



**Radicado No: 20201100018811**

**Fecha: 04-08-2020**

Bogotá,  
110

Doctor  
**ÁNGEL EDUARDO PÉREZ FAJARDO**  
Profesional Especializado  
Unidad de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva  
Contraloría General del Departamento del Putumayo  
[sejecutiva@contraloriaputumayo.gov.co](mailto:sejecutiva@contraloriaputumayo.gov.co)  
[aepfx@hotmail.com](mailto:aepfx@hotmail.com)

Referencia:      Concepto 110.35.2020  
                         SIA-ATC. 012020000340

1. *De las nulidades en proceso de responsabilidad fiscal*
2. *De los recursos en el procedimiento verbal*
3. *Del daño patrimonial al Estado*
4. *De la caducidad de la acción fiscal en el tránsito normativo*
5. *De la urgencia manifiesta y la calamidad pública*

Cordial saludo doctor Pérez Fajardo:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el oficio CD-URFJC-105-0207 del 18 de julio de 2020, allegado en correo electrónico de la misma fecha, radicado bajo el SIA-ATC. 012020000340, en el que hace las siguientes consultas respecto del plazo para responder las denuncias en control fiscal:

Respecto al tema de nulidades en procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal (a.):

*(...) pregunta 1: ¿el término de cinco (5) días que trata el artículo 109 de la Ley 1474/2011 para resolver esa nulidad debe contarse a partir del vencimiento del traslado que trata el artículo 50 de la Ley 610, o este término cuenta a partir de la presentación del escrito de argumentos de defensa que lleva inmersa la solicitud de nulidad?*

Respecto al tema de recursos a decisiones en procedimiento verbal de responsabilidad fiscal (b.):

*(...) pregunta 2: ¿Qué recursos proceden frente a la decisión que niega la nulidad: Reposición y en subsidio apelación conforme al inciso 2do del artículo 102; o solo el recurso de reposición conforme al inciso 4to del artículo 102 y por respeto a la naturaleza de la instancia (única) en que se encuentre la actuación de conformidad con el artículo 110 de la Ley 1474/2011?*

*(...) pregunta 3: ¿Qué recursos proceden frente a la decisión que deniega la práctica de una prueba: Reposición y en subsidio apelación conforme al inciso 2do del artículo 102, o solo el recurso de reposición conforme al inciso 4to del artículo 102 y por respeto a la naturaleza de la instancia (única) en que se encuentre la actuación de conformidad con el artículo 110 de la Ley 1474/2011?*

*(...) pregunta 4: ¿Qué recursos proceden frente a la decisión que ordena esta medida cautelar: Reposición y en subsidio apelación conforme al inciso 2do del artículo 102, o solo el recurso de reposición conforme al inciso 4to del artículo 102 y por respeto a la naturaleza de la instancia (única) en que se encuentre la actuación de conformidad con el artículo 110 de la Ley 1474/2011?*

*(...) pregunta 5: ¿Qué recursos proceden frente a esta decisión si el proceso es de doble instancia?*

Respecto al tema de desviación de recursos públicos (c.):

*(...) pregunta 5 (sic): ¿el hecho de que la entidad territorial haya realizado la desviación de recursos públicos o destinación diferente a la prevista en la ley puede catalogarse por sí mismo como hecho generador del daño al patrimonio público?*

Respecto al tema de caducidad de la acción fiscal (d.):

*(...) pregunta 6: ¿Qué termino de caducidad debe aplicarse al caso, cinco (5) o diez (10) años?, ¿Qué norma debe aplicarse respecto a la caducidad de la acción fiscal, la Ley 610 de 2000 artículo 9 o el Decreto – Ley 403 de 2020 artículo 127?, ¿en el ficto caso planteado se presenta el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal o se está dentro de término para ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal?*

Respecto al tema de urgencia manifiesta producto de la pandemia Covid-19 (e.):

*(...) pregunta 7: Por el hecho notorio denominado Coronavirus Covid 19, ¿a qué figura deben recurrir los alcaldes y gobernadores para hacerle frente a la misma?, ¿calamidad pública?, ¿urgencia manifiesta?, ¿cualquiera de las dos?*

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicarle que, respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: “**Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...**” (Negrilla fuera de texto).

Por lo anterior y teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la

Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”*, es función de la Oficina Jurídica *“Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo”*, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Finalmente, le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”*, amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

*Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:*

*(...)*

*(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.*

*(...)*

Por lo anterior, este Despacho procede a emitir concepto de manera general respecto de los temas contenidos en su solicitud, así:

### **1. De las nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal**

La figura jurídica de las nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal se encuentra contemplada en el Capítulo III de la Ley 610 de 2000 *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*, estableciendo en el artículo 36 las causales, en el artículo 37 modificado por el artículo 134 del Decreto-Ley 403 de 2020 *“Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”*, el saneamiento y en el artículo 38 el término para proponerlas y los recursos contra la decisión.

La 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”* introduce y

regula en el ordenamiento jurídico el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal; modifica algunas regulaciones del proceso ordinario de responsabilidad fiscal y contempla disposiciones común es para ambos procedimientos. Dentro de las modificaciones al procedimiento ordinario, en el artículo 109 contempló respecto de las nulidades procesales:

*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.***

*Contra el auto que decida sobre la solicitud de nulidad procederá el recurso de apelación, que se surtirá ante el superior del funcionario que profirió la decisión.*

(Negrilla fuera de la norma)

Como se observa a simple vista, la disposición del artículo 109 de la Ley 1474 de 2011 establece que la resolución de la solicitud de nulidad se debe efectuar dentro de los cinco (5) días siguientes a su presentación.

## **2. De los recursos en el procedimiento verbal**

La Ley 1474 de 2011 al regular el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, estableció en el artículo 102 los recursos que proceden contra las decisiones allí tomadas, así:

*Artículo 102. Recursos. Contra los actos que se profieran en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, proceden los siguientes recursos:*

*El recurso de reposición procede contra el rechazo a la petición de negar la acumulación de actuaciones.*

*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.*

*Contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido en audiencia proceden los recursos de reposición o apelación dependiendo de la cuantía determinada en el auto de apertura e imputación.*

*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.*

*Estos recursos se interpondrán en la audiencia de decisión y serán resueltos dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir del día siguiente a la sustentación del mismo.*

De la lectura normativa se tiene que ésta establece los recursos precedente frente a las decisiones de las siguientes actuaciones procesales: i) acumulación de actuaciones, ii) nulidades, iii) negación de práctica de pruebas, iv) medidas cautelares, y v) fallo con responsabilidad; para lo cual se deberá tener en cuenta las instancias procesales a que esté sometido el respectivo proceso.

La Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” – CPACA, respecto de los recursos contra los actos administrativos estableció:

*Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:*

**1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.**

**2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.**

*No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.*

*Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.*

**3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.**

*El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.*

*De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.*

(Negrilla fuera de la norma)

De la norma anterior concluimos que el recurso de reposición es resuelto por el mismo funcionario que emite la decisión, en tanto que el recurso de apelación será resuelto por su superior.

El recurso de apelación se ha instituido como el medio para efectivizar el derecho fundamental a la doble instancia o a la apelación de las decisiones establecido en el artículo 31 de la Constitución Política de Colombia, el cual no obstante, la misma Constitución establece que no es absoluto al determinar que la ley puede establecer excepciones a ello y dichas excepciones se materializan cuando el legislador establece algunos procesos cuyo trámite se da en una única instancia, atendiendo razones de cuantías, de calidad del funcionario que tramita y decide, etc.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-631 de 2012 se pronunció en los siguientes términos:

*17.- El artículo 31 de nuestra Carta Política consagra la posibilidad de contar con una doble instancia, como principio y como garantía para los usuarios del aparato de justicia, al señalar que “[t]oda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”. Y finaliza con una regla prohibitiva aplicable de manera exclusiva a las sentencias condenatorias proferidas en primera instancia por el juez penal, cuyo “superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.*

*Ahora bien, esta garantía así reconocida en el Texto Superior no implica que en todo proceso judicial, sin excepción, deba existir una segunda instancia. De hecho, el propio precepto constitucional contiene una cláusula que autoriza al legislador a regular dicha materia en los diversos tipos de procesos y le otorga un amplio margen para que establezca excepciones a este mandato constitucional.*

*En este sentido se ha pronunciado la Corte, al sostener que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto, pues como viene de decirse, el constituyente facultó al legislador para establecer excepciones. Así lo expresó en sentencia C-788 de 2002:*

*“El principio de la doble instancia, según la jurisprudencia de esta Corporación, no tiene un carácter absoluto, en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial debe ser susceptible de ser apelada o consultada, pues por expresa autorización del constituyente, el legislador puede consagrar excepciones, ‘pero sin rebasar el límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe con el principio de igualdad. En tal virtud, so pretexto de ejercer la competencia que emana de la referida disposición, no le es dable al legislador al regular la procedencia de la apelación o de la consulta establecer tratos diferenciados que carezcan de una legitimación objetiva, en cuanto a los fundamentos de hecho y de derecho que los justifican, su finalidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad”[11].[12]*

*18.- Ahora, si bien es cierto que el principio de la doble instancia admite excepciones, no lo es menos que la posibilidad de interposición de los recursos consagrados en el ordenamiento es una garantía esencial del debido proceso de raigambre constitucional (C.P., art. 29), comoquiera que “los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considere afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso. El artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo”[13].[14]*

