia del hecho antecedente o indicador a partir del cual se deriva la existencia del hecho presumido.

La Honorable Corte Constitucional ha afirmado que: *“...las presunciones no son realmente un medio de prueba sino más bien un razonamiento orientado a eximir de la prueba”*.

Ha dicho el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional que en el caso de las presunciones:

*“iuris tantum, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser mostrado. Se puede, sin embargo, desvirtuar el hecho indicador. Se admite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción. Deben existir elementos lógicos, fácticos y valorativos suficientes que permitan hacer compatible la configuración de presunciones con la justicia, con el debido proceso y con la eficacia...”*²¹¹.

Culmina la Corte señalando en la misma jurisprudencia sobre el tema de las presunciones lo siguiente:

“...Las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia porque se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica empleada por el legislador, en ejercicio de la facultad de configuración de las instituciones procesales con la finalidad de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos para la Sociedad.

El que la Ley permita probar en contrario lo que se deduce de una presunción o la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertas las circunstancias de o que se infiere la Ley, obedece a que las presunciones se fundamentan en probabilidades que en su condición de tales no excluyen la posibilidad de error, entonces dada esa posibilidad de equivocación, es apenas

210 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-778 del 11 de septiembre de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2003/c-778_2003.html#1. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

211 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595 del 27 de julio de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-595-10.htm>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

*natural que la deducción sea siempre desvirtuable por prueba en contrario...*²¹² Subrayado y resaltado fuera de texto.

Por lo anterior, se debe reseñar que acierta el legislador en la incorporación de las presunciones específicas y especiales en materia de responsabilidad fiscal, pues ello facilitará la labor tanto de los auditores como de los sustanciadores en la importante y compleja tarea de demostrar la culpa grave o el dolo para determinar la responsabilidad y subsiguiente resarcimiento del patrimonio del Estado.

No obstante lo positivo de la norma, los funcionarios competentes de las contralorías deben ser muy sigilosos y cuidadosos a la hora de tipificar las presunciones de dolo y culpa grave contenidas en la nueva legislación, toda vez que de acuerdo con la jurisprudencia enunciada anteriormente, estas prerrogativas son taxativas y restrictivas, es decir, que no le permite al operador jurídico ir más allá, de lo que la misma presunción legal contempla.

3.18 ¿DE QUÉ MANERA SE DA LA PRESUNCIÓN DE DOLO CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 118 DE LA LEY 1474 DE 2011?

El Legislador estableció una sola presunción de dolo en los siguientes términos:

*“...Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título...”*²¹³.

Un organismo de control fiscal, no podrá presumir la conducta a título de dolo, si por los mismos hechos el investigado no ha sido condenado en materia penal o sancionado disciplinariamente, es decir, que las decisiones se encuentren debidamente ejecutoriadas en ambos casos, de lo contrario será el órgano de control fiscal, quien deba probar la culpabilidad del presunto responsable.

En nuestra apreciación e interpretación se presenta la figura de la prejudicialidad para efectos de su aplicación en el proceso de responsabilidad fiscal.

La experiencia demuestra, que normalmente los entes de control fiscal realizan concomitantemente los respectivos hallazgos fiscales, disciplinarios y penales por los mismos hechos, situación que inicialmente, no le permitiría al funcionario competente del órgano fiscal presumir el dolo en materia fiscal, pues aquellos procesos para este momento procesal estarán comenzando a sustanciarse ante dichas jurisdicciones²¹⁴.

212 CORTE CONSTITUCIONAL. Referencia: expediente D-7977. Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 1º y el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1333 de 2009, “Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones.” M.P. Jorge Iván Palacio. Disponible en: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-231629814>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

213 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

214 DÍAZ BARRERA Pablo César. Guía del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Revista Sínderesis No. 15. – Diciembre de 2011 – Imprenta Nacional - Bogotá Colombia – ISSN 0124 – 471 X. Pág. 20.



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

Ahora bien, algunos doctrinantes consideran que esta presunción es inconstitucional, bajo el criterio que no es lo mismo juzgar dentro de un proceso punitivo o sancionatorio determinada conducta e igualarla dentro de la esfera de la responsabilidad fiscal, puesto que esta última es de naturaleza resarcitoria con elementos sustanciales claramente diferentes, situación que violaría el debido proceso y la presunción de inocencia consagrados en la Carta Política.

No obstante, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional sobre casos similares ha considerado que este tipo de presunciones se encuentran ajustadas a Derecho por el fin que se persigue y el hecho que se presume la conducta a título de dolo, no necesariamente conlleva a la responsabilidad en materia fiscal, toda vez que el implicado puede desvirtuar la presunción durante el desarrollo del proceso²¹⁵.

Los antecedentes jurisprudenciales que sobre esta materia existen, se remontan al pronunciamiento que la Corte Constitucional realizó sobre el artículo 1516 del Código Civil que señala que “...*el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse...*”, dicho artículo fue declarado exequible bajo el argumento que el Legislador al establecer una presunción de dolo, se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos.

Así mismo expresó la Corte Constitucional que frente a la:

*“presunta violación de derechos es claro para el máximo órgano constitucional que no cabe entender vulnerado el debido proceso puesto que las presunciones per se, no pueden considerarse como atentatorias del artículo 29 de la Constitución Política concretamente, **no puede considerarse que en este caso se desconozcan la presunción de inocencia ni el derecho de defensa, puesto que siempre existirá para quien se vea invocada una presunción de dolo la posibilidad de demostrar la inexistencia del hecho que se presume o de los antecedentes o circunstancias de donde se infiere la posible violación en concreto de dicho derecho al debido proceso: sólo podrá eventualmente predicarse es frente a cada presunción en particular que el Legislador establezca, puntualizó la Honorable Corte Constitucional**”²¹⁶.* Subrayado y resaltado fuera de texto.

Resta, solo esperar el pronunciamiento de exequibilidad o no de esta norma, pues en la actualidad cursa acción de inconstitucionalidad²¹⁷ frente a la misma; mientras tanto, las contralorías deberán aplicar esta presunción en los términos de la Ley 1474 de 2011²¹⁸, dadas las condiciones de legalidad que rigen nuestro Estado Social de Derecho.

215 CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C -374 del 14 de mayo de 2002 M.P. Clara Inés Vargas, C-423 del 28 de mayo de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-455 del 12 de junio de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C- 484 del 25 de junio de 2002. M.P. Alfredo Rangel Sierra, C-778 del 9 de septiembre de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2001/ley_0678_2001.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

216 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-669 del 28 de junio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43623416>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

217 CORTE CONSTITUCIONAL. Rad. D – 0009466. M.P. Mauricio González. Demanda admitida el 24 de enero de 2013.

218 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



3.19 ¿A QUÉ PERSONAS SE LES APLICA LAS PRESUNCIONES DE CULPA GRAVE CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 118 DE LA LEY 1474 DE 2012?

El Congreso de la República dentro del tema contractual previó tres clases de eventos en los cuales se presumirá la culpa grave en materia de responsabilidad fiscal, ello como consecuencia de los hechos relacionados con los escándalos a nivel Distrital y Nacional derivados del flagelo de la corrupción y el consecuente detrimento al patrimonio del Estado, los cuales al parecer se encuentran asociados justamente a la deficiente planeación, ejecución y supervisión de los contratos estatales.

