

80112, OJ 061 2017
Bogotá, D.C.,

Contraloría General de la República :: SGD 29-03-2017 14:42
Al Contestar Cite Este No.: 2017EE0040331 Folio:19 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFCINA JURIDICA/ NESTOR MAN ARIAS AFANADOR
DESTINO MAGALI DEL SOCORRO ROSERO ORTIZ
ASUNTO CONCEPTO
OBS

2017EE0040331



Señora
MAGALI DEL SOCORRO ROSERO ORTIZ
Talito.2003@hotmail.com

ASUNTO. PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.-PRINCIPIOS
ORIENTADORES. RECURSOS.- REQUISITOS.- VINCULACIÓN DEL
GARANTE.-NULIDAD.- RECURSOS.- INFORME TÉCNICO.-
NOTIFICACIONES.-OTROS.

Respetada Señora Magali:

1. ANTECEDENTE.

Esta Oficina conoce su comunicación con la cual consulta sobre los siguientes aspectos:

1.1. ¿Es una obligación del funcionario del ente de control realizar la vinculación de la compañía aseguradora cuando el funcionario público que se tiene como presunto responsable fiscal se encuentra amparado por una póliza de seguros?

1.2. ¿Que pasa si dentro del auto de apertura del proceso no se llama como tercero civilmente responsable a la compañía de seguros que expidió la póliza y con esta se tiene amparado al funcionario público en su cargo y funciones?

1.3. ¿Se presenta una violación al debido proceso al dejar de vincular a la empresa de seguros como tercero civilmente responsable?

1.4. ¿Se puede visualizar una omisión cuando el funcionario del ente de control no incluye dentro del auto de apertura del proceso a la compañía de seguros como tercero civilmente responsable? ¿Si no está, que conducta se puede tipificar?

1.5. ¿Los principios orientadores de la acción fiscal, son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios de la Contraloría General de la República y de las Contralorías Territoriales en el desarrollo de sus funciones?

1.6. ¿Qué pasa si en el desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal, los funcionarios del ente de control dejan de tener en cuenta los principios orientadores de la acción fiscal?

1.7. ¿La omisión por parte del funcionario del ente de control en la aplicación de los principios orientadores permitiría determinar una nulidad del proceso? ¿Si no se presenta una nulidad que otra figura se podría configurar?

1.8. ¿Son de obligatorio cumplimiento por parte del funcionario del ente de control, determinar con plenitud en el auto de apertura los requisitos exigidos tanto en el artículo 41 como el 48 de la Ley 610 de 2000?

1.9. ¿Qué pasa dentro del proceso cuando no se relacionan todos y cada uno de los requisitos exigidos tanto para el auto de apertura de responsabilidad fiscal como para el auto de imputación?

1.10. ¿Se presenta una omisión por parte del funcionario del ente de control?

1.11. ¿Se presenta una violación al debido proceso?

1.12. ¿Se violan los derechos del presunto responsable al no ser identificado plenamente los requisitos de apertura de los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000?

1.13. ¿La ausencia así sea de unos de los requisitos exigidos es violatorio del debido proceso y derecho a la defensa?

1.14. ¿Es deber de los funcionarios de control en los procesos de responsabilidad fiscal dar aplicación al artículo 113 del Decreto 111 de 1996?

1.15. ¿La Contraloría General de la República si está dando cumplimiento a lo que ordena la norma señalada?

1.16. ¿Qué ocurre si los funcionarios en el desarrollo de sus funciones, no dan cumplimiento a la presente norma? ¿Qué conducta disciplinaria se podría tipificar?

1.17. ¿El funcionario del ente de control se puede valer de cualquier argumento para no aplicar lo establecido en la norma?

1.18. ¿la norma en mención es susceptible de no aplicarse por parte de los funcionarios de la Contraloría en el cumplimiento de sus funciones, máxime cuando

Señora MAGALI DEL SOCORRO ROSERO ORTIZ.

Página 3 de 37

ha determinado dentro del proceso de responsabilidad fiscal que el hecho generador del supuesto daño es el pago?

1.19. ¿Se debe hacer un análisis y aplicación en conjunto de los artículos 113 del Decreto 111 de 1996 y 119 de la ley 1474 de 2011?

1.20. ¿Qué pasa si el funcionario del ente de control no da cumplimiento al artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, en ejercicio de sus funciones?