*Es importante destacar, de conformidad con lo anterior, que el respeto al debido proceso implica la observancia de las formas propias del proceso de que se trate, de suerte que si éste constituye una de las excepciones al principio de la doble instancia, mal podría el usuario de la justicia reclamar como garantía de este derecho la posibilidad de interposición de un recurso no previsto en el procedimiento del cual es parte.*

*En conclusión, la ausencia del recurso de apelación o de consulta que pueda dar lugar a una segunda instancia dentro de un determinado proceso, no implica el desconocimiento del debido proceso, pues el legislador está facultado para establecer excepciones al principio de la doble instancia, eso sí, “siempre y cuando se respeten el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad, y no se niegue el acceso a la administración de justicia”[15]. De tal suerte, la excepción al principio de la doble instancia introducida por el legislador, no puede conllevar un trato diferenciado injustificado y, por consiguiente, discriminatorio, sino que debe tratarse de una medida que persiga un fin legítimo y sea idónea, razonable y proporcionada.*

El mismo alto tribunal recoge su jurisprudencia en la sentencia C-319 de 2013, en la que además determina:

4. La jurisprudencia constitucional, en distintos fallos, ha consolidado un grupo de reglas definidas acerca de los límites a la libertad de configuración normativa que tiene el legislador en materia de definición de los procedimientos judiciales. Por ende, en este apartado la Corte reiterará esas reglas, a partir de sus recientes recopilaciones.[1]

Este precedente parte de considerar que, de acuerdo con los numerales 1° y 2° del artículo 150 C.P., así como el artículo 228 C.P., corresponde al Congreso determinar los procedimientos y acciones judiciales. Para ello tiene un margen amplio de configuración, el cual le permite diseñar los trámites que considere más adecuados al cumplimiento de los fines del proceso. Esta función, inclusive, le otorga al legislativo la posibilidad de privilegiar determinados modelos de procedimiento o incluso prescindir de etapas o recursos en algunos de estos trámites o incluirlos en otros.

(...)

5. Sin embargo, a pesar de la amplitud del margen de configuración normativa analizado, la jurisprudencia también ha señalado que la potestad del legislador para definir los procedimientos judiciales está sometida a límites precisos, que si bien son igualmente amplios, en todo caso permiten hacer compatibles al proceso judicial con la Constitución. Estos límites pueden agruparse en cuatro categorías, a saber: (i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

6. En cuanto a lo primero, es evidente que el principio de supremacía constitucional implica que cuando la Carta Política ha definido de manera directa determinado procedimiento judicial o administrativo, el legislador tiene vedado modificar lo previsto por el Constituyente. Como lo ha explicado la jurisprudencia, esta opción en cualquier caso es excepcional, pues el criterio general es la amplia competencia legislativa en materia de procesos judiciales. Sobre el particular se ha señalado que "... corresponde al legislador establecer los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades administrativas diseñando las reglas dentro de las cuales determinado recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos que deben darse para su ejercicio. Para esta Corporación, los recursos son de creación legal, y por ende es una materia en la que el Legislador tiene una amplia libertad de configuración, salvo ciertas referencias explícitas de la Carta, como la posibilidad de impugnar los fallos de tutela y las sentencias penales condenatorias (arts. 29 y 86, CP)."[10]

7. Respecto al segundo grupo de límites, se parte de considerar que el procedimiento judicial no es un fin en sí mismo, sino que es apenas un instrumento para alcanzar la primacía del derecho sustancial, en los términos del artículo 228 C.P. Ello quiere decir que las formas procesales deben estar instituidas para (i) cumplir con los fines de esenciales del Estado, previstos en el artículo 2° C.P.; y particularmente (ii) otorgar eficacia a las previsiones de independencia, desconcentración y autonomía de la función judicial, publicidad de la actuación, prevalencia del derecho sustancial, diligencia en el cumplimiento de los términos procesales y garantía de acceso a la administración de justicia.

(...)

8. El tercer grupo de límites, que se muestran comunes para todas aquellas normas legales que regulan la eficacia de los derechos fundamentales, es el cumplimiento de criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Esta condición, como es bien sabido, se cumple cuando la norma procedimental se funda en un criterio de razón suficiente, relativa al cumplimiento de un fin constitucionalmente admisible, a través de un mecanismo que se muestre adecuado para el cumplimiento de ese objetivo y que a su vez, no afecte desproporcionadamente un derecho, fin o valor constitucional, en razón de la

*interferencia con su núcleo esencial.*

*(...)*

*9. Por último, el cuarto grupo de limitaciones se encuentra en la eficacia de las diversas cláusulas que integran el derecho fundamental al debido proceso. Como lo explicó la Corte en la sentencia C-124/11, en tanto el procedimiento judicial encuentra su justificación constitucional en la obtención de decisiones justas que resuelvan los conflictos de la sociedad, el mismo debe garantizar que los derechos y prerrogativas que la Carta confiere a las partes no sean menoscabadas. Esto quiere decir, como se ha explicado, que el proceso judicial debe permitir el logro efectivo de los distintos componentes del derecho al debido proceso, como son los principios de legalidad, contradicción y defensa, de favorabilidad en los casos que resulte aplicable, de presunción de inocencia para los trámites propios del derecho sancionador, así como contar con un proceso judicial sin dilaciones injustificadas y donde esté garantizado el derecho a presentar y controvertir las pruebas, a impugnar la sentencia condenatoria y a que no se sea juzgado dos veces por el mismo hecho. Estas garantías se suman a otras, vinculadas a distintos derechos fundamentales, como son la igualdad de trato ante autoridades judiciales, la vigencia de la intimidad y la honra, la autonomía personal y la dignidad humana, entre muchas otras.*

Finalmente, respecto a los procesos de única instancia, la Corte Constitucional en la sentencia C-046 de 2006, dijo:

*Conforme a lo anterior, a pesar de la importancia que puede tener la posibilidad de apelar una sentencia contraria, es claro que, -como esta Corte lo ha señalado en numerosas ocasiones-, no es obligatorio que todos los procesos judiciales sean de doble instancia. Así, la sentencia C-345 de 1993, entre muchas otras que han abordado el tema, precisó que "el artículo 31 superior establece el principio de la doble instancia, de donde se deduce el de apelación de toda sentencia, pero con las excepciones legales, como lo dispone la norma constitucional. Excepciones que se encuentran en cabeza del legislador para que sea él quien las determine, desde luego, con observancia del principio de igualdad"[12].*

*La Corte ha resaltado en ese orden de ideas que el hecho de que la doble instancia sólo haga parte del contenido esencial del debido proceso en las acciones de tutela y en materia penal, no significa que la ley pueda establecer excepciones a esa regla en cualquier otro proceso sin ningún tipo de limitante[13].*

*Al respecto ha señalado que i) el principio general establecido por el artículo 31 superior[14] es que todos los procesos judiciales son de doble instancia y que por consiguiente, como los procesos de única instancia son una excepción a ese principio constitucional, es obvio que debe existir algún elemento que justifique esa limitación, pues otra interpretación conduciría a convertir la regla (doble instancia) en excepción (única instancia); ii) en tanto la posibilidad de apelar tiene vínculos estrechos con el derecho de defensa y la Constitución y los tratados de derechos humanos garantizan a toda persona el derecho al debido proceso, -que tiene como componente esencial el derecho de defensa-, aunque el Legislador puede establecer excepciones a la doble instancia es claro que al consagrar un proceso de única instancia, debe establecer suficientes oportunidades de controversia, que aseguren un adecuado derecho de defensa, según la naturaleza del caso. Esto significa, ha dicho la Corte, que "un proceso de única instancia no viola el debido proceso, siempre y cuando, a pesar de la eliminación de la posibilidad de impugnar la sentencia adversa, las partes cuenten con una regulación que les asegure un adecuado y oportuno derecho de defensa" [15] iii) la Carta establece el principio de igualdad (CP art. 13), que obviamente se proyecta sobre la regulación de los procesos y recursos. Por ende, aunque el Legislador cuenta con una amplia facultad discrecional para instituir las formas con base en las cuales se ventilarán las diferentes controversias jurídicas que surjan entre las personas, de acuerdo con el artículo 150, numerales 1o. y 2o., de la Constitución, es obvio que las excepciones a la doble instancia no pueden ser*

*discriminatorias[16].*

Colorario de los recursos, podemos decir que si el proceso tramitado es de única instancia, contra las decisiones en él dadas, procesalmente solo procederá el recurso de reposición; en tanto que si el proceso es tramitado bajo la doble instancia, contra las decisiones proceden: el recurso de reposición para que sea resuelto por el funcionario de primera instancia y el de apelación para ser resuelto por el funcionario de segunda instancia que será el superior funcional o administrativo del de primera instancia.

En cuanto a los recursos en el proceso de responsabilidad fiscal, este Despacho se pronunció en los conceptos 110.17.2020 (Radicado No. 20201000008421 del 04-05-2020), 110.29.2020 (Radicado No. 20201100015441 del 09-07-2020) y 110.053.2018 (Radicado No. 20181100027791 del 18-09-2018).