De igual manera, estableció las presunciones de culpa grave en el tema de aseguramiento de bienes, pago de primas, prestaciones sociales o haberes laborales que vulneren la Constitución o la Ley.

De la enunciación de las presunciones de culpa grave se observa que el Legislador taxativamente señaló lo siguiente: “... Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos”²¹⁹.

Nótese que la Ley condicionó las presunciones de culpa grave única y exclusivamente a quienes ostenten la calidad de gestor fiscal en los términos del artículo 3 de la Ley 610 de 2000²²⁰, situación que la haría inaplicable para los servidores públicos que con “ocasión de ésta”, coadyuven en la materialización del daño, contemplado en el artículo 1º ibídem²²¹ o a quienes como particulares no administren recursos públicos sino que, “contribuyan o concurran”²²² a la determinación y materialización del daño a patrimonio del Estado.

219 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

220 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 3º. “GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

221 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 del 15 de agosto de 2010. Diario Oficial 44.133 del 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 1º. “DEFINICION. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

222 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería. 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 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-840-01.htm>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

Lo que equivale, a afirmar que en los dos últimos casos anotados no habría lugar a la aplicación de las presunciones de culpa grave consagradas en la Ley 1474 de 2011²²³, puesto que en estricto sentido y en el marco que quedó redactada la norma, sólo pueden ser tipificadas a quienes tengan calidad de gestor fiscal en los términos de la Ley 610 de 2000.

Este punto, puede generar debates importantes y respetables, sin embargo la respuesta y el planteamiento que aquí se esboza es desde la óptica académica y dentro una interpretación rigurosa de la norma por tratarse de una presunción legal, que en términos prácticos invierte la carga de la prueba a favor de las contralorías que fungen como juez y parte en este proceso.

3.20 ¿EN QUÉ CONSISTE LA PRESUNCIÓN DE CULPA GRAVE CONCERNIENTE A LA ELABORACIÓN DE PLIEGOS Y TÉRMINOS DE REFERENCIA EN MATERIA CONTRACTUAL?

El Artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en el literal a) señala que se presumirá la culpa grave

“...a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante...”²²⁴.

Esta presunción fue incorporada, debido a los múltiples escándalos que se han suscitado en la contratación pública local y nacional y lo que pretende el Legislador es justamente dotar a las contralorías de esta presunción cuando los gestores fiscales que participaron en la elaboración de los pliegos de cargos y términos de referencia lo realicen en forma ambigua, incompleta o confusa y producto de ello se ocasione detrimento, menoscabo, perjuicio o pérdida del patrimonio del Estado.

Indiscutiblemente la Rama Legislativa acierta en principio, en la inclusión de esta presunción, pues dota a los servidores públicos de las contralorías de la facultad que por esta vía se invierte la carga de la prueba a quienes como gestores fiscales causen el presunto daño al patrimonio del Estado.

Sin embargo, existe una dificultad relativa a que la Ley atribuya la causalidad del hecho generador del daño a la redacción ambigua, confusa o incompleta de los pliegos o términos de referencia, y que simultáneamente estos hayan conllevado a interpretaciones y decisiones técnicas que sean a la postre la causa eficiente de la determinación del daño al patrimonio del Estado.

223 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

224 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Es decir, que las contralorías en cabeza de sus auditores y operadores jurídicos del Área de Responsabilidad Fiscal, a pesar de presumir la conducta a título de culpa grave, estarán obligados a establecer en los hechos materia de investigación, en cuál de los servidores públicos considerados como gestores fiscales devino la deficiente redacción del pliego o términos de referencia y conceptualizar esta última probatoriamente dentro del análisis del hallazgo y del mismo proceso, tras lo cual no ofrezca duda que el daño se generó por la elaboración de pliegos y términos de referencia claramente sesgados e imparciales, que a la postre causaron interpretaciones técnicas equivocadas.

En el caso, que los servidores públicos no sean gestores fiscales, las contralorías estarán obligadas a probarles que con ocasión de la gestión fiscal, contribuyeron o concurrieron a la materialización del daño.

Lo importante con la inclusión de esta nueva presunción, es que los órganos vigilados por las contralorías y quienes a su interior tengan la capacidad de disposición de recursos económicos y que en estricto sentido sean gestores fiscales, se concienticen que la elaboración de pliegos y términos de referencia en materia contractual constituye el eje central de la ejecución de los recursos del Estado en términos de transparencia, economía, eficiencia y eficacia. En caso del no cumplimiento de estos principios en su etapa precontractual el riesgo que sean declarados responsables fiscales se encuentra latente.

3.21 ¿EN QUÉ CONSISTE LA PRESUNCIÓN DE CULPA GRAVE REFERENTE A LA OMISIÓN INJUSTIFICADA DEL DEBER DE COMPARAR PRECIOS DEL MERCADO, EN MATERIA CONTRACTUAL?

El Artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en el literal b) señala que se presumirá la culpa grave:

“...Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado...”²²⁵.

El objeto primordial de esta presunción, además de invertir la carga de la prueba elevando a título de culpa grave la omisión de realizar comparaciones de precios, es hacer efectivo el principio de economía de una manera más expedita en defensa de los intereses del Estado, respetando la igualdad de condiciones de calidad de los bienes y servicios respecto de los cuales debe procurarse obtenerlos al menor precio, pues los costos en que incurren las entidades encargadas de la producción de bienes y la prestación de servicios deben ser los más adecuados para lograr sus objetivos y resultados.

Quienes han trasegado por la Administración Pública, bien sea como servidores públicos o en calidad de contratistas, entienden que una de las principales situaciones de corrupción y desmedro de los recursos del Estado se da a través de los denominados “*sobrecostos*” en la adquisición de bienes y servicios.

225 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

Esta presunción coadyuva en la tarea de los entes de control fiscal de verificar el cumplimiento de la adquisición de bienes y servicios a un costo aceptable.

Ahora bien, para efectos de tipificar la presunción a título de culpa grave, las contralorías en primera instancia deberán analizar que se hayan realizado comparaciones de precios en el mercado en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y establecida además la omisión de dicha comparación.

Identificar a quién es atribuible, teniendo en cuenta que normalmente no la hace el ordenador del gasto, situación que dificultará la tipificación y consolidación de la presunción de culpa grave puesto que tan sólo resulta imputable a quienes detenten la calidad de gestor fiscal como se expuso en la respuesta anterior.

El otro aporte importante de cara a que los servidores públicos ejecuten el presupuesto acorde con los principios de selección objetiva, transparencia y economía, es que al amparo de esta norma resulta admisible presumir la culpa grave en aquellos eventos en que la adquisición de bienes y servicios no ocurrió en condiciones de sana competencia e igualmente que se contrate por encima de los precios del mercado.

3.22 ¿EN QUÉ CONSISTE LA PRESUNCIÓN DE CULPA GRAVE RELATIVA A LA OMISIÓN EN LA VIGILANCIA DE LOS INTERVENTORES Y SUPERVISORES EN MATERIA CONTRACTUAL?

De igual manera la Ley 1474 de 2011, en el literal c) del artículo 118, preceptúa:

“...Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas...”²²⁶

El Legislador en su análisis considero que la deficiente supervisión o interventoría constituía una de las principales razones por las cuales los contratos no eran ejecutados, en especial, los de obra pública, por ello estipuló que la omisión en las citadas labores conllevarían a la presunción de culpa grave.