1.21. ¿La no aplicación del citado precepto es violatorio del debido proceso y del derecho a la defensa?

1.22. ¿Qué pasa si dentro del expediente en vez de haber prueba que demuestra que un bien o servicio no se prestó, si obra prueba que el bien o servicio sí se cumplió?

1.23 ¿Cuándo se habla de certeza del daño, se está diciendo que el posible hecho que general el daño es cierto, es decir que existe el conocimiento seguro y claro de que el daño ocurrió? ¿Se puede establecer con certeza el daño cuando los mismos funcionarios de la Contraloría, en visita técnica concluyen que es improcedente e inviable la verificación del supuesto daño?

1.24. ¿La certeza del daño y la responsabilidad del funcionario son elementos que deben ser establecidos en los procesos de responsabilidad fiscal? ¿Qué pasa si no se puede establecer la certeza del daño?

1.25. ¿Qué pasa si dentro del expediente existe prueba que evidencia que el bien o servicio se prestó?

1.26. ¿Puede ser el testimonio una prueba contundente que exonera el presunto responsable en el momento de no contar con más pruebas en el expediente o por lo menos que desvirtúen la duda que tiene el funcionario de la Contraloría?

1.27 ¿Frente al tema de la nulidad y al término que tiene el órgano de control para resolver este asunto, ¿Son cinco (5) días como lo determina la norma para resolver las nulidades presentadas?

1.28 ¿Qué pasa cuando el funcionario del ente de control no tiene en cuenta el término establecido y se toma más tiempo del permitido, como por ejemplo un año?

1.29. ¿Existe violación del debido proceso?

1.30. ¿Se viola el debido proceso y derecho de defensa si en el acto administrativo se relacionan de manera equivocada los recursos que proceden del mismo?

1.31. ¿Qué debe hacer el ente de control si relacionó en el acto administrativo de manera equivocada los recursos que le procedían?

1.32. ¿Qué pasa con el auto que resolvió la nulidad si no dieron a conocer los recursos de manera como lo estipula norma?

1.33. ¿El último hecho o daño que haya generado el daño al patrimonio público debe ser realizado por el funcionario que se tiene como presunto responsable?

1.34. ¿Si el último hecho o acto generador del daño patrimonial lo generó un funcionario X se puede requerir como presunto responsable a un funcionario Y?

1.35. ¿Entendiendo que la responsabilidad es individual ¿Es posible endilgar una presunta responsabilidad a un funcionario por el sólo hecho de haber realizado un acto dentro de una cadena de actividades donde se ve involucrado más de un funcionario?

1.36. ¿Si bien el último acto o hecho generador (pago) se dio en una fecha diferente a la última actuación realizada por el presunto responsable se debe únicamente responsabilizar a este último dejando por fuera a la persona que realizó el hecho generador? ¿Se debió incluir dentro de los presuntos responsables a quien realizó de manera directa el hecho generador?

1.37. ¿Es válida una prueba anexada al expediente pero que no haya sido notificada en debida forma, es decir de manera personal?

1.38. ¿Si la prueba que se obtuvo sin que se surtiera la notificación personal a pesar de contar con los medios de información para realizarla, se considera legalmente producida y allegada al expediente?

1.39. ¿Es válida como prueba la diligencia atendida por personas diferentes a las citadas?

1.40. ¿Pueden funcionarios o terceros, no citados, atender una diligencia para la que fueron citados otros funcionarios?

1.41. ¿La realización de la diligencia y anexarla como prueba sin que hubieran asistido los funcionarios citados se puede tomar como violación al debido proceso y al derecho a la defensa?

1.42. ¿Si la diligencia no fue notificada de acuerdo con lo ordenado y mucho menos atendida por los funcionarios citados, se puede tomar como una prueba inexistente?

1.43. ¿Qué debe hacer el funcionario de la Contraloría si mediante comunicado oficial solicitó documento como prueba, pero a quien requirió jamás le contestó? Media una omisión tanto de quien requiere como de quien no contesta la solicitud?

1.44. ¿Qué pasa si el informe técnico no es puesto a disposición de los sujetos procesales a fin de que ejerzan su derecho a la defensa y contradicción?

1.45. ¿El informe técnico como prueba debe ser tenido en cuenta o no, si no se puso a disposición como lo menciona la norma para que pueda ser controvertido u objetado?

1.45. ¿Si el informe técnico no se puso a disposición de los presuntos, violó el debido proceso?