### **3. Del daño patrimonial al Estado**

La Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías” definió el daño patrimonial al Estado en los siguientes términos:

*Artículo 6º Daño patrimonial al Estado. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, ~~uso indebido~~ o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, ~~inequitativa~~ e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.*

*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.*

La Corte Constitucional en la sentencia C-340 de 2007 al revisar la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en la norma del artículo 6º de la Ley 610 de 2000 entre ellas “uso indebido”, estableció para concluir con la inexequibilidad de dicha expresión, lo siguiente:

*Ha dicho esta Corporación[5] que el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado no es otro que el de garantizar el patrimonio económico estatal, el cual debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar “la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho”[6], en los términos de lo estatuido por los artículos 2º y 209 de la Constitución Política.*

*(...)*

*4.4. Pasa la Corte a ocuparse de los cargos presentados contra la expresión “uso indebido” contenida en el artículo 6º de la Ley 210 de 2000.*

*En este caso el problema planteado remite a la consideración de si la lesión del patrimonio público puede consistir en el mero uso indebido de los bienes o los recursos del Estado y si tal asimilación resulta*

*contraria a la Constitución.*

*En primer lugar es necesario precisar que el uso indebido puede predicarse de los bienes y servicios, pero que no cabe referirlo a los intereses patrimoniales, porque éstos, en cuanto que aluden a una posición subjetiva del titular del derecho, no pueden ser usados.*

*Luego cabe preguntar si el uso indebido de bienes y recursos del Estado puede considerarse per se como daño al patrimonio público, esto es, si la lesión en la que consiste el daño puede estar representada en el mero uso de los bienes y recursos públicos.*

*Observa la Corte que la norma que contiene la expresión demandada enuncia el concepto de lesión al patrimonio público, y además de las hipótesis de detrimento, menoscabo, disminución, perjuicio o deterioro, incluye como modalidad autónoma el uso indebido.*

*En ese escenario, lo primero que podría señalarse es que el fenómeno dañoso, desde una perspectiva puramente objetiva, estaría en el uso de los bienes y recursos del Estado, que adquiere la connotación de lesión jurídica, en la medida en que tal uso sea indebido.*

*En el ordenamiento penal el uso indebido alude al servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.[19] Sin embargo esa expresión puede tener un alcance más amplio, puesto que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, usar, en una primera acepción, es “[h]acer servir una cosa para algo”, y, en un segundo significado es “[d]isfrutar uno alguna cosa.”*

*En cuanto a la expresión uso indebido contenida en la disposición demandada cabe formular al menos tres hipótesis sobre su alcance:*

*a. Uso indebido que genera lesión o detrimento en bienes o recursos públicos. En esta hipótesis el daño no está representado en el uso indebido per se, sino, precisamente, en el detrimento, disminución o pérdida de los bienes o los recursos públicos. Aquí cabrían algunos de los ejemplos presentados por los intervinientes en este proceso, como el referido al daño producido a una maquinaria del Estado como consecuencia de su utilización en una forma proscrita por los manuales de uso, o eventos no tan fáciles, como podría ser el uso improductivo de recursos públicos, caso en el cual el daño no se da por la mera conducta indebida, sino por el detrimento que la indebida aplicación de los recursos produce en el patrimonio. Los bienes o los recursos dejan de ser útiles, esa pérdida de utilidad es un detrimento patrimonial susceptible de generar responsabilidad fiscal. A título ilustrativo podría señalarse que, si bien la jurisprudencia de la justicia ordinaria penal ha precisado que la exigencia de que el uso se realice en forma indebida comporta la necesidad de que este elemento normativo del tipo sea objeto de una especial valoración cultural de connotaciones extrajurídicas, podría configurarse una hipótesis de responsabilidad fiscal y eventualmente disciplinaria y penal en el evento de un funcionario que, sistemáticamente acudiese a su lugar de trabajo en horario no laboral con el propósito de realizar extensas llamadas al exterior. En ese caso es claro que la conducta genera un costo y que el objeto de la responsabilidad fiscal es la afectación que ese costo produce en el patrimonio público, y no la mera conducta indebida de usar los bienes del Estado para un fin distinto del propio del servicio público, conducta que daría lugar a que las autoridades competentes establecieran las correspondientes responsabilidades disciplinaria y penal.*

b. *El uso indebido puede no generar un detrimento apreciable o significativo en los bienes o los recursos públicos, pero si puede traer consigo un aprovechamiento patrimonial para el agente que usa indebidamente los bienes o los recursos del Estado. En esta hipótesis cabría decir que, en estricto sentido, el daño está en el detrimento en los intereses patrimoniales del Estado que se deriva de su aprovechamiento indebido por terceros. No en el uso per se, sino en el aprovechamiento indebido. Tal sería, por ejemplo, el caso del uso sistemático y manifiestamente abusivo de recursos adquiridos a un costo fijo por el Estado, como los servicios de telefonía móvil celular o de acceso a Internet. En una hipótesis tal, el uso intensivo del acceso a Internet, para fines no laborales, en horarios distintos de la jornada de trabajo, no generaría un costo visible para el Estado, pero si un aprovechamiento susceptible de ser cuantificado, para el agente.*

c. ***Finalmente, el uso indebido puede darse en situaciones que, ni generen un detrimento apreciable en los bienes o en los recursos del Estado, ni produzcan una afectación de sus intereses patrimoniales por el aprovechamiento indebido de tales bienes o recursos. 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.***

*Es claro que en la primera hipótesis, hay un daño susceptible de ser cuantificado, atribuible al detrimento de los bienes, o a la pérdida de utilidad, o al valor de los recursos inutilizados o enterrados en obras improductivas, etc. También sería cuantificable la afectación del patrimonio público que se deriva del aprovechamiento indebido de bienes o recursos del Estado. Cabría establecer, en ciertas hipótesis, que hay un detrimento patrimonial cuando el valor generado por el uso indebido de los bienes del Estado no entra a su patrimonio sino que permanece en el de un tercero.*

*Pero es claro, también, que en esas hipótesis la afectación de los intereses patrimoniales del Estado no se produce por el uso indebido per se, sino que sería necesario acreditar, además, el detrimento de los bienes y recursos o, eventualmente, su aprovechamiento indebido, o, en general, la afectación de los intereses patrimoniales del Estado, eventos en los cuales serían éstos -detrimento, aprovechamiento indebido o afectación- y no aquel -uso indebido- los elementos constitutivos del daño y la fuente de la responsabilidad fiscal, y el uso indebido, una modalidad de la conducta dolosa o culposa que da lugar a la responsabilidad.*

*Al incluir la norma demandada el concepto de uso indebido como categoría autónoma representativa de la lesión al patrimonio público, paralela a otras expresiones de daño como menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro, desnaturaliza el concepto de daño, con implicaciones no sólo desde el punto de vista de la técnica legislativa -lo cual no es objeto del control de constitucionalidad- 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 sancionatorio, 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 esta corporación, 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.*

*Con base en las anteriores consideraciones, la Corte habrá de declarar la inexecutable de la expresión “uso indebido” contenida en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, sin que, por otra parte, ello implique que no se pueda derivar responsabilidad fiscal por el uso indebido de los bienes o recursos del Estado, porque, en la medida en que de tal uso se derive un daño al patrimonio del Estado, entendido como la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, producida en los términos de la Ley 610 de 2000, el agente será fiscalmente responsable.*

(Negrilla fuera del texto)

Dando cumplimiento a lo establecido en el Acto Legislativo 04 de 2019 “Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal”, el Presidente de la República promulgó el Decreto-Ley 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, el cual modifica la definición del daño patrimonial establecido en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, en los siguientes términos:

*Artículo 126. Modificar el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así:*

*“Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo.*

La modificación a la norma consiste en retirar las expresiones declaradas inexecutable por la Corte Constitucional: “uso indebido” e “inequitativa”; cambia la expresión final del inciso primero “de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías”, por “de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal”; retira los modos de ocasionarse el daño “por acción u omisión” y amplía el sujeto activo del daño a no solo el gestor fiscal, sino a aquellos servidores públicos o particulares que “participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo”.

En el campo penal, la destinación diferente de recursos públicos se encuentra consagrada como tipo penal en el Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) así:

*Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, **aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados**, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas*

*por el mismo término.*

(Negrilla fuera de texto)

La Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad respecto de la expresión “*por el mismo término*” contenida en el tipo penal transcrito, en la sentencia C-652 de 2003, manifestó:

*De los delitos demandados por el actor, los siguientes cumplen con la descripción contenida en el artículo 122 Superior, razón por la cual, en su caso, la inhabilidad imponible no puede tener término definido, es decir, debe ser intemporal.*

(...)

*\*) Peculado por aplicación oficial diferente: el sujeto activo es, como en los casos anteriores, el servidor público y uno de sus verbos rectores consiste en dar a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, y cuya administración tenencia o custodia se le haya confiado por razones o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente a aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste.*

(...)