Con esta nueva legislación se impone necesariamente que los supervisores e interventores realicen adecuadamente sus funciones so pena de ser vinculados al proceso de responsabilidad fiscal.

Se hace obligatorio que acudan a sus facultades como interventores y supervisores en la ejecución de los contratos, solicitando informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, puesto que serán responsables de mantener informada a la entidad contratante de los hechos

²²⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles o que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se pueda presentar²²⁷.

Este avance legislativo, no solamente viene sucediendo en materia fiscal, sino también se encuentra consagrado en el Derecho Disciplinario²²⁸, de igual manera como inhabilidades en materia contractual²²⁹ y también dentro del Derecho Penal²³⁰ cuyo objeto principal consiste en hacer más riguroso el cumplimiento de los deberes a través de la presunción de la conducta a título de culpa grave del servidor público que es designado como supervisor o del interventor a cuyo cargo se encuentra la vigilancia del cumplimiento de una obra o contrato en términos de calidad y oportunidad.

Pero lo importante en este punto, en cuanto al manejo de la oralidad en la audiencia, consiste en que con anterioridad a la Ley 1474 de 2011, la vinculación de los procesados, en este caso supervisores e interventores, se daba de manera oculta o mejor bajo la figura de la reserva sumarial, el hecho que se realice en audiencia ayudará a que los mismos vinculados puedan contrainterrogar a los testigos y por qué no, a los vinculados, interviniendo en las diligencias de versión libre, ofreciendo igualmente claridad ante la opinión pública sobre los hechos materia de investigación; por lo que no resultará extraño, que en desarrollo de la audiencia de descargos, las incongruencias y contradicciones estén a la orden del día, toda vez que a manera de ejemplo, en contratos cuya ejecución no arrojó los resultados previstos, la responsabilidad se atribuya recíprocamente entre el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista.

227 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES E INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

228 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 734 DE 2002. Por el cual se expide el Código Disciplinario Único. ARTÍCULO 48 NUMERAL 34. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: No exigir, el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4589>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

229 CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

230 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 24 de julio de 2000. CODIGO PENAL. Artículos 22 Omisión de Control en el Sector Salud. Artículo 409 Interés Indevido en la Celebración de Contratos. Artículo 410 Contrato sin cumplimiento de los Requisitos Legales. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



3.23 ¿CÓMO OPERA LA PRESUNCIÓN DE CULPA GRAVE RELATIVA A LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LOS BIENES DEL ESTADO Y HACER EXIGIBLES LAS PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO?

La Ley 1474 de 2011 en el literal d) del artículo 118, estableció que se presumirá que el gestor fiscal actúa con culpa grave:

“... Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos...”²³¹.

Esta presunción contempla dos hechos castigables por omisión, uno alusivo a que se incumpla la obligación de asegurar los bienes muebles o inmuebles estatales y ocurra la pérdida de estos, lo que acarreará que el proceso se dirija contra el servidor público que a su cargo tenía dicho deber y respecto de quien recaerá ipso facto la presunción contemplada por el Legislador.

La anterior presunción, inclusive podrá ser detectada en la etapa del proceso auditor, puesto que si el funcionario encargado de realizar la auditoría identifica por ejemplo la pérdida de un vehículo y evidencia simultáneamente que el automotor no estaba asegurado, verificará la obligación del gestor fiscal de su aseguramiento y procederá a trasladar el respectivo hallazgo fiscal con la identificación del daño, su cuantificación, el presunto responsable con la presunción legal de culpa grave y su respectivo nexo causal, en esa medida el operador jurídico sin vacilación alguna deberá iniciar el proceso de responsabilidad fiscal por la vía verbal.

La otra conducta omisiva objeto de reproche tiene que ver con el incumplimiento del deber de hacer exigibles las pólizas o garantías cuando se presente un siniestro.

Acierta el Legislador en la tipificación de esta presunción, si se tiene en cuenta que muchas veces los órganos del Estado son pasivos en realizar el trámite para hacer efectiva la póliza de cumplimiento y evitar el detrimento al patrimonio del Estado.

Lo primero que habría que afirmar, por ser actuaciones administrativas, es que para hacer efectiva determinada garantía por la ocurrencia del siniestro, la entidad pública está obligada a expedir un acto administrativo debidamente motivado en el cual se establezca la cuantificación de la pérdida y la comprobación del siniestro, contra el cual proceden los recursos para lograr su ejecutoria y ejecutividad, es justamente esta omisión la que presume la Ley para efectos de tipificar la conducta, para ello el auditor debe verificar que efectivamente el gestor fiscal no haya desarrollado las actuaciones tendientes a expedir el mencionado acto administrativo.

La importancia de la incorporación de esta presunción en aras de garantizar el resarcimiento al detrimento al patrimonio del Estado, estriba en que las pólizas de calidad del bien o servicio cubre a la entidad por el riesgo relacionado con que los bienes o servicios entregados por el contratista no cumplan con las exigencias contenidas en el pliego de condiciones o en el contrato, y la de cumplimiento, ampara a la entidad frente al eventual riesgo de que el contratista no cumpla con el objeto del contrato o cumpla con este parcialmente, por ello las contralorías tendrán una herramienta adicional para conseguir el cometido constitucional y legal.

231 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



3.24 ¿CÓMO SE CONCRETA LA PRESUNCIÓN DE CULPA GRAVE EN MATERIA PRESTACIONAL Y SALARIAL?

La Ley 1474 de 2011 en el literal e) del artículo 118, estableció que se presumirá que el gestor fiscal actúa con culpa grave:

“... Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales...”²³².

Esta presunción de culpa grave se estableció como consecuencia del generalizado y reiterado pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos que los gobernadores, alcaldes, asambleas, concejos, representantes legales de las entidades, ordenadores del gasto de los entes territoriales, autorizan a sus empleados por fuera de los límites constitucionales y legales.

Sin embargo, debe prestarse especial atención a la aplicación de dicha presunción pues en ocasiones la autorización y pago, no pueden ser calificados de manera *a priori* como ilegales, debiendo ante la dificultad de su determinación mediar el respectivo pronunciamiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual, en últimas, tiene la facultad de determinar la legalidad o no del acto administrativo.

No obstante, hay eventos en que dichos pagos o erogaciones sobrepasan a todas luces los límites fijados por el legislador, momento en el cual será aplicable por las contralorías la mencionada presunción²³³.

Sobre este punto, a nivel territorial existen discusiones en torno a la autonomía de los departamentos, distritos y municipio para autorizar y fijar el régimen salarial y prestacional, vale la pena rotular que los artículos 300²³⁴ y 313²³⁵ de la Constitución Política, reconocen facultades a las corporaciones de elección popular departamentales, distritales y municipales para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleos.

232 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

233 DÍAZ BARRERA Pablo César. Guía del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Revista Sindéresis No. 15. – Diciembre de 2011 – Imprenta Nacional - Bogotá Colombia – ISSN 0124 – 471 X. Pág. 22.

234 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 300.” *Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: 7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta*”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica1991pr004.html. (Sitio consultado por última vez el 30 de marzo de 2013).