1.46. ¿Si bien el fallo se debe proferir con pruebas legalmente allegadas al expediente se puede tomar el informe técnico como una prueba legal, así no se haya puesto a disposición del presunto?

1.47. ¿Es el informe técnico una prueba inexistente si no se puso a disposición de los sujetos procesales?

1.49. ¿Qué se entiende por celeridad dentro del proceso de responsabilidad fiscal llevado a cabo por los funcionarios del ente de control?

1.50. ¿La celeridad tiene que ver con la realización de las actuaciones por parte de los funcionarios de control, en los términos establecidos en la ley?

1.51. ¿Qué pasa si los términos que establece la ley, no son atendidos por los funcionarios del ente de control?

1.52. ¿Son nulas las actuaciones que se hagan por fuera de los términos que establece la ley en atención del principio de celeridad?

1.53. ¿Los principios orientadores de la acción fiscal son de obligatorio cumplimiento por parte de los funcionarios del ente de control?

1.54. ¿Qué pasa si los principios orientadores de la acción fiscal no son atendidos por los funcionarios del ente de control?

1.55. ¿Qué pasa si un acto administrativo al cual le compete un recurso el funcionario del ente de control le confiere otro diferente?

1.56. ¿Es violatorio del debido proceso y del derecho de defensa otorgar un recurso diferente que aquel que corresponde?

1.57. ¿Qué norma define para el caso de la responsabilidad fiscal los recursos que le competen a los actos administrativos expedidos por la Contraloría General de la República?

1.58. ¿Si el funcionario del ente de control relaciona en el acto administrativo un recurso diferente al competente está frente a una actuación que merece reproche disciplinario?

1.59. ¿Si la actuación del funcionario que se equivoca al asignar el recurso es de reproche disciplinario como se puede catalogar el del superior que no lo advirtió?

1.60. ¿Qué actuaciones dentro de un proceso de responsabilidad fiscal no necesitan ser notificadas?

1.61. ¿Qué actuaciones dentro del proceso de responsabilidad fiscal deben ser notificadas en forma personal?

1.62. ¿Qué actuaciones en el proceso de responsabilidad fiscal no se notifican en forma personal?

1.63. ¿Las pruebas se notifican en forma personal?

1.64. ¿Las notificaciones de las pruebas decretadas por parte del ente de control y que requieren hacerse de manera personal se puede hacer por intermedio de terceros?

1.65. ¿Es válida la prueba notificada por intermedio de terceros?

1.67. ¿Cómo se verifica la conducta que causó el daño si en la actuación intervinieron un sinnúmero de funcionarios?

1.68. ¿Se puede entender en el momento de responsabilizar que la conducta que generó el daño fue la última?

1.69. ¿Se debe tomar como la conducta que generó el daño cualquiera de las anteriores a la última?

1.70. ¿Deben los funcionarios de las contralorías dar aplicación a la Ley 610 de 2000?

1.71. ¿Son perentorios y de obligatorio cumplimiento los términos del proceso de responsabilidad fiscal?

2. CONCEPTOS DE LA OFICINA JURÍDICA. Alcance y competencia.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución¹, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"², así como las formuladas por las contralorías territoriales "respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"³ y las presentadas por la ciudadanía respecto de "la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"⁴.

En este orden, mediante su expedición se busca "orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"⁵ y "asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"⁶.

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Art.43, Numeral. 16⁷ del Decreto Ley 267/00, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

¹ Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

² Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

³ Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁴ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁵ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁶ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁷ Art. 43. OFICINA JURIDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Teniendo en cuenta lo extenso de su cuestionario (**75 PREGUNTAS**), sin que se señale el fin de las mismas, como lo ordena el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este despacho procederá a absolver sus inquietudes por temas y en forma general, así:

3.1. DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL.

El artículo 122 de la Constitución Política establece que "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento (...)" Bajo este orden normativo, todo cargo público debe tener establecidas sus funciones, por tanto, cada entidad estatal tiene que implementar los respectivos manuales, en los cuales se determinan las funciones de los cargos que correspondan a la organización, con el objeto de establecer las jerarquías, las competencias y el régimen de responsabilidad aplicable.

En este contexto, corresponde a los servidores públicos ejercer su cargo de conformidad con los requisitos establecidos en la Constitución, la Ley, los reglamentos o manuales internos.