*Los tipos penales reseñados anteriormente prevén conductas delictuales que afectan el patrimonio público y son desplegadas por servidores públicos. De conformidad con las consideraciones generales de esta providencia, el legislador no está autorizado para disminuir la inhabilidad intemporal consagrada en el artículo 122 constitucional, por lo cual puede decirse que en tanto la norma respectiva disponga una inhabilidad menor, esta será inconstitucional.*

El artículo 23 de la 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*” respecto del mismo tema, adiciona el siguiente tipo penal a la Ley 599 de 2000:

*Artículo 399A. Peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social. La pena prevista en el artículo 399 se agravará de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.*

La indebida destinación de dineros públicos tiene un alcance disciplinario desde la Constitución Política en su artículo 183:

*Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:*

- 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.*
- 2. Por la inasistencia, en un mismo periodo de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.*
- 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.*

**4. Por indebida destinación de dineros públicos.**

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

*Parágrafo. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.*

(Negrilla fuera de la norma)

En el ámbito de la jurisdicción disciplinaria, también encontramos que la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, establece dentro del catálogo de las faltas gravísimas, una referente al uso indebido de recursos público del siguiente tenor:

*Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

(...)

20. Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley.

(...)

Continuando con el alcance disciplinario, se tiene que la Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” establece:

*Artículo 55. Pérdida de la investidura de concejal: Los concejales perderán su investidura por:*

1. La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo 291 de la Constitución Política, salvo que medie renuncia previa, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al alcalde sobre este hecho.

2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses.

3. Por indebida destinación de dineros públicos.

4. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

*La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, en lo que corresponda.*

La Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la norma transcrita, en sentencia C—473 de 1997, estableció:

15. *Cabría entonces preguntarse si las causales de pérdida de la investidura de concejal que estableció la Ley 136 de 1994 son desproporcionadas en relación con el fin que se persigue y si se convierten en un obstáculo real para que los concejales elegidos puedan ejercer a cabalidad su papel de representación política. A este respecto, la Corte advierte que las causales contempladas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 coinciden enteramente con las establecidas para los Congresistas en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 183 de la Constitución. En este estado de cosas sería absurdo suponer que las causales de pérdida de investidura que por expresa disposición constitucional operan para los congresistas puedan ser inconstitucionales cuando se trata de aplicarlas a los concejales a través de una ley. Por eso, habrá de declararse la constitucionalidad de las normas acusadas.*

La Ley 617 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.” establece:

*Artículo 48. Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:*

- 1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.*
- 2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarias o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.*
- 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.*
- 4. Por indebida destinación de dineros públicos.*
- 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.*
- 6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.*

*Parágrafo 1º. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.*

*Parágrafo 2º. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.*

Considera este Despacho que la norma de la Ley 617 de 2000, subroga la norma de la Ley 136 de 1994, toda vez que en ella se establecen igualmente las causales de pérdida de investidura de los concejales establecidas en ésta y ampliando las causales.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 3 de octubre de 2000 dentro del proceso de pérdida de investidura Radicación AC-10529 y AC-10968, dijo respecto de la causal de indebida destinación de dineros públicos:

*“No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que destinación, como acción y efecto de destinar, significa ordenar, señalar, aplicar o determinar una cosa para algún fin o efecto; por consiguiente, desde el punto de vista jurídico, aquella se torna indebida, cuando quiera que recaer o se aplica a un fin o propósito distinto, o contrario al que legal o reglamentariamente se encuentra previsto o destinado un determinado bien, o cuando versa sobre algo prohibido, ilícito o injusto, o innecesario.*

*“Ha de precisarse, sin embargo que, en el caso de la causal cuarta del artículo 183 de la Constitución, la indebida destinación de dineros públicos no necesariamente se configura, ni mucho menos exclusivamente, porque la utilización, ordenación o aplicación de esos específicos dineros públicos por parte del congresista, se realice en forma ilícita, esto es, con transgresión de los linderos del derecho penal. En otros términos, no es de la esencia, ni tampoco el único comportamiento para la estructuración de dicha causal, que la conducta del congresista sea constitutiva o esté tipificada en la ley penal como hecho punible[2].*

*(...)*

*De manera que la causal de indebida destinación de dineros públicos se configura cuando el congresista destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos, como ocurre en los siguientes casos:*

- a.- Cuando destina los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados;*
- b.- Cuando los destina a objetos, actividades o propósitos autorizados pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados;*
- c.- Cuando aplica los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.*
- d.- Cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas.*
- f.- Cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.*
- g.- Cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros.*

Respecto de la misma causal la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ya se había pronunciado en la sentencia del 18 de octubre de 2019, dentro del proceso de pérdida de investidura Radicación número: 85001-23-33-000-2017-00223-01(PI), así:

*Marco normativo y jurisprudencial de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos*

*59. Vistos el numeral 3º del artículo 55 de la Ley 136, sobre pérdida de investidura de concejal, [l]os concejales perderán su investidura: 3. Por indebida destinación de dineros públicos.*

*60. Asimismo, visto el numeral 4º del artículo 48 de la Ley 617, [l]os diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura: 4. Por indebida destinación de dineros públicos.*

*61. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[53] en relación con la configuración de la causal de desinvestidura sub examine, ha considerado lo siguiente:*

*“Esta norma, como sucede con las demás causales de pérdida de investidura, tampoco describen la conducta. No obstante, la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado ha delimitado los presupuestos para que se configure. En este sentido, como su denominación lo indica, **se realiza cuando un congresista destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales***

**distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos. Bien puede utilizarlos o dirigirlos a actividades o propósitos no autorizados; o a aquéllos que estando autorizados no correspondan a la finalidad asignada; o a cometidos prohibidos, entre otros.**

*En estos términos, la Sala Plena, en sentencia del 7 de junio de 2012[54], señala que, aunque la causal no esté definida en el ordenamiento jurídico, se configura cuando la destinación de los dineros públicos no corresponde a los fines estatales preestablecidos por la Constitución, la ley o el reglamento: 'La causal de indebida destinación de dineros públicos no está definida en la Constitución ni en las normas legales que rigen el ejercicio de la acción de pérdida de investidura. Es, entonces, pertinente consignar el sentido y alcance con que esta Corporación le ha definido. La causal de indebida destinación de dineros públicos se configura cuando el concejal destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos.'*

*Respecto a los elementos constitutivos de este tipo disciplinario, la Sala Plena, en sentencia del 6 de marzo de 2003[55] también señala: 'Por consiguiente, el elemento tipificador de la causal de pérdida de investidura en referencia, está en el hecho de que el congresista, en su condición de servidor público, que lo es (art. 123 de la Constitución), con su conducta funcional, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas, etc. En los eventos como los antes indicados, la conducta del congresista bien puede ser delictiva o no, ajustada o no a un procedimiento legal de ordenación del gasto o de contratación, pero, su finalidad es otra muy distinta a la señalada en la Constitución, la ley o los reglamentos'.*

*De allí que, para que la causal se configure es necesario que el Congresista, en su condición de servidor público, distorsione o cambie el cometido estatal consagrado en la Constitución, la Ley o el Reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o que estando autorizados sean diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o haya destinado o utilizado los recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; o perseguido la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; o hubiere pretendido derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas.*

*En este orden, no es necesario que el sujeto activo de la causal ostente la condición de nominador u ordenador del gasto, basta con que deba respetar, defender y cuidar el patrimonio público, toda vez que es imperativo cuidar los bienes del Estado para evitar su menoscabo. **En este sentido, la Sala Plena ha señalado que la causal comporta dos elementos: i) la conducta y ii) el fin.** La Sentencia del 1 de noviembre de 2005[56] señala: 'Para la configuración de la causal de indebida destinación de dineros públicos prevista en el num. 4º del artículo 183 de la Constitución Política (reproducida en el numeral 4º del artículo 298 de la Ley 5ª de 1992) se destacan o requieren dos elementos como son la conducta y el fin.'*

**En el primero -como se exige para las demás causales por las que se puede demandar la pérdida**

**de investidura- es necesario, que el sujeto activo que la agota ostente la calidad de Congresista y precisamente que en esa condición ejerza competencias para las que fue investido.**

**El segundo elemento, consiste en el fin de la conducta, es decir que al ejercer las competencias propias de su investidura: i) cambie o distorsione los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento al destinar los recursos públicos a materias, actividades o propósitos no autorizados, o a aquéllos que autorizados son diferentes a los que se encuentran asignados; ii) aplique tales dineros a objetos prohibidos, no necesarios o injustificados; iii) obtenga un incremento patrimonial para sí o a favor de terceros, o iv) pretenda derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceras personas, etc.” (Destacado fuera de texto).**

62. Esta Sección[57], siguiendo los planteamientos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha considerado sobre la causal de desinvestidura por indebida destinación de dineros públicos, lo siguiente:

*“La causal de indebida destinación de dineros públicos no se encuentra definida en la Constitución ni en las normas legales que regulan el ejercicio de la acción de pérdida de investidura. No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación se ha referido en distintas oportunidades al sentido y alcance que esta causal tiene.*

*La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia 30 de mayo de 2000 (Expediente núm. AC-9877, Consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar), se pronunció sobre los alcances del concepto de indebida destinación de dineros públicos, señalando que el elemento tipificador de esta causal de pérdida de investidura ‘está en el hecho de que el Congresista, en su condición de servidor público, con su conducta funcional al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines o cometidos estatales, preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas’.*

*Esta postura ha sido objeto de múltiples reiteraciones por la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo[58] y también por la Sección Primera del Consejo de Estado, entre otras, en sentencias de 1 de julio de 2004 (Expediente núm. 2003-00194, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), 9 de noviembre de 2006 (Expediente núm. 2005-01133, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), 16 de julio de 2009 (Expediente núm. 2008-00700, Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón) 14 de diciembre de 2009 (Expediente núm. 2009-00012 (Expediente núm. 2009-00012, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), 3 de noviembre de 2011 (Expediente núm. 2011-00009, Consejera ponente María Elizabeth García González) y 1º de agosto de 2013 (Expediente núm. 2012-00151, Consejera ponente María Elizabeth García González)”.*

63. En suma de lo anterior y conforme con la jurisprudencia transcrita, la Sala considera que, para la configuración de la causal de desinvestidura establecida en el numeral 3º del artículo 55 de la Ley 136 y en el numeral 4º artículo 48 de la Ley 617 se requiere la acreditación de dos elementos, a saber: i) el

*sujeto activo sobre quién recae la prohibición: en este caso se debe acreditar la condición de concejal; y ii) la conducta prohibida: es decir, la indebida destinación de dineros públicos.*

64. En relación con el segundo elemento, la Sala considera que se configura en cualquiera de los siguientes eventos:

64.1. Cuando se destinan los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados.

64.2. Cuando se destinan los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos autorizados, pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados.