235 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 313. “*Corresponde a los concejos: 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta*”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucionpolitica1991_pr004.html. (Sitio consultado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

De igual manera, los artículos 305²³⁶ y 315²³⁷ de la Carta, atribuyen a los alcaldes y gobernadores, la competencia para fijar emolumentos de los empleos de sus dependencias conforme a la Ley, ordenanzas o los acuerdos.

En esa medida, para aplicar la citada presunción debe tenerse en cuenta que en materia salarial y prestacional, al tenor de lo establecido en la Constitución Política, se permite la participación de las autoridades departamentales, distritales y municipales siempre y cuando dichas normas locales sean expedidas bajo los objetivos, criterios y lineamientos establecidos por el Gobierno Nacional, de conformidad con el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política²³⁸ y el artículo 12 de la Ley 4 de 1992²³⁹.

Respecto de la expedición del mencionado artículo 12 de la Ley 4 de 1992²⁴⁰, la Honorable Corte Constitucional se pronunció declarando la exequibilidad condicionada de la norma en el sentido que siempre que se entienda que las facultades conferidas al Gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen

236 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 305. “*Son atribuciones del gobernador: 7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado*”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica1991pr004.html. (Sitio consultado por última vez el 30 de marzo de 2013).

237 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 315. *Son atribuciones del alcalde: 7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado*. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991pr004.html. (Sitio consultado por última vez el 30 de marzo de 2013).

238 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 150 NUMERAL 19: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los Estables Funcionarios en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrojárselas. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr004.html. (Sitio consultado por última vez el 30 de marzo de 2013).

239 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 4 del 18 de mayo de 1992. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. Diario Oficial 40.451 del 18 de mayo de 1992. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1992/ley_00041992.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

240 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 4 del 18 de mayo de 1992. . Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. Diario Oficial 40.451 del 18 de mayo de 1992. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1992/ley_0004_1992.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

ARTÍCULO 12. *El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad. PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.*



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales²⁴¹.

La misma jurisprudencia precisa que la norma demanda no desconocía el principio de autonomía reconocido a las entidades territoriales para la definición de las escalas de remuneración aplicables a sus empleados en los siguientes términos:

*“...La fijación de un límite máximo al gasto burocrático, constituye un medio idóneo para propugnar la eficiencia y economía del gasto público y, de otro lado, estimular que los recursos del erario nacional y de las entidades territoriales en mayor grado se destinen a la atención material de los servidores públicos. **La razonabilidad de la medida legislativa se descubre también si se tiene en cuenta que el patrón de referencia, los sueldos de los cargos semejantes del nivel nacional, garantiza que el anotado límite no sea en sí mismo irracional y desproporcionado...**”²⁴².* Subraya y resalta fuera de texto.

Con la anterior transcripción, lo que se quiere significar para efectos de la aplicación o no de la citada presunción del Estatuto Anticorrupción, es que el operador jurídico de la contraloría debe realizar una interpretación sistemática del acto administrativo que se cuestione, puesto que la aprobación de haberes laborales por parte de servidores públicos del nivel territorial debe ceñirse dentro del marco constitucional y legal vigente.

La facultad reconocida al Gobierno Nacional en materia salarial, debe entenderse conferida para señalar el límite máximo del salario que puede ser reconocido eventualmente por parte de las asambleas y concejos a los empleados públicos que prestan sus servicios en las respectivas entidades territoriales, es decir, que si la prestación salarial fijada por el ente territorial se encuentra por encima de los límites fijados por el Gobierno Nacional, se podría dar aplicación a la presunción que aquí se expone, de lo contrario, en aras de preservar el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, habría que esperar al pronunciamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3.25 ¿SON CONSTITUCIONALES O INCONSTITUCIONALES LAS PRESUNCIONES DE DOLO Y CULPA GRAVE ESTABLECIDAS EN LA LEY 1474 DE 2011?

Sobre la constitucionalidad o no de las presunciones de dolo y culpa grave incorporadas en el Estatuto Anticorrupción, algunos estudiosos del Derecho²⁴³ consideran que establecer este tipo de presunciones en la Ley, es claramente inconstitucional.

241 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-315 de 19 de julio de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=2287>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

242 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-315 de 19 de julio de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=2287>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

243 CORTE CONSTITUCIONAL. Referencia: Expedientes acumulados D-3756, D-3757 y D-3763 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”. Presentada por Jorge Luis Pabón Apicella y Luz Beatriz Pedraza Bernal. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ccscnf/2002/c-374_2002.html#1. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

Se afirma que, las mismas implican invertir la carga de la prueba, esto es, trasladársela al implicado, quien asume la obligación de probar la inexistencia del dolo o la culpa grave, lo que de suyo significa que debe demostrar su inocencia, situación que para algunos contraría el principio constitucional de la presunción de inocencia cuando se trata de definir o derivar la responsabilidad de las personas que pueden ser sujetos de una sanción, máxime cuando el órgano de control fiscal ostenta la doble función de juez y parte en el proceso. Por ello deben respetarse los principios y garantías de rango constitucional que enmarcan en términos generales el *ius puniendi* del Estado.

Por ejemplo en lo que tiene que ver con la presunción de dolo impresa en el inciso primero del artículo 118 del Estatuto Anticorrupción, resulta contradictorio que el mismo legislador iguale las conductas de un proceso penal o disciplinario al fiscal, teniendo claro que existe autonomía e independencia constitucional y legal de cada una de estas acciones.

Si el raciocinio empleado por la Ley fuera válido, llevaría entonces a concluir, que en caso que exista absolucón o archivo por inexistencia de dolo o culpa grave por los mismos hechos en el proceso penal o en el disciplinario, debería trasladarse automáticamente dicha decisión al proceso fiscal con los mismos efectos, situación que de igual manera resulta afectando la autonomía de las acciones.

El tema de la culpabilidad es de carácter subjetivo y se debe analizar dentro del “*ius puniendi*” de cada acción o procedimiento, así mismo en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por tanto, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente²⁴⁴.

El dolo amerita prueba específica que conlleve a demostrar el aspecto volitivo y cognoscitivo, es decir, que no se puede presumir por el simple traslado procesal de una sentencia penal o disciplinaria al proceso de responsabilidad fiscal.

Las únicas presunciones que contempla nuestro Estado Social de Derecho, son las preceptuadas en el artículo 29 y 83 de la Carta Política, alusivos a la presunción de inocencia y de buena fe, y las sentencias penales y fallos disciplinarios no alcanzan dicha categoría supraconstitucional, como claramente lo establece el denominado “*Estatuto Anticorrupción*”.

Es muy difícil predecir cuál será el resultado del pronunciamiento de la máxima autoridad Constitucional, sin embargo, si nos atenemos a los últimas providencias de la Honorable Corte Constitucional²⁴⁵, quién ya se ha pronunciado sobre la exequibilidad de las presunciones de dolo y culpa grave contenidas en los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, y aún cuando esta norma hace parte del Régimen Patrimonial de los Servidores Públicos, entendida, como la que es posible ejercer frente a los servidores públicos que hayan causado detrimento al patrimonio del Estado, claramente dichas presunciones son compatibles y guardan coherencia como las que hoy se establecen para los procesos de Responsabilidad Fiscal, pues

244 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-382 del 23 de abril de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-382_2008.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

245 CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C-374 del 14 de mayo de 2002 M.P. Clara Inés Vargas, C-423 del 28 de mayo de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-455 del 12 de junio de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-484 del 25 de junio de 2002. M.P. Alfredo Rangel Sierra, C-778 del 9 de septiembre de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2001/ley06782001.html>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

en uno y otro caso se persigue la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, situación que nos permitiría deducir inicialmente que serán declaradas exequibles.