El artículo 124 de la Constitución Política defiere a la ley la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Bajo el precepto constitucional, los distintos ordenamientos legales establecen las responsabilidades de los funcionarios, las cuales pueden ser de índole política, penal, disciplinaria y fiscal, las que pueden derivarse de un mismo hecho, dada su independencia y autonomía.

En lo que respecta a la responsabilidad fiscal, se indica que el fundamento constitucional, está dado en el artículo 268 de la Carta Política, el cual le asigna al Contralor General de la República la facultad de establecerla y recaudar su monto, igual facultad se confiere a los contralores en sus respectivos órdenes territoriales, por remisión expresa del inciso sexto del artículo 272 de la Norma Superior.

En este contexto, la responsabilidad fiscal es de orden constitucional y el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal es de competencia de las contralorías, el cual está regulado en la Ley 610 de 2000, "por la cual se establece el trámite de los

Señora MAGALI DEL SOCORRO ROSERO ORTIZ.

Página 9 de 37

procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, modificada por la Ley 1474 de 2011.

Así, la responsabilidad fiscal se predica de los servidores públicos, y los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado por actos de gestión fiscal, o con ocasión de ésta.

El artículo 4° de la Ley 610 de 2000 señala el fin de la responsabilidad fiscal al indicar que la misma tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa⁸ de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.”

La responsabilidad fiscal tal como lo ordena la prescripción legal antes señalada, se genera por el ejercicio de la gestión fiscal de los servidores públicos, o de los particulares que manejen fondos o bienes del Estado. Así las cosas, se debe partir de este presupuesto y tener la certeza de que su imputación recae sobre los particulares y servidores públicos de los niveles encargados del manejo de los fondos, bienes o valores estatales.

En estos términos, de acuerdo con la función que los particulares y servidores públicos desarrollan en la organización, son destinatarios o no, de la responsabilidad fiscal, de conformidad con lo ordenado en el artículo 3°⁹ de la Ley 610 de 2000. En este contexto, la Contraloría General de la República y las demás contralorías enmarcan su campo de acción dentro del concepto de gestión fiscal.

De la preceptiva legal indicada, se extrae que la gestión fiscal puede ser realizada por servidores públicos o particulares, para estos efectos, es indispensable el manejo o administración de fondos o bienes públicos, las actividades pueden ser de orden económico, jurídico y tecnológico, este manejo puede implicar adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, disposición, recaudo e inversión de fondos, bienes o

⁸ Ver sentencia C- 619 de 2002.

⁹ **Artículo 3°.** Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

valores públicos, y que cualquier actuación que se realice en este sentido, debe estar encaminada al cumplimiento de los cometidos estatales, y enmarcada dentro de los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

La Corte Constitucional en la sentencia C- 840 de 9 de agosto de 2001, en relación con la gestión fiscal, y los funcionarios que la ejercen, señaló que “como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, al tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.” (Subrayado fuera de texto).

Así, en el ejercicio de las potestades administrativas no todos los servidores públicos o particulares realizan funciones relacionadas con la gestión fiscal, pues ésta, es una de las actividades de la administración encomendada a ciertos funcionarios o particulares, lo cual conlleva el manejo de fondos, bienes o valores estatales.

Sobre el ejercicio de la gestión fiscal se pronunció en la misma providencia la Corte Constitucional, e indicó, que “el daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja. (...) y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. (...) cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal. (...) la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. (...) la gestión

fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular.”

Es de precisar que el artículo primero de la Ley 610 de 2000, señala que procede al responsabilidad fiscal, por los actos de gestión fiscal o con ocasión de ésta, tema que fue objeto por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 840 de 2001, ya citada, en donde señaló que “El sentido unitario de la expresión o **con ocasión** de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la **gestión fiscal**. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.” (Resaltado del texto original).

Entonces, es la gestión fiscal uno de los extremos típicos de la responsabilidad fiscal, del que nace la diferencia esencial que la separa de los demás regímenes indemnizatorios, por lo que las lesiones ocurridas fuera de su circuito deberán ser enjuiciadas mediante otras vías.

Se colige de lo expuesto en la ley y decantado por la jurisprudencia, que comportan el carácter de gestores fiscales, los funcionarios o particulares que tengan poder decisorio sobre los bienes o recursos públicos, en este sentido la ley realiza la diferencia entre los servidores públicos que poseen esta facultad, y quienes no tienen atribuciones en el manejo del erario público.