64.3. Cuando se aplican los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.

64.4. Cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas.

64.5. Cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.

64.6. Cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros.

Consideramos pertinente traer a colación el siguiente aparte del concepto 070A del 15 de enero de 2001 de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, respecto del daño:

*Es necesario resaltar que la ley consagra una definición amplia del daño patrimonial al Estado. La definición abunda en sinónimos que tratan de ejemplificar en que consiste el daño, sin que en ningún momento se dé una descripción taxativa o cerrada del mismo. De esta forma se deja el camino abierto para que dentro de la definición puedan encajar todos aquellos eventos en que el patrimonio público se ve lesionado, sin que exista la posibilidad de que algunos queden excluidos por una interpretación formalista o exegética de la norma. Esta amplitud en la definición también es predicable de los otros dos elementos: las acciones y las personas que pueden causar el daño. Así, en el artículo [6º Ley 610 de 2000] es patente la preocupación del legislador por cobijar todas las situaciones de detrimento al erario.*

De la normatividad, jurisprudencia y conceptualización transcrita hasta el momento, podemos concluir que en materia de responsabilidad fiscal, el daño patrimonial al Estado es uno de sus tres elementos constitutivos, consistente en la lesión que por acción u omisión, con dolo o culpa grave se cause al patrimonio público; encontrando que el uso indebido (y dentro de él la destinación diferente), por sí solo no configura daño patrimonial, pues debe observarse si tal uso indebido causa o no lesión al patrimonio.

En cuanto al daño patrimonial, este Despacho se ha pronunciado en múltiples conceptos, entre los cuales citamos: 110.006.2016 (Radicado No. 20161100008591 del 30-03-2016), 110.044.2012 (Radicado No. 201211000040461 del 26-07-2012), 110.032.2010 (Radicado No. 20101100045321 del 13-08-2010) y 110.089.2009 (Radicado No. 20101100054141 del 12-11-2009).

#### 4. De la caducidad de la acción fiscal en el tránsito legislativo

La Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, establece:

*Artículo 9o. 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 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.*

Norma anterior que fue modificada por el artículo 127 del Decreto-Ley 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, en los siguientes términos:

*Artículo 9o. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos diez (10) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Una vez proferido el auto de apertura se entenderá interrumpido el término de caducidad de la acción 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 de la expedición 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 o incidente de reparación integral en calidad de víctima en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.*

El cambio normativo tiene dos aspectos: i) la ampliación del término de caducidad que pasa de cinco (5) años a diez (10) años contados a partir de los hechos generadores del daño patrimonial y ii) se puntualiza el que la promulgación del auto de apertura, interrumpe el término de caducidad de la acción fiscal.

El legislador excepcional del Decreto-Ley 403 de 2020, no condicionó de manera especial la entrada en vigencia de este cambio normativo procesal como si lo hizo en otras normas de este carácter, por lo tanto, se debe entender su entrada en vigencia en los términos del artículo 166 ibídem, es decir, a partir de la promulgación de la norma, esto es, a partir del 16 de marzo de 2020.

Dentro de la Parte Primera de la Ley 153 de 1887 “Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887” referente a las “Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes”, el legislador estableció en el artículo 40:

*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. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.*

La Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” modificó este artículo en el sentido de determinar de manera expresa las actuaciones procesales que se debían continuar bajo la ley anterior, dejando la norma modificada en los siguientes términos:

*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 surtir 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.”*

La Corte Constitucional en examen de constitucionalidad del primigenio artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en sentencia C-200 de 2002, concluyó:

#### **4.2 El entendimiento dado por la jurisprudencia del principio de aplicación general inmediata de la ley procesal**

*El artículo 40 de la ley 153 de 1887 consagra la regla general de aplicación inmediata de la ley procesal en los siguientes términos:*

*(...)*

*Ahora bien, sobre este artículo, la Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse recientemente en la Sentencia C- 619 de 2001, al examinar el tema del tránsito de legislación de las normas aplicables en los procesos de responsabilidad fiscal a partir de la Ley 610 de 2000, providencia en la que se formularon precisiones sobre el contenido de la disposición bajo estudio por la Corte, que resultan relevantes en*

esta ocasión para el examen de los cargos planteados en este proceso.

Así en esa oportunidad al estudiar el tema del efecto de las leyes en el tiempo y el tránsito de las normas procesales, señaló la Corte lo siguiente:

**“Normas constitucionales relativas al efecto de las leyes en el tiempo. Desarrollo legal de las mismas. Normas relativas al tránsito de las leyes procesales.**

3. Las normas superiores que se refieren explícitamente a los efectos del tránsito de legislación, son los artículos 58 y 29 de la Constitución Política. Conforme al primero, “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.” Al tenor del segundo, “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.”

Con fundamento en las normas constitucionales transcritas, puede afirmarse que en relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos.

La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua.

Sobre este tema la jurisprudencia de esta Corte, como también la de la h. (sic) Corte Suprema de Justicia y del h. Consejo de Estado, han expresado:

“El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano y ha sido desarrollado por una abundante jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, del H. Consejo de Estado y de esta misma Corte Constitucional.

“Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social

de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que le presta la ley bajo la cual se constituyeron.

*“En la doctrina y la jurisprudencia sobre esta materia jurídica se recurre a términos como los “derechos adquiridos”, de mucha raigambre clásica, pero que hoy son sustituidos por las expresiones “situaciones jurídicas subjetivas o particulares”, opuestas en esta concepción a las llamadas “meras expectativas”, que apenas conforman una simple posibilidad de alcanzar un derecho, y que por tanto sí pueden ser reguladas o modificadas por la ley, según un principio generalmente aceptado en la doctrina universal “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene”, dice el art. 17 de la ley 153 de 1887, precepto que además ha adquirido la fuerza expresiva de un aforismo. Vale la pena también anotar que en la C.P. sólo existe una excepción al principio de la irretroactividad en materia penal, por la prevalencia de la ley permisiva o favorable, según lo dispone el artículo 58 en concordancia con el 29 de la C.P.*

(...)

*“Por su parte, la Corte Constitucional en reciente fallo expresó en relación con este tema lo siguiente:*

*“La norma (art. 58 C.N.) se refiere a las situaciones jurídicas consolidadas, no a las que configuran meras expectativas, estas, por no haberse perfeccionado el derecho, están sujetas a las futuras regulaciones que la ley introduzca.*

*“Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia.” (sent. C-529/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)”[51]*

4. Con fundamento en las disposiciones superiores anteriormente comentadas (artículos 58 y 29 C.P.), las cuales también estaban consignadas en la Constitución Nacional de 1886 y que delimitan la órbita de libertad de configuración legislativa en la materia, se desarrolló un régimen legal que señaló los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal. Dicho régimen legal está contenido en los artículos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887 que de manera general, en relación con diversos tipos de leyes, prescriben que ellas rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia. A contrario sensu, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Ahora bien, cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. 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.