En dicha ocasión, la Corte Constitucional expresó:

“...Conviene recordar que la existencia de presunciones legales no comprometen el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa, pues si bien es cierto que por regla general los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión -onus probandi incumbi actori-, también lo es que con el fin de promover la equidad en las relaciones procesales que surgen a raíz de la acción de repetición, así como de propender por la protección y efectividad de bienes jurídicos relevantes como la moralidad y la defensa del patrimonio público, el legislador bien podía relevar al Estado de la carga de la prueba cuando al ejercer dicha acción alega en su favor presunción de dolo o culpa grave, sin perjuicio de que la parte demandada pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario...”²⁴⁶. Subrayado y resaltado fuera de texto.

De igual manera, el máximo Tribunal Constitucional de nuestro Estado Social de Derecho, se pronunció positivamente sobre la legalidad del párrafo del artículo 1º de la Ley 1333 de 2009²⁴⁷, el cual consagró, las presunciones de dolo y culpa en materia ambiental, mediante Sentencia C - 595 del 2010, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio en los siguientes términos:

“...La presunción de culpa o dolo establecida en el procedimiento sancionatorio ambiental se encaja dentro de las denominadas presunciones legales -iuris tantum-, toda vez que admiten prueba en contrario, como puede advertirse de una lectura literal de los párrafos legales cuestionados. En esa medida, hasta antes de imponerse la sanción definitiva, el presunto infractor podrá desvirtuar la presunción utilizando todos los medios probatorios legales.

“Una presunción legal resulta ajustada a la Constitución en la medida que aparezca como razonable, es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el fin...”²⁴⁸. Subrayado y resaltado fuera de texto.

Conforme a los antecedentes jurisprudenciales citados, se puede afirmar válidamente que las presunciones en materia de Responsabilidad Fiscal señalados en el denominado “Estatuto Anticorrupción” podrían pasar la prueba de constitucionalidad, no obstante, será la misma Corte Constitucional quién finalmente se pronuncie específicamente sobre la exequibilidad de estas normas; en el entretanto, los órganos de control fiscal deben aplicar las presunciones de dolo y culpa grave dentro del procedimiento ordinario como en tratándose del verbal de responsabilidad Fiscal.

246 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374 del 14 de mayo de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2002/c-374_2002.html#1. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

247 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1333 del 21 de julio de 2009. Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.417 del 21 de julio de 2009. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c/ley/2009/ley13332009.html>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

248 CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-595 del 27 de julio de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ccscnf/2010/c-595_1910.html#1. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

3.26 ¿LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL, SE REALIZA EN FORMA VERBAL O ESCRITA?

Este punto es quizás de los más álgidos en la interpretación de la Ley 1474 de 2011, tanto para los operadores como para quienes, del otro lado, tienen a su cargo la defensa técnica y material de los presuntos responsables fiscales.

Ello fundamentalmente por la ausencia de claridad del legislador en la determinación del procedimiento a seguir para desatar el recurso de apelación contra cualquier incidente que surja en la audiencia de descargos o inclusive sobre el mismo fallo con responsabilidad fiscal en la audiencia de decisión.

Si bien, es claro que los recursos de reposición o apelación contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal, de acuerdo con la cuantía del proceso se interpondrán en la misma audiencia y deberán sustentarse dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la audiencia de decisión, la norma no establece el procedimiento por el cual se sustentarán, es decir, si debe ser verbal y por ende en audiencia, o si por el contrario, es posible acudir al medio escrito.

En criterio de quién elabora el documento y al tenor de lo establecido por el literal a) del artículo 104 de la Ley 1474 de 2011²⁴⁹, deberá ser escrito toda vez que dicha norma señala expresamente que se notificarán personalmente las providencias que resuelvan los recursos de reposición o apelación contra el fallo con Responsabilidad Fiscal; por ello, si la voluntad del legislador hubiese sido que se surtiera de manera verbal habría establecido con toda claridad que la notificación de la providencia que desata los recursos contra el fallo se notificaría en estrados.

De igual manera, si nos remitimos al procedimiento verbal que adelantan los entes de Control Disciplinario, encontramos que la segunda instancia se surte de manera escrita, conforme lo establece el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011²⁵⁰.

249 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 104. NOTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES. Las decisiones que se profieran en el curso del proceso verbal de responsabilidad fiscal, se notificarán en forma personal, por aviso, por estrados o por conducta concluyente, con los siguientes procedimientos:

a) Se notificará personalmente al presunto responsable fiscal o a su apoderado o defensor de oficio, según el caso, el auto de apertura e imputación y la providencia que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal.

La notificación personal se efectuará en la forma prevista en los artículos 67 y 68 de la Ley 1437 de 2011, y si ella no fuere posible se recurrirá a la notificación por aviso establecida en el artículo 69 de la misma ley. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).

250 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, ARTÍCULO 104. NOTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES. Las decisiones que se profieran en el curso del proceso verbal de responsabilidad fiscal, se notificarán en forma personal, por aviso, por estrados o por conducta concluyente, con los siguientes procedimientos: a) Se notificará personalmente al presunto responsable fiscal o a su apoderado o defensor de oficio, según el caso, el auto de apertura e imputación y la providencia



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Teniendo en cuenta la anterior interpretación, una vez sustentado el recurso de apelación contra el fallo de manera escrita, tanto el funcionario competente de primera o segunda instancia según el caso procederá a resolver el recurso de reposición o apelación en forma escrita en un plazo no superior a dos (2) meses.

Aquí vale la pena señalar, que un sector de profesionales del Derecho, estudiosos de este tema y acordes con la inclusión del principio de oralidad de manera integral, han optado por apartarse de la posibilidad que sea escrito, pues son del criterio que el querer del Legislador fue que el proceso se surtiera en su totalidad de manera verbal, posición respetable y coherente que se origina precisamente en la ausencia de norma expresa al respecto.

Insistimos que por vía de interpretación sistemática del literal a) del artículo 104 de la Ley 1474 de 2011²⁵¹, puede superarse tal vacío, aún cuando si en gracia de discusión se adoptará cualquiera de los dos posiciones, ninguno de ellos acarrearía nulidades o violaciones eventuales del debido proceso.

Pues, en últimas, lo que se discute es la forma de la presentación y sustentación del recurso en segunda instancia, la cual, en cualquiera de las dos interpretaciones, deberán surtirse, bien de manera verbal o escrita, pero siempre la notificación de la decisión final que en derecho se adopte, será de forma personal, lo cual es consecuente con las garantías que orientan el debido proceso y con el principio de legalidad.

3.27 ¿EN LA AUDIENCIA DE DECISIÓN, SE PUEDEN APORTAR O SOLICITAR PRUEBAS?

De la lectura del literal e) del artículo 100 de la Ley 1474 de 2011, que establece:

“... Solamente en el curso de la audiencia de descargos, los sujetos procesales podrán aportar y solicitar pruebas. Las pruebas solicitadas y decretadas de oficio serán practicadas o denegadas en la misma diligencia...” Subrayado y resaltado por fuera de texto.