En este orden, el ejercicio de gestión fiscal es uno de los presupuestos para que proceda la imputación de responsabilidad fiscal, además de los otros elementos contemplados en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000.

Recuérdese que el daño patrimonial al Estado es "la lesión del patrimonio Público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o 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 (...)"¹⁰

En este orden normativo, ha de existir el detrimento o menoscabo de los recursos estatales, que la ley define como daño al patrimonio, el cual debe ser causado por un servidor público o particular; una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; y una relación de causalidad entre la conducta realizada por el implicado y el daño generado.

Así tenemos que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Sólo en el evento en que se reúnan éstos tres elementos puede endilgarse responsabilidad fiscal a una persona. De los tres elementos el daño es el elemento más importante, a partir de éste se endilga la responsabilidad fiscal. Si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal.

En este contexto, la responsabilidad fiscal surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos.

Los fundamentos de la imputación de la responsabilidad fiscal, están regulados en la Ley 610 de 2000, en los artículos 1º, 4º, 5º, 6º, 53, entre otros, pero especialmente en el párrafo 2º del artículo 4º y artículo 53, que contenían la expresión leve para calificar la culpa, apartes declarados inexecutable por la Corte Constitucional¹¹, y ahora, definen el grado de ésta, para endilgar responsabilidad fiscal, como culpa grave, excluyendo la culpa leve o levisima como título de imputación subjetiva de la conducta.

Ahora bien, la Ley 1474 de 2011, contempla en el artículo 118, que el grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave. Así las cosas y de conformidad con las normas enunciadas el título para imputar responsabilidad fiscal es la culpa grave y el dolo.

¹⁰ Ley 610 de 2000, artículo

¹¹ Sentencia C- 619 de 2002.

Para efectos de definir el dolo o culpa grave, se recurre a la jurisprudencia, la cual a su vez, se remite a la doctrina para su conceptualización, al señalar que “la culpa grave señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. “Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender quod omnes intellunt para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño”. De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha “... obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves...” (Derecho Civil, Parte II, vol. II, pág. 110)¹² y agregan que “...reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necesidad, la temeridad o la incuria del agente...” (Mazeaud y Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen II, pág. 384.)”

Y para definir el dolo, ha enseñado la misma Corporación que por éste debe entenderse “aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio. Así pues, dentro de los aspectos integrantes del dolo, nuestra doctrina ha mencionado que “deben estar presentes dos aspectos fundamentales, uno de carácter intelectual o cognoscitivo y otro de naturaleza volitiva; o en palabras más elementales, para que una persona se le pueda imputar un hecho a título de dolo es necesario que sepa algo y quiera algo; que es lo que debe saber y que debe querer...”¹³, de donde los dos aspectos resultan fundamentales, pues el volitivo es el querer la conducta dañina y el cognitivo le entrega al autor aquellos elementos necesarios para desarrollar la conducta de manera tal que logre u obtenga el fin dañino deseado.”¹⁴

¹² Cfr. Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. La jurisprudencia de la Sección antes de la expedición de la Ley 678 de 2001 se apoyó en esta doctrina para precisar el alcance de la culpa grave.

¹³ ALFONSO REYES ECHANDÍA, Culpabilidad, Tercera Edición, Editorial Temis, 1998, pág. 43.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Ruth Estela Correa Palacio, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02841-01(30226). 26 de mayo de 2010.

Y sobre la actuación de los servidores públicos en la expedición de actos administrativos, señaló (...) que la acreditación de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente que obra a nombre de la Administración y expide el acto administrativo, implica que:

-O bien hubo mala fe en la toma de la decisión, porque el funcionario conocía su ilegalidad y el daño que de ella se derivaría para un administrado, y no obstante expidió el acto administrativo, a sabiendas de esa ilegalidad, buscando obtener con él una finalidad ajena a la legalmente establecida para el ejercicio de esa competencia que le fue conferida;

- O bien, actuó observando una inexcusable ignorancia de la ley, teniendo en cuenta sus condiciones personales, profesionales y laborales...¹⁵

Puntualizó también que “las nociones de culpa grave y dolo establecidas en el régimen civil deben ser acompasadas con la órbita funcional del servidor público, de manera que estos aspectos subjetivos de su actuación deban ser analizados y valorados a la luz del principio de legalidad, porque quienes están al servicio del Estado y de la comunidad, responden por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, precepto constitucional previsto tanto en la Carta de 1991 (art. 6) como la de 1886 (art. 20).”¹⁶

La responsabilidad fiscal se declara a través del trámite del proceso de responsabilidad fiscal, el cual es definido en el artículo primero de la Ley 610 de 2000, como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Este proceso es netamente resarcitorio y no sancionatorio porque como consecuencia de su declaración, el implicado debe pagar una suma líquida de dinero correspondiente al daño causado al Erario.