*En cuanto a la proyección futura de los efectos de una ley derogada, (ultraactividad de la ley), el régimen legal general contenido en las normas mencionadas lo contempla para ciertos eventos. La ultraactividad en sí misma no contraviene tampoco la Constitución, siempre y cuando, en el caso particular, no tenga el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, ni el principio de favorabilidad penal.*

*5. En lo que tiene que ver concretamente con las leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. En este sentido, a manera de norma general aplicable al tránsito de las leyes rituales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, antes mencionado, prescribe lo siguiente:*

*“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”*

*En concordancia con lo anterior, el artículo 38 de la misma Ley, referente al tránsito de las leyes que regulan relaciones contractuales, indica que todo contrato se rige por las leyes vigentes al momento de su celebración. No obstante, se exceptúan de esta regla “las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato.” Y con la misma orientación, en materia procesal civil, el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil establece:*

*“En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, 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 interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación”.*

*De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal.*

*6. Con todo, dentro del conjunto de las normas que fijan la ritualidad de los procedimientos, pueden estar incluidas algunas otras de las cuales surgen obligaciones o derechos sustanciales. En efecto, la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos sustanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva. Para no contrariar la Constitución, la ley*

*procesal nueva debe respetar los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de este tipo de disposiciones materiales, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales”[52] .(subrayas fuera de texto)*

*A manera de resumen de lo dicho por la Corte en la citada Sentencia puede concluirse que en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución sólo impone como límite el respeto de los derechos adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y de favorabilidad penal. Por fuera de ellos, opera una amplia potestad de configuración legislativa.*

*En armonía con esta concepción, el legislador ha desarrollado una reglamentación específica sobre el efecto de las leyes en el tiempo, que data de la Ley 153 de 1887, según la cual como regla general las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso, que por tanto no se han consolidado bajo la vigencia de la ley anterior, ni han constituido derechos adquiridos sino simples expectativas. Este es el caso de las leyes procesales, que regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.*

*En este sentido, dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Al respecto debe tenerse en cuenta que todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. Tal es precisamente el sentido del artículo 40 de la ley 153 de 1887 objeto de esta Sentencia.*

(Negrilla y subrayados propios del texto)

Respecto a la caducidad en el tránsito normativo, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 30 de agosto de 2006 dentro del Radicado número 25000-23-26-000-1995-00864-01(15323) se pronunció así:

*De lo anterior concluye la Sala que en los casos en que se configure el tránsito de legislación respecto de la regulación de términos de caducidad, salvo disposición legal expresa en sentido contrario, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1.887 el cual consagra y ordena, como regla general, la aplicación inmediata de las disposiciones de orden procesal, por manera que en esas materias, aun tratándose de procesos en curso, las actuaciones correspondientes deberán regirse por la ley nueva con excepción de dos hipótesis fácticas diferentes entre sí, respecto de las cuales la misma ley determina la aplicación de las normas anteriores, esto es: i) los términos que ya hubieren empezado a correr, y ii) las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas.*

*No sobra destacar que la primera eventualidad, contemplada en dicha excepción, se refiere de manera genérica y sin distinciones de ninguna especie, a todos los términos contemplados o establecidos en normas procesales en cuanto los mismos hubieren empezado a correr bajo el imperio de la ley anterior, sin importar si los mismos se surten dentro de procesos ya iniciados o por fuera de ellos.*

*La segunda hipótesis fáctica de esa excepción, en cuya virtud las actuaciones y diligencias ya iniciadas se regirán por la ley vigente al momento de dar inicio a las mismas, de manera necesaria y obvia supone la*

*existencia previa de tales actuaciones o diligencias.*

*La Sala no comparte las apreciaciones formuladas por un sector de la doctrina nacional[21], según el cual la ultractividad de las normas procesales consagrada en el citado artículo 40 de la Ley 153 de 1887 exigiría como requisito indispensable la “existencia de un proceso en curso”, porque, como ya se indicó, la norma legal mencionada no sujeta sus efectos a la configuración de condición alguna en ese sentido, ni incluye distinciones al respecto, por lo cual hay lugar a precisar que el único presupuesto contemplado en el referido artículo 40 para la aplicación de sus efectos estriba en el carácter eminentemente procesal que debe tener la norma antigua bajo cuya vigencia hubieren empezado a correr términos o se hubiere iniciado una actuación o diligencia, de lo cual se infiere que esas circunstancias pueden concretarse en relación con asuntos en los cuales no exista proceso propiamente dicho, como por ejemplo en el caso del término de caducidad que hubiere empezado a correr aunque no se hubiere presentado aún demanda judicial o en relación con las actuaciones relacionadas con la práctica de pruebas anticipadas o respecto de las actuaciones que se surtan antes de que se trabé la litis, etc.*

La misma Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 5 de diciembre de 2006 dentro del Radicado número 25000-23-26-000-1994-00044-01(13750) recoge y complementa la jurisprudencia anterior así:

*El fenómeno de la caducidad busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso. Por esta razón, la efectividad del derecho que se persigue con su ejercicio puede verse afectada. La caducidad es una figura procesal que extingue la acción por el no ejercicio de la misma en el término perentorio establecido por el legislador, y está consagrada por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas.[43] En el contencioso administrativo, el señalamiento de un plazo de carácter preclusivo, evita la incertidumbre que representa para la administración la revocación o anulación de sus actos, y se encuentra establecido en interés general de la colectividad que debe prevalecer sobre el individual de la persona afectada.[44]*

*(...)*

*Estima la Sala importante precisar que el artículo 40 aparte segundo de la citada ley, en cuanto prescribe que “...los plazos que hubieren comenzado a correr bajo el imperio de una norma se continuarán rigiendo por ésta...”, es una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia el futuro con efecto general e inmediato para darle efecto ultractivo a la ley procesal antigua, pero está circunscrita a los procesos pendientes o en curso y sobre los actos procesales no consumados o que están en trámite cuando aparece la nueva ley procesal. La operancia de dicha excepción está condicionada a dos supuestos: (i) la existencia de un proceso en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley; y (ii) que dentro del proceso en curso existan términos que hubieren empezado a correr, y actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal. [65]*

*De acuerdo con el precepto anterior, es válido afirmar que si las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto cobran vigencia, sin perjuicio de que sean respetados aquellos actos procesales que se han cumplido, consumado o estén pendientes de conformidad con la ley antigua, con mayor razón la nueva norma procesal entra a regular situaciones jurídicas no consolidadas que ni siquiera se han iniciado mediante la respectiva acción judicial.*

*(...)*

*En conclusión, la norma que debe ser aplicada para efectos del ejercicio oportuno de la acción es la vigente a la época de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o sea a la fecha de la presentación de la demanda, por cuanto, dicha disposición es de naturaleza eminentemente procedimental, tiene efecto general e inmediato y entra a regular aspectos que no se hubieren*

*consolidado o consumado antes de su entrada en vigencia.*

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto 3327 del 5 de diciembre de 2000 referente a la caducidad de la acción fiscal con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 610 de 2000, concluyó:

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

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

*(...)*

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

El anterior concepto fue ratificado por dicha oficina en los conceptos 1304 del 13 de mayo de 2003 y EE40653 del 15 de octubre de 2004

De la transcripción normativa, jurisprudencial y conceptual transcrita, este Despacho concluye que el fenómeno jurídico de la caducidad se encuentra dentro del derecho procesal, por tanto su naturaleza es de orden público y por ello irrenunciable; establecida como garantía para la seguridad jurídica y el interés general, consistente en el establecimiento de un plazo determinado para poder ejercer una acción para exigir un derecho y en el caso del control fiscal, el tiempo con que cuenta el organismo de control fiscal para dar inicio al respectivo proceso de responsabilidad fiscal contra los presuntos responsables del detrimento patrimonial al Estado observado.

El término de caducidad en el tránsito legislativo se debe aplicar de acuerdo a dos hipótesis: i) Si el término de caducidad establecido en la norma anterior se encuentra vencido al momento de entrada en vigencia de la nueva norma, se aplica la norma anterior teniendo en cuenta la consolidación de tal figura jurídica y por ende la imposibilidad de incoar la acción fiscal; y ii) Si al momento de entrar en vigencia la nueva norma, el término de caducidad establecido en la norma anterior no se había vencido, la aplicación para su conformación es la de la nueva normatividad en el entendido que aún no se ha consolidado la figura jurídica llamada caducidad y por tanto aún se está frente a una mera expectativa de que ésta se materialice.

## **5. De la urgencia manifiesta y la calamidad pública**

### **5.1. De la urgencia manifiesta**

El Congreso de la República expidió la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” estableciendo dentro de los contratos estatales, el proveniente de la urgencia manifiesta en los siguientes términos:

*Artículo 42. De la urgencia manifiesta. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.*

*La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.*

*Parágrafo. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.*

(Negrilla fuera de la norma)

La Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad respecto de los parágrafos de los artículos 41 y 42 de la Ley 80 de 1993, en sentencia C-772 de 1998, se pronunció en los siguientes términos respecto de la urgencia manifiesta:

*Del análisis sistemático de las normas citadas se concluye lo siguiente:*

*a. Que la “urgencia manifiesta” es una situación que puede decretar directamente cualquier autoridad administrativa, sin que medie autorización previa, a través de acto debidamente motivado.*

*b. Que ella existe o se configura cuando se acredite la existencia de uno de los siguientes presupuestos:*

*- Cuando la continuidad del servicio exija el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro.*

*- Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción.*

*- Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y,*

*- En general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.*

*c. Que la declaratoria de “urgencia manifiesta” le permite a la correspondiente autoridad administrativa:*

*- Realizar de manera directa, en sus propios presupuestos, los ajustes o modificaciones presupuestales a que haya lugar, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica de presupuesto. (Parágrafo 1o. artículo 41 Ley 80 de 1993)*

*- Hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente. (Parágrafo único artículo 42 Ley 80 de 1993)*

*d. Que dada la mayor autonomía con que se dota a las autoridades administrativas, para afrontar situaciones de urgencia y excepción, la vigilancia sobre las actuaciones que se deriven de su declaratoria,*

*deberá ejercerla el organismo de control de manera especial e inmediata, según lo establece el artículo 43 de la Ley 80 de 1993.*

(Negrilla fuera del texto)

En el examen de constitucionalidad del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional en sentencia C-949 de 2001, determinó:

*No encuentra la Corte reparo alguno de constitucionalidad a la declaración administrativa de urgencia manifiesta regulada en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, puesto que constituye una justificada excepción a los procedimientos reglados de selección objetiva si se tiene en cuenta que su aplicación se encuentra sujeta a la existencia de **situaciones evidentes de calamidad pública o desastre** que afecten de manera inminente la prestación de un servicio, que son circunstancias que por su propia naturaleza hacen imposible acudir al trámite de escogencia reglada del contratista.*

*Los posibles excesos que genere la aplicación práctica de este instrumento -que de por sí son ajenos al juicio de constitucionalidad de las normas acusadas-, se ven morigerados por la exigencia de que la declaración de urgencia manifiesta conste en acto administrativo motivado y en la obligación consagrada en el artículo 43 ibidem, de enviar al funcionario u organismo que ejerza control fiscal en la respectiva entidad los contratos originados en la urgencia manifiesta y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes, las pruebas y los hechos, inmediatamente después de celebrados dichos contratos, sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento.*

(Negrilla fuera de texto)

La Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.” Establece en su artículo 2º las modalidades de selección del contratista así:

*Artículo 2º. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:*

1. Licitación pública. (...)

(...)