Se puede inferir que no existe ninguna otra posibilidad de solicitar pruebas dentro del procedimiento verbal, toda vez que es perentorio en establecer la audiencia de descargos como único momento procesal para la práctica de pruebas, luego inicialmente tendríamos que concluir que dentro de la audiencia de decisión no es posible decretarlas y practicarlas.

Así mismo, si leemos detenidamente el artículo 101 de la Ley 1474 de 2011, que hace alusión al trámite de la audiencia de decisión dentro del procedimiento verbal, encontramos que en ninguno de sus literales posibilita la práctica de pruebas durante el desarrollo de la Audiencia de decisión.

que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con respo/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

251 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”, ARTÍCULO 59. RECURSOS. *El artículo 180 de la Ley 734 de 2002 quedará así: ... Las decisiones de segunda instancia se adoptarán conforme al procedimiento escrito.* Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

Inclusive la norma detalla cuidadosamente los términos para sustentar recurso contra el fallo, el tiempo en que se debe proferir el fallo, los requisitos que debe reunir el mismo, pero no hace alusión a un período probatorio en esta instancia procesal.

Ahora bien, en caso que al momento de interponer y sustentar el recurso contra el fallo con responsabilidad fiscal, el imputado o sus apoderados solicitan la práctica de pruebas, ¿qué sucedería?

En primer término lo que se debe analizar es la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, seguidamente en el evento que se determine que la prueba es necesaria para esclarecer los hechos materia de investigación, proceder de acuerdo con el artículo 66 de la Ley 610 de 2000, a la remisión de otras fuentes normativas en este caso al nuevo Código Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011.

El artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, señala claramente que los recursos de reposición y apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término no mayor de treinta (30) días. Los términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días. En el acto que decreta la práctica de pruebas se indicará el día en que vence el término probatorio²⁵².

Parece válido acudir a dicha fuente remisoría sin que la práctica de la prueba constituya una dilación y por el contrario se considera pertinente y conducente para coadyuvar en el esclarecimiento de los hechos materia de investigación fiscal, es decir, que será el funcionario competente de la contraloría, quién en su sana crítica evalúe la necesidad de la prueba en esta etapa procesal.

3.28 ¿DE LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS SE DEBE LEVANTAR ACTA? ¿QUÉ DEBEN CONTENER?

Sí, se debe levantar acta en virtud de lo contemplado por el artículo 116 de la Ley 1474 de 2011, que se refiere a la utilización de medios electrónicos y que enuncia las actas en los siguientes términos:

*“...Las pruebas y diligencias serán recogidas y conservadas en medios técnicos. Así mismo, la evacuación de audiencias, diligencias en general y la práctica de pruebas pueden llevarse a cabo en lugares diferentes a la sede del funcionario competente para adelantar el proceso, a través de medios como la audiencia o comunicación virtual, siempre que otro servidor público controle materialmente su desarrollo en el lugar de su evacuación. **De ello se dejará constancia expresa en el acta de la diligencia.***

Las decisiones podrán notificarse a través de un número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y por escrito, hubieren aceptado

252 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.756 del 18 de enero de 2013. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

*ser notificados de esta manera. La notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en que el correo electrónico sea enviado. **La respectiva constancia será anexada al expediente...***. Subrayado y resaltado fuera de texto.

De igual manera, vale la pena llamar la atención, que si bien es cierto al proceso de responsabilidad fiscal, se le incorporó la oralidad como elemento determinante y fundamental para lograr el resarcimiento del patrimonio del Estado en un tiempo prudente; ello no necesariamente conlleva a que el proceso se sustraiga del elemento escrito.

Lo que verdaderamente ocurrirá en la práctica con la ejecución del nuevo procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, es que el proceso será finalmente mixto, pues durante el desarrollo de las audiencias, se deberá levantar un acta²⁵³ de lo esencial que en ellas acontezca, de las pruebas practicadas y del fallo proferido por el funcionario competente del órgano de control fiscal, pues en últimas este acto administrativo será el que se ejecute por la vía de la jurisdicción coactiva o el que eventualmente resulte demandado por el responsable fiscal ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

En cuanto al contenido de las actas debemos acudir a la primera fuente remisoría establecida por el artículo 66 de la Ley 610 de 2000, es decir el Nuevo Código Contencioso Administrativo, que implementó igualmente la oralidad y las audiencias públicas dentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 183 de la Ley 1437 de 2011, estableció el contenido de las actas así.

- El lugar y la fecha con indicación de la hora de inicio y finalización, así como de las suspensiones y las reanudaciones;
- El nombre completo de los servidores públicos que participan;
- Los datos de las partes, sus abogados y representantes;
- Un resumen del desarrollo de la audiencia, con indicación, cuando participen en esta, del nombre de los testigos, peritos, intérpretes y demás auxiliares de la justicia, así como la referencia de los documentos leídos y de los otros elementos probatorios reproducidos, con mención de las conclusiones de las partes;
- Las solicitudes y decisiones producidas en el curso de la audiencia y las objeciones de las partes y los recursos propuestos;
- La constancia sobre el cumplimiento de las formalidades esenciales de cada acto procesal surtido en la audiencia;
- Las constancias que el funcionario competente de la contraloría ordenen registrar y las que soliciten las partes sobre lo acontecido en la audiencia;
- Cuando así corresponda, el sentido del fallo;
- La firma de las partes o de sus representantes y del funcionario competente y los funcionarios de apoyo. En caso de renuencia de los primeros, se dejará constancia de ello.

253 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la gestión pública”. Disponible en: http://www.secretariase.nado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

- En los casos en que el operador jurídico lo estime necesario podrá ordenar la transcripción literal total o parcial de la audiencia o diligencia, para que conste como anexo.
- Se deberá realizar una grabación del debate, mediante cualquier mecanismo técnico; dicha grabación deberá conservarse en los términos que ordenan las normas sobre retención documental.

Finalmente, teniendo claro que la audiencia de descargos es una sola, pero puede desarrollarse en varias sesiones, se sugiere que cada vez que se realice audiencia independientemente que haya o no finalizado la audiencia de descargos se levante el acta y se suscriba inmediatamente por las partes que intervienen una vez termine cada sesión.

3.29 ¿ES NECESARIO AL INTERIOR DE LAS CONTRALORÍAS, ESTABLECER UN PROTOCOLO DE SEGURIDAD Y ARCHIVO DE LOS CD O DVD DE LAS AUDIENCIAS QUE SE FILMEN?

Resulta imperativo establecer el protocolo de seguridad de las filmaciones de las audiencias que adelanten las contralorías con el fin de garantizar no solamente la protección de las grabaciones de las audiencias que se adelanten; sino también para su utilización posterior como prueba dentro de un eventual proceso contencioso administrativo en el que demande la actuación administrativa surtida por el organismo de control fiscal.

En toda entidad, la información es un activo necesario e importante, las grabaciones a través de medios electrónicos deben protegerse mediante un protocolo que se implemente por medio de acto administrativo llámese resolución, instructivo o circular que establezca claramente el número de copias que se deben tomar, en qué lugares deben reposar, el responsable de su custodia, los competentes para expedir copias auténticas y las consecuencias que genere la pérdida de estas pruebas documentales.