3.2. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA ACCIÓN FISCAL.

La Ley 610 de 2000, en su artículo segundo determina que en el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 27 de noviembre de 2006, Exp. 30113 C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁶ ídem

con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.

El Código Contencioso Administrativo fue derogado a partir del 2 de julio de 2012, fecha en que entró a regir la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. A partir de este momento, a la acción fiscal le aplican nuevos principios contenidos en su artículo 3°, tales como, buena fe participación, moralidad y responsabilidad, además de los ya determinados en la anterior normativa, como son debido proceso, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. Los principios corresponden a los derechos y las garantías del administrado. El Estatuto Anticorrupción, (Ley 1474 de 2011), edifica los principios de eficacia, eficiencia, por cuanto la misma se orienta a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, con lo cual adquiere una relación íntima con los principios orientadores del proceso de responsabilidad fiscal.

El derecho al debido proceso instituido en el artículo 29 de la Constitución Política y principio fundamental de la acción fiscal, es un derecho de rango superior, que se aplica a plenitud al proceso de responsabilidad fiscal y conlleva a que el operador jurídico, observe todas las garantías sustanciales y procesales. En este mismo orden, le aplican a la acción fiscal los principios descritos en el artículo 8° de la Ley 42 de 1993, el cual prescribe que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

La Corte al referirse al tema de la aplicación del debido proceso en materia de responsabilidad fiscal señaló que “El debido proceso es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”¹⁷

¹⁷ Sentencia. SU- 620 de 1996.

En este orden, los principios orientadores de la acción fiscal deben ser aplicados por los funcionarios de la Contraloría General de la República y de las Contralorías Territoriales en el desarrollo de sus funciones.

3.3. AUTO DE APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

La Corte Constitucional indicó que “El proceso se inicia formalmente con el auto de apertura del proceso, el cual debe ser notificado a los presuntos responsables (artículos 39 y 40). Conocida la existencia del proceso en su contra, el implicado será escuchado en declaración libre y espontánea y de no ser posible su comparecencia se le nombrará apoderado de oficio (artículos. 42 y 43); así mismo, el investigado podrá controvertir las pruebas recaudadas y solicitar la práctica de aquellas que considere conducentes. Si su solicitud de pruebas le es denegada podrá interponer los recursos de reposición y apelación contra tal decisión (artículos 24 y 32). También podrá proponerse la nulidad de la actuación por falta de competencia del funcionario que dirige la investigación o por violación del debido proceso y del derecho de defensa del implicado; contra el acto resolutorio de las nulidades propuestas proceden los recursos de reposición y apelación (artículos 36 y ss).

3.5.2. Ahora bien: si de acuerdo con las pruebas practicadas durante la actuación, está demostrado objetivamente el daño o perjuicio patrimonial del Estado y existen serios indicios que comprometan la responsabilidad del implicado, se proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal (artículo 48), del cual se dará traslado al presunto responsable para que presente sus argumentos de defensa y solicite y aporte las pruebas que pretenda hacer valer. El juez procederá a decretar las pruebas solicitadas y las que considere conducentes y, si rechaza la solicitud de pruebas, el implicado podrá interponer los recursos de reposición y apelación contra tal decisión (artículo 51). Una vez practicadas las pruebas pertinentes se proferirá el fallo que declara la existencia o inexistencia de responsabilidad fiscal (artículos 53 y 54) contra el cual procederán los recursos señalados por el Código Contencioso Administrativo. En firme, la providencia que declare la responsabilidad fiscal, será demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa, según el artículo 59, objeto de la demanda de inconstitucionalidad en el presente caso.

3.4. VINCULACIÓN DEL GARANTE.

El artículo 44 de la Ley 610 de 2000, determina:

“Artículo 44. VINCULACION DEL GARANTE. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados

por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.”

En relación con el instituto jurídico del tercero civilmente responsable, puede indicarse, brevemente, que este se contrae a aquel que se encuentra llamado a responder civilmente por las consecuencias del hecho de otro, en nuestro caso, el hecho generador de responsabilidad fiscal.