2. Selección abreviada. (...)

(...)

*Serán causales de selección abreviada las siguientes:*

a) (...)

(...)

3. Concurso de méritos. (...)

(...)

**4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:**

**a) Urgencia manifiesta;**

b) (...)

(...)

5) *Contratación mínima cuantía.* (...)

(...)

*Parágrafo 1º. La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar.*

(...)

(Negrilla fuera de la norma)

El Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional” compila entre otras, la normatividad referente a la reglamentación de la contratación pública, encontrándose entre ella la referente a la declaratoria de la urgencia manifiesta establecida en el artículo 74 del Decreto 1510 de 2013, en los siguientes términos:

*Artículo 2.2.1.2.1.4.2. Declaración de urgencia manifiesta. Si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos. (Decreto 1510 de 2013, artículo 74)*

El Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 385 del 12 de marzo 2020 “Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus”, declarando la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y ordenando la adopción de medidas sanitarias preventivas.

El Presidente de la República en uso de facultades constitucionales y atendiendo la declaratoria de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social en la Resolución 385 de 2020, las consecuencias tanto en salud como económicas derivadas de los efectos de la pandemia provocada por el COVID-19, expide el Decreto-Ley 417 del 17 de marzo de 2020, declarando el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario.

El Presidente de la República en uso de facultades constitucionales derivadas de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, y a fin de conjurar la crisis decretada, expide el Decreto-Ley 440 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”, estableciendo en el artículo 7:

*Artículo 7. Contratación de urgencia. Con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo*

*de los recursos al interior del sistema de salud . Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se registrarán por la normatividad vigente.*

*Con el mismo propósito, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa esta clase de bienes y servicios.*

(Negrilla fuera de la norma)

Posteriormente y en uso de las mismas facultades, el Presidente de la República expide el Decreto-Ley 537 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, estableciendo en el artículo 7:

*Artículo 7. Contratación de urgencia. Con ocasión de la declaratoria de estado de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la **urgencia manifiesta** por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud. Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se registrarán por la normatividad vigente.*

*Las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa los bienes y servicios enunciados en el inciso anterior.*

(Negrilla fuera de la norma)

El Presidente de la República en uso de facultades constitucionales y atendiendo el continuo confinamiento obligatorio, con las consecuentes afectaciones económicas y sociales, entre otras, expide el Decreto-Ley 637 del 06 de mayo de 2020, declarando el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario.

Mediante la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 “Por la cual se prorroga la emergencia sanitaria por el nuevo Coronavirus que causa la COVID-19, se modifica la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, modificada por las Resoluciones 407 y 450 de 2020 y se dictan otras disposiciones”, el Ministerio de Salud y Protección Social prorrogó la declaratoria de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 31 de agosto de 2020, además de modificar la Resolución 385 de 2020 en cuanto a las medidas sanitarias adoptadas.

Respecto de la urgencia manifiesta, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 27 de abril de 2006 dentro del Expediente No 14275 (05229), dijo:

*Se observa entonces cómo la normatividad que regula el tema de la urgencia en la contratación estatal, se refiere a aquellos eventos en los cuales pueden suscitarse hechos que reclaman una actuación inmediata de la Administración, con el fin de remediar o evitar males presentes o futuros pero*

*inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos consecutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución<sup>7</sup>, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos a largo lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño.*

*En estas estipulaciones, se hace evidente el principio de la prevalencia del interés general, en este caso, por encima de las formalidades de las actuaciones administrativas, puesto que si aquel se halla afectado o en peligro de serio, el régimen jurídico debe ceder y permitir que las soluciones se den en la mayor brevedad posible, así ello implique la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales de selección del contratista y aún, la ejecución de los mismos, sin que medie la formalidad del contrato escrito, si la gravedad de las circunstancias así lo exige.*

Posición reiterada por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 07 de febrero de 2011 dentro de la Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00055-00(34425), en la que además agregó:

*2.2. La Ley 80 de 1993, artículos 41 a 43 incorporó la figura de la urgencia manifiesta como una modalidad de contratación directa. Se trata entonces de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o la contratación directa. Es decir, cuando la Administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas.*

*En otras palabras, si analizada la situación de crisis se observa que la Administración puede enfrentarla desarrollando un proceso licitatorio o sencillamente acudiendo a las reglas de la contratación directa, se hace imposible, en consecuencia, una declaratoria de urgencia manifiesta. Así las cosas, la imposibilidad de acudir a un procedimiento ordinario de selección de contratistas constituye un requisito legal esencial que debe ser respetado por las autoridades cuando se encuentren frente a situaciones que aparentemente puedan dar lugar a la utilización de este instrumento contractual.*

*(...)*

*2.2. (sic) En cuanto a los requisitos formales de la declaración de urgencia manifiesta, considera la Sala que ellos se desprenden nítidamente de la lectura de los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993.*

*Así, en primer lugar, el legislador (artículo 42) exige que la urgencia manifiesta se declare mediante acto administrativo motivado. Cabe señalar que dicho acto se enmarca dentro de las competencias discrecionales de la entidad contratante, puesto que pese a tener que sujetarse a requisitos formales, la declaración de urgencia depende completamente de los motivos de mérito o conveniencia que valore el respectivo funcionario. Por esta razón, el acto debe motivarse con razones ciertas y convincentes que permitan verificar la verdadera necesidad de la Administración de recurrir a este mecanismo de contratación.*

*(...)*

*Así mismo, resulta importante señalar que esta figura tiene un régimen jurídico especial, pues es el único caso en que el legislador permite expresamente el contrato consensual, esto es, cuando las*

*circunstancias impiden la suscripción del contrato, se podrá incluso prescindir del acuerdo acerca de la remuneración del contratista, la cual podrá acordarse con posterioridad al inicio de la ejecución del contrato o en la liquidación del mismo. Se hace entonces evidente la prevalencia del interés general, en este caso, por encima de las formalidades de las actuaciones administrativas, pues el régimen jurídico cede ante situaciones excepcionales con el fin de permitir que las soluciones se den en el menor tiempo posible[5].*

*Los otros requisitos formales exigidos por el legislador están presentes en el artículo 43 de la Ley 80 y se relacionan con el tema del control fiscal. Así, después de celebrados los contratos que se originen en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviarán a la autoridad competente para realizar el control fiscal, con el objeto de que esta investigue si fue o no procedente su declaratoria, éste funcionario tendrá dos meses para pronunciarse.*

*A juicio de la Sala, el ejercicio de este control implica la verificación de la ocurrencia de unos hechos, no el examen de las causas que los generaron. Así, si el órgano de control encuentra que los hechos que sirven de fundamento a la declaración de urgencia manifiesta si ocurrieron y que se ajustan a los presupuestos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, dicha declaración será conforme a derecho. Ahora bien, esta modalidad de control fiscal resulta de gran utilidad, ya que puede impulsar la realización de otras investigaciones de tipo penal o disciplinario.*

*2.3. (sic) Para esta Sala, es importante señalar que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e inmediata, bajo ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades públicas, todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.*

*En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados[6].*

Más reciente, la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 16 de julio de 2015 dentro de la Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768), a los pronunciamientos anteriores agrega:

*De las normas en referencia resulta viable concluir que la urgencia manifiesta tiene cabida cuando:*

- Se requiere la prestación ininterrumpida de un servicio, el suministro de bienes o la ejecución de obras.*
- Se presentan situaciones relacionadas con estados de excepción.[2]*
- Se presentan hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre.*
- Se presentan situaciones similares a las anteriores.*

*Su procedencia se justifica en la necesidad inmediata de continuar prestando el servicio, suministrando el bien o ejecutando la obra o conjurar las situaciones excepcionales que afectan al conglomerado social, lo que impide acudir al procedimiento de selección de licitación pública en tanto este medio de escogencia de contratista supone la disposición de un período más prolongado de tiempo que eventualmente pondría en riesgo el interés público que se pretende proteger con la declaratoria de urgencia manifiesta*

*y la consecencial celebración del correspondiente contrato.*

*Así pues, la figura de la urgencia manifiesta se sustenta en, al menos, tres principios:*