De esta manera, las contralorías concretarían la gestión de seguridad de la información, como parte de un sistema administrativo más amplio que busque establecer, implementar y mejorar los sistemas relativos a la protección de la integridad, confidencialidad y disponibilidad de las grabaciones de las audiencias, aplicando un concepto de enfoque basado en los riesgos que se asumen con la implementación de la oralidad en los procesos fiscales.

El avance vertiginoso de las tecnologías de la información, posibilita la recolección y almacenamiento de importantes volúmenes de información en dispositivos como CDS, DVD, USB, discos duros y facilita indudablemente el desarrollo de las audiencias, pero concomitante con ello, se deben establecer normas y procedimientos rigurosos para proteger la información que en dichos medios se recauden.

Es por ello, que resulta conveniente no escatimar recursos y esfuerzos en el establecimiento de controles por parte de las contralorías, para la protección de la información en medios magnéticos frente a acciones o situaciones no deseadas y previsibles, pues de esta manera, se garantizara la fidelidad, protección y trazabilidad de la información.

El literal b) del artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, establece que el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, se desarrollará en dos (2) audiencias públicas y en éstas se podrán utilizar medios tecnológicos de comunicación como la videoconferencia y otros que permitan la interacción virtual remota entre las partes y los funcionarios investigadores.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

Sobre este punto resulta viable acudir al Nuevo Código Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011, que en el Capítulo IV, referente a la utilización de medios electrónicos en el Procedimiento Administrativo, contempla normas importantes y aplicables en el proceso de responsabilidad fiscal como por ejemplo, procedimientos y trámites administrativos a través de medios electrónico, acto administrativo electrónico, archivo electrónico de documentos, expediente electrónico, sesiones virtuales, estándares y protocolos.

3.30 ¿QUÉ DOCUMENTOS CONSTITUYEN EL TÍTULO EJECUTIVO CON OCASIÓN DE UN FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL EMITIDO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO VERBAL?

Las providencias que componen el título son el fallo debidamente ejecutoriado en los términos del artículo 56 de la Ley 610 de 2000, es decir la primigenia y la que desata el recurso de reposición o apelación según el caso, con su respectiva constancia de ejecutoria.

De acuerdo con la posición expuesta en la pregunta relativa a la manera en que se debía adelantar la segunda instancia por escrito o verbal, el fallo definitivo y los recursos deberán quedar por escrito en un acto administrativo con la ejecutoria.

De hecho, si observamos el artículo 104 de la Ley 1474 de 2011²⁵⁴ encontramos con claridad que la providencia que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal, se notificará personalmente, es decir que debe existir providencia por escrito.

En materia disciplinaria, a pesar que los fallos disciplinarios se profieren en primera instancia en audiencia pública, simultáneamente se profiere decisión por escrito, que normalmente es leída o resumida en la diligencia pública.

Así mismo, resulta pertinente señalar que quienes acudan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y soliciten la certificación de la grabación de la Audiencia de decisión en la cual se leyó el fallo, dicha providencia se reitera quedará ejecutoriada en los términos del artículo 56 de la Ley 610 de 2000.

Se podrá anexar como medio de prueba, la copia de la grabación de la audiencia de decisión en la cual se dio lectura del fallo con responsabilidad fiscal y en la que desato el recurso de reposición o apelación, en el caso que la segunda instancia se surta de manera verbal.

Dicha copia debe estar certificada por el funcionario competente para autenticar documentos al interior de la entidad y avalada por el Despacho que tuvo la competencia para adelantar el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.

254 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1474 del 12 de julio de 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2012. “**ARTÍCULO 104. Notificación de las decisiones.** Las decisiones que se profieran en el curso del proceso verbal de responsabilidad fiscal, se notificarán en forma personal, por aviso, por estrados o por conducta concluyente, con los siguientes procedimientos: Se notificará personalmente al presunto responsable fiscal o a su apoderado o defensor de oficio, según el caso, el auto de apertura e imputación y la providencia que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal”. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/b_asedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).



Sobre el trámite y sustanciación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

La tesis de quienes consideramos que el título ejecutivo, debe quedar por escrito y representado en el acto administrativo debidamente ejecutoriado cobra valor, inclusive con ocasión de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Civil o Ley 1564 de 2012, que señala en su artículo 469, dentro del capítulo relativo a la ejecución para el cobro de las deudas fiscales que prestarán mérito ejecutivo las providencias ejecutoriadas que impongan multas a favor de las entidades de derecho público en procesos seguidos ante las autoridades de la rama jurisdiccional del Estado.

Así mismo, el nuevo Código Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011, en su artículo 99, describe los documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado entre ellos se encuentran los actos administrativos ejecutoriados que impongan a favor de las entidades públicas la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.



BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Ediar Editores. Santiago 1983.
- AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos Sustanciales y Procesales. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2002.
- AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Informe Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal 2010. Rendición de Cuenta F-17, SIREL de los órganos de control fiscal. Tabla Procesos de Responsabilidad Fiscal en trámite a 31 de diciembre de 2010. Bogotá.
- BULLA ROMERO, Jairo Enrique. La Responsabilidad Fiscal y su Proceso. Ediciones Nueva Jurídica. 2012. Bogotá – Colombia.
- COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires Argentina 1958.
- DÍAZ BARRERA, Pablo César. Guía del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Revista Sindéresis No. 15. – Diciembre de 2011 – Imprenta Nacional - Bogotá Colombia – ISSN 0124 – 471 X.
- DÍAZ BARRERA Pablo César. “La oralidad y la jurisdicción como factores generadores de credibilidad del proceso de responsabilidad fiscal” Revista Sindéresis No. 9. Octubre de 2006 – Imprenta Nacional. Bogotá Colombia – ISSN 0124 – 471 X.
- GÓMEZ LEE, Iván Darío. Control Fiscal y seguridad jurídica gubernamental. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2006.
- OJEDA PEÑARANDA, Diego Luis. Aspectos Sustanciales y Procesales de la Ley 610 de 2000. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2008.
- RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto “Responsabilidad Fiscal”. Revista Estudios Socio-Jurídicos 3.2. (2001): 75-95.
- RUIZ OREJUELA, Wilson. Pensamiento Jurisprudencial en Materia de Responsabilidad Fiscal. Cali: Feriva, 2003.



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando y otros. El control fiscal respecto de las sociedades de economía mixta prestadoras de servicios públicos y organizaciones por acciones. Contraloría de Santafé de Bogotá, Bogotá, D.C., 1997.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Tomo II. De los Perjuicios y su indemnización. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1986.

JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO

- Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 1644 del 11 de agosto de 2005. M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.
- Sala De Consulta Y Servicio Civil, Referencia No. 1.564. Consejero Ponente: Susana Montes De Echeverri.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, Sentencia del 11 de abril de 1994. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo.
- Sección Quinta. Radicado No. 11001-00-00-000-1998-1274-01 del 1 de marzo de 2001. M.P. Mario Alario Méndez.
- Referencia No. 25000-23-25-000-2007-00753-01 (0532-08). M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

CONTRALORÍA GENERAL DELA REPÚBLICA

- El Proceso de Responsabilidad Fiscal. Cuadernillo Responsabilidad Fiscal Y Jurisdicción Coactiva. marzo de 2004. Bogotá. Imprenta Nacional.
- Oficina Jurídica. Concepto 4269 de 2001.
- Oficina Jurídica. Concepto No. 80112 2008IE8857 de 5 de marzo de 2008.
- Oficina Jurídica. Concepto No. 80112 – 0070 A del 15 de enero de 2001.
- Oficina Jurídica. Concepto No. 80112-2377 del 16 de julio de 2001.
- Oficina Jurídica. Concepto Jurídico No. 2012IE24846 del 24 de abril de 2012.

WEBGRAFIA

- ACTO LEGISLATIVO No. 001 del 27 de junio de 2007. Diario Oficial No. 46.672 del 27 de junio de 2007. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_01_2007.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- CAPPELLETTI, Mauro. La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil. Editorial Ejea. Buenos Aires – Argentina. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos6/ores/ores.shtml>. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).
- CHIOVENDA, Giuseppe. Ensayos de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires – Argentina 1949. Páginas 150. Disponible en: <http://www.bnm.me.gov.ar/cgi-bin/wxis.exe/opac/?IsisScript=opac/opac.xis&dbn=BINAM&tb=aut&src=link&query=CHIOVENDA,%20GIUSEPPE&cantidad=10&formato=&sala=1> (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).



Bibliografía

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

- Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Diario Oficial No. 48.489 del 12 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425> (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).
- Ley 1474 del 12 de julio de 2011. Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley1474_2011.htm#6. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).
- Ley 678 del 12 de julio de 2011. Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. ARTÍCULO 119. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).
- Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1437_2011_pr005.html#222. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- Ley 1333 del 21 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47.417 del 21 de julio de 2009. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley13332009.html>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).
- Ley 734 del 5 de febrero de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial No. 44.708 del 13 de febrero de 2002. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0734_2002.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- Ley 610 del 15 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. ARTÍCULO 4º. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley0610_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- Ley 617 del 6 de octubre de 2000. Diario Oficial No. 44.188 del 9 de octubre de 2010. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0617_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- Ley 599 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- Ley 489 del 30 de diciembre de 1998. Diario Oficial No. 43.464 del 30 de diciembre de 1998. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0489_1998.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- Ley 42 del 26 de enero de 1993. Diario Oficial No. 40.732, de 27 de enero de 1993. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0042_1993.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Diario Oficial No. 41094 del 28 de octubre de 1993. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

- Ley 4 del 18 de mayo de 1992. . Diario Oficial 40.451 del 18 de mayo de 1992. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1992/ley_0004_1992.html. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).
- Ley 57 de 1887, Art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil.html#1. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).

CONSEJO DE ESTADO.

- Sección Primera. Rad. 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP). Pronunciamiento reiterado en la Sentencia de 22 de abril de 2010. Disponible en: <http://190.24.134.67/pce/consultaproceso3.asp?mindice=52001233100020040162501>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).
- Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta. Disponible en: <http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/details;jsessionid=7282597D5FC845E131ECA6460F00D27F?docId=695c1205-2f7e-4575-9701d80cbbc4d512&channel=%2FOtros+Documentos%2FOtras+Entidades%2FDocs.+Consejo+de+Estado%2F2011&subEspacio=>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).
- Sección Primera Expediente 7440. 7 de febrero de 2008. M.P. Camilo Arciniégas Andrade. Disponible en <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52488144>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 11001-03-06-000-2006-00015-00(1716), del 6 de abril de 2006. M.P. Flavio Rodríguez. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=23208>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2006 – 00015-00 (1716) del 16 de abril de 2006. M.P. Flavio Augusto Rodríguez. Disponible en: [190.24.134.67/sentencias/SALADECONSUMTA/2006/11001-03-06-000-2006-00015-00\(1716\).doc](http://190.24.134.67/sentencias/SALADECONSUMTA/2006/11001-03-06-000-2006-00015-00(1716).doc). (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- Sentencia Rad. 1996 – 8485 - 01 (7370) del 27 de marzo de 2003, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52550963>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).
- Sección Tercera Radicado 25000-23-26-000-1999-00469-01 (26413). M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz. Disponible en: <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-355751814>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- Sentencia 12655 de Sección 3ª, 7 de octubre de 1999. M.P. María Elena Giraldo Gómez. Disponible en: <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52593967>. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- Sala de consulta y servicio civil. Radicado No. 1564 M.P. Susana Montes de Echeverri. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39618>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias.

- C-595 del 27 de julio de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ccscnf/2010/c-595_1910.html#1. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).
- C-382 del 23 de abril de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ccscnf/2008/c-382_2008.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).
- C-340 del 9 de mayo de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ccscnf/2007/c-340_2007.html. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- C-669 del 28 de junio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43623416>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).
- C-131 de 18 de febrero de 2003 M.P. Manuel José Cepeda. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8971>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- C-900 del 7 de octubre de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-900-03.htm>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).
- C-095 del 11 de febrero de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-095-03.htm>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).
- C-735 del 26 de agosto de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.acj.org.co/sentencias/c-735-03.htm>. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).
- C-778 del 11 de septiembre de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ccscnf/2003/c-778_2003.html#1. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).
- C-648 de 13 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43618833>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).
- C-040 del 30 de enero de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en <http://www.leyex.info/juris/C-040-02.htm>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).
- C-619 del 8 de agosto de 2002. Salvamento de voto M. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8315>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- C-372 del 15 de mayo de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6171>. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- C-648 del 13 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ccscnf/2002/c-648_2002.html. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- C-131 del 26 de febrero de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ccscnf/2002/c-131_2002.html#1. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).
- C-610 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-619-01.htm>. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).



Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas

- C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-619-01.htm>. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).
- C-382 del 5 de abril de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Disponible en: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43563801>. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- C-727 del 21 de junio de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4317>. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).
- C-477 del 9 de mayo de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9590>. (Sitio visitado por última vez el 20 de febrero de 2013).
- C-499 del 15 de septiembre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en <http://corteconstitucional.vlex.com.co/vid/-43562008>. (Sitio visitado por última vez el 12 de febrero de 2013).
- C-154 del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. Disponible en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articulos-86284_Archivo_pdf.pdf. (Sitio visitado por última vez el 25 de febrero de 2013).
- C-315 de 19 de julio de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2287>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).
- C-055 del 18 de febrero de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1993/c-055_1993.html. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).
- SU-901 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/05-SU-901.htm>. (Sitio visitado por última vez el 17 de marzo de 2013).
- SU-620 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Antonio Barrero Carbonell. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5466>. (Sitio visitado por última vez el 30 de marzo de 2013).
- T-205 del 24 de marzo de 2011. M.P. Nilson Pinilla. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-205-11.htm>. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).
- T-1450 del 26 de octubre de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1450-00.htm>. (Sitio visitado por última vez el 20 de marzo de 2013).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, párrafo 158, 2004. Disponible en: www.defensapublica.org.ar/jurisdiccional/Doctrina/LA DOBLE INSTANCIA, ULTRA GARANTÍA CONTEMPLA. (Sitio visitado por última vez el 23 de marzo de 2013).
- COUTURE Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires Argentina 1958. Páginas 209 y 210. Disponible en: https://rapidshare.com/#!download|965p2|231405334|FUNDAMENTOS DELDER ECHOPROCESAL_CIVIL-EDUARDOCOUTUREnoPW.pdf|10968|0|0. (Sitio visitado por última vez el 25 de marzo de 2013).

Respons Fiscal



AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA
Control fiscal con pedagogía social

correo-e: sinderesis@auditoria.gov.co
www.auditoria.gov.co