*Por un lado, el principio de necesidad que consiste en que debe existir una situación real que amenace el interés público ya sea por un hecho consumado, presente o futuro y que hace necesaria la adopción de medidas inmediatas y eficaces para enfrentarla.*

*El principio de economía en virtud del cual se exige que la suscripción del negocio jurídico dirigido a mitigar la amenaza o el peligro en que se encuentra el bien colectivo, se realice por la vía expedita de la contratación directa, pretermitiendo la regla general de la licitación pública para garantizar la inmediatez y/o la continuidad de la intervención del Estado.*

*El principio de legalidad que supone que la declaratoria de la urgencia manifiesta solo procede por las situaciones contenidas expresamente en la norma, sin que puedan exponerse razones distintas para soportarla.*

*Igualmente, se concluye que la decisión que en ese sentido se adopte ha de ser sometida a control posterior por el órgano competente, en la medida en que debe verificarse que su declaratoria se dicte con apego a la disposición legal que la regula, so pena de iniciar las investigaciones disciplinarias o penales a que haya lugar por su empleo indebido.*

*(...)*

*A todo lo expuesto en los pronunciamientos en referencia, la Sala estima pertinente agregar en esta oportunidad que las medidas que se adopten y el objeto de los contratos que se celebren por la vía de la contratación directa, en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta, no solo deben guardar directa relación con el estado de crisis que se pretende mitigar, sino que, además, las estipulaciones contractuales en torno al precio y plazo que se pacten para su ejecución igualmente deben responder a la urgencia y necesidad que motivó su celebración.*

*En efecto, los elementos relativos al precio y plazo del contrato, dentro de este contexto, deben estar concebidos exclusivamente para superar el estado de amenaza del bien común que suscitó su celebración, mientras se logran poner en marcha las actividades dirigidas a adelantar el correspondiente procedimiento de selección encaminado a escoger, a través de la respectiva licitación pública, el contratista que en adelante asumirá las prestaciones necesarias para mantener las condiciones de normalidad del servicio público, en caso de que se requiera su prestación prolongada, pues carecería de toda justificación jurídica que el plazo del contrato suscrito como producto de la urgencia manifiesta, se pacte a más de una década cuando resulta viable suponer que el estado de emergencia, a título ilustrativo, puede superarse en unos cuantos meses. En igual sentido, no resultaría ajustado pactar un valor excesivo, cuando se evidencie que la urgencia puede afrontarse con una cuantía menor.*

De acuerdo con la normatividad y jurisprudencia relacionada, este Despacho concluye respecto de la urgencia manifiesta en la contratación estatal, que ésta es un mecanismo excepcional para adelantar la selección del contratista de manera directa obviando los demás mecanismos de selección en razón a la imperiosa e inmediata necesidad de conjurar situaciones de crisis que afectan el interés general y que no dan lugar a adelantar otro tipo de proceso de selección por premura de tiempo que pondría en riesgo el interés público; urgencia que puede provenir de la declaratoria de estados de excepción o de la declaratoria de calamidad, entre otras.

## 5.2. De la calamidad pública

La Ley 1523 de 2012 “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”, define el concepto de “calamidad pública”, establece entre otros temas, la forma de declarar la calamidad pública y los criterios para ello en los siguientes términos:

*Artículo 4º. Definiciones. Para efectos de la presente ley se entenderá por:*

*(...)*

*5. Calamidad pública: Es el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales, generando una alteración intensa, grave y extendida en las condiciones normales de funcionamiento de la población, en el respectivo territorio, que exige al municipio, distrito o departamento ejecutar acciones de respuesta a la emergencia, rehabilitación y reconstrucción.*

*(...)*

*Artículo 57. Declaratoria de situación de calamidad pública. Los gobernadores y alcaldes, previo concepto favorable del Consejo Departamental, Distrital o Municipal de Gestión del Riesgo, podrán declarar la situación de calamidad pública en su respectiva jurisdicción. Las declaratorias de h (sic) situación de calamidad pública se producirán y aplicarán, en lo pertinente, de conformidad con las reglas de la declaratoria de la situación de desastre.*

*Artículo 58. Calamidad pública. Para los efectos de la presente ley, se entiende por calamidad pública, el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales, generando una alteración intensa, grave y extendida en las condiciones normales de funcionamiento de la población, en el respectivo territorio, que exige al distrito, municipio, o departamento ejecutar acciones de respuesta, rehabilitación y reconstrucción.*

*Artículo 59. Criterios para la declaratoria de desastre y calamidad pública. La autoridad política que declare la situación de desastre o calamidad, según sea el caso, tendrá en consideración los siguientes criterios:*

*1. Los bienes jurídicos de las personas en peligro o que han sufrido daños. Entre los bienes jurídicos protegidos se cuentan la vida, la integridad personal, la subsistencia digna, la salud, la vivienda, la familia, los bienes patrimoniales esenciales y los derechos fundamentales económicos y sociales de las personas.*

*2. Los bienes jurídicos de la colectividad y las instituciones en peligro o que han sufrido daños.*

*Entre los bienes jurídicos así protegidos se cuentan el orden público material, social, económico y ambiental, la vigencia de las instituciones, políticas y administrativas, la prestación de los servicios*

*públicos esenciales, la integridad de las redes vitales y la infraestructura básica.*

*3. El dinamismo de la emergencia para desestabilizar el equilibrio existente y para generar nuevos riesgos y desastres.*

*4. La tendencia de la emergencia a modificarse, agravarse, reproducirse en otros territorios y poblaciones o a perpetuarse.*

*5. La capacidad o incapacidad de las autoridades de cada orden para afrontar las condiciones de la emergencia.*

*6. El elemento temporal que agregue premura y urgencia a la necesidad de respuesta.*

*7. La inminencia de desastre o calamidad pública con el debido sustento fáctico.  
(...)*

*Artículo 65. Régimen normativo. Declaradas situaciones de desastre o calamidad pública, conforme a lo dispuesto en el Capítulo VI de esta ley, en la misma norma se determinará el régimen especial aplicable de acuerdo con los antecedentes, la naturaleza, la magnitud y los efectos del desastre o calamidad pública. Las normas versarán entre otras materias sobre contratación del Estado, empréstitos, control fiscal de recursos; ocupación, adquisición, expropiación, demolición de inmuebles e imposición de servidumbres; reubicación de asentamientos, solución de conflictos, moratoria o refinanciación de deudas, suspensión de juicios ejecutivos, créditos para afectados, incentivos para la rehabilitación, reconstrucción y el desarrollo sostenible; administración y destinación de donaciones y otras medidas tendientes a garantizar el regreso a la normalidad.*

*Artículo 66. Medidas especiales de contratación. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.*

*Parágrafo. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen.*

*Artículo 67. Contratación de empréstitos. Los contratos de empréstito externo o interno que requieran celebrar el Gobierno Nacional, las entidades descentralizadas del orden nacional, los departamentos, distritos y municipios o las entidades descentralizadas del orden departamental, distrital o municipal con el fin de atender situaciones de desastre o calamidad pública declaradas, solo necesitarán para su celebración y validez, además de los requisitos establecidos por la Constitución Política, el concepto previo de la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, las firmas del representante de la entidad prestamista y del Presidente de la República o del respectivo mandatario Departamental,*

*Distrital o Municipal, quienes podrán delegar la suscripción en el Ministro, o en los Secretarios de Hacienda, para el caso de las entidades territoriales. En todo caso no se podrá exceder la capacidad de pago de la entidad prestataria.*

Colofón del tema de la urgencia manifiesta y la declaratoria de calamidad pública, debemos decir que la calamidad pública es una de las causales de la declaratoria de la urgencia manifiesta en la contratación pública, así como lo es la declaratoria de un estado de excepción (en lo referente al mismo).

La pandemia mundial originada por el COVID-19 que afecta también a la República de Colombia, motivo que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 385 de 2020, declarara la emergencia sanitaria y la adopción de medidas sanitarias preventivas, lo cual conllevó a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por parte del Presidente de la República mediante el Decreto-Ley 417 de 2020.

Lo anterior lleva al Presidente de la República a expedir los Decretos-Ley 440 y 537 de 2020 en los cuales establece de manera expresa que tanto la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica mediante Decreto-Ley 417 de 2020 como la de Emergencia Sanitaria declarada mediante Resolución 385 de 2020, dan lugar a la declaratoria de la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales para la contratación de bienes o servicios referentes a la mitigación de los efectos del COVID-19.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 *“Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”*, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 *“Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

*“...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen***

***a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución''***  
(Negrilla fuera de texto)

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de Bogotá o a los correos electrónicos [juridica@auditoria.gov.co](mailto:juridica@auditoria.gov.co) y [fljimenez@auditoria.gov.co](mailto:fljimenez@auditoria.gov.co). Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web [www.auditoria.gov.co](http://www.auditoria.gov.co) ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 0d936c68, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



**CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ**  
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

|                 | Nombre y Apellido              | Firma   | Fecha      |
|-----------------|--------------------------------|---|------------|
| Proyectado por: | Fabio Luis Jiménez Castro      |  | 31/07/2020 |
| Revisado por:   | Carlos Oscar Vergara Rodríguez |  | 04/08/2020 |
| Aprobado por:   | Carlos Oscar Vergara Rodríguez |  | 04/08/2020 |

*Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.*