Por supuesto, tal como lo prevé la norma en mención, el vinculado en calidad de tercero civilmente responsable goza de todas las garantías consustanciales al derecho fundamental al debido proceso, que le permitan ejercer con plenitud sus derechos en el proceso de responsabilidad fiscal.

Por último, no puede olvidarse que la Corte Constitucional se pronunció en relación con la constitucionalidad del artículo 44º de la Ley 610 de 2000, declarándose, por dicha Corporación, su exequibilidad, según consta en las sentencias C-648 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, y C-735 de 2003, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Al respecto, conviene traer a colación algunos apartes de la sentencia C-648 de 2002:

“En relación con la responsabilidad fiscal, su finalidad es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga a su cargo la gestión fiscal. Sus características esenciales son las de ser una modalidad de responsabilidad autónoma e independiente, de carácter administrativo y de contenido patrimonial o resarcitorio.”
(...)

“Fundamento y objetivos de la garantía contractual”

8. Los actores afirman que el artículo 44 demandado permite a las contralorías embargar a los garantes por el valor total de las pólizas de cumplimiento, las cuales sólo se prestan para garantizar la responsabilidad contractual, pero no la responsabilidad fiscal. De esta manera, exceden las facultades asignadas en la Constitución Política, en especial las contempladas en los artículos 267 y 268.”

“En atención a este cuestionamiento debe considerarse que al Estado constitucional y democrático, fundado en la prevalencia del interés general, le asiste, como parte de

sus fines esenciales, el deber de estar al servicio de la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.”

(...)

“Así mismo, según lo expresado por esta Corporación, el desarrollo de la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de los cometidos estatales requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que por un eventual incumplimiento del contratista puedan afectar a la entidad estatal. Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades públicas contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas.”

“El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.”

“En materia contractual existen dos tipos de garantías, según el objeto, la oportunidad y finalidad con las que se constituyen: las garantías precontractuales, para garantizar la seriedad de la oferta, y las garantías contractuales, para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del contrato estatal. Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la ley.”

“9. Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto, precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios.”

Señora MAGALI DEL SOCORRO ROSERO ORTIZ.

Página 19 de 37

“En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.”

“Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas.”

Así las cosas, el funcionario del ente de control ha de realizar la vinculación de la compañía aseguradora cuando el servidor público responsable de la gestión fiscal, el contrato o el bien estén amparados por una póliza.

La no vinculación del garante no comporta en sí mismo una violación al debido proceso, pues como lo indicó la Corte Constitucional, el objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

3.5. HECHO GENERADOR DEL DAÑO.

La Ley 610 de 2000 reguló lo pertinente al daño y en el artículo 6° de esta preceptiva se señala que el daño patrimonial al Estado es 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 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 gravemente culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público

Sobre las actuaciones que generan el daño, el mismo artículo 6º de la Ley 610 de 2000, nos dice que dicho daño es producido 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».

Lo primero que se destaca es que el daño patrimonial al Estado es producido en ejercicio de la gestión fiscal. Esto es coherente con el artículo 5º de la misma ley que dispone como uno de los elementos de la responsabilidad fiscal «una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. Es lógico, si la responsabilidad fiscal sólo puede ser atribuida a alguien que realiza gestión fiscal necesariamente esa responsabilidad lo será por un daño causado en ejercicio de dicha gestión. Deben reunirse, entonces, los dos elementos: a) una persona que realiza gestión fiscal; y b) el daño debió haber sido producido en ejercicio de esa gestión fiscal. Contrario sensu si el daño lo efectúa una persona que no realiza gestión fiscal o no se produce en ejercicio de la gestión fiscal, no existirá responsabilidad fiscal.

Este punto es central en el estudio de la responsabilidad fiscal puesto que ella se estructura sobre el concepto de gestión fiscal. Las Contralorías vigilan la gestión fiscal y la responsabilidad fiscal es precisamente la responsabilidad derivada de la gestión fiscal.

Descendiendo al caso en estudio, el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, al establecer el objeto de la responsabilidad fiscal, determina que la misma tiene por fin el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Nótese que la disposición ordena la compensación del perjuicio sufrido por el Estado y en cuanto a su forma, es pertinente acudir a lo señalado por la Corte Constitucional, la cual al efectuar el análisis de esta normativa, fue clara al indicar que “El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite. Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño

emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). A lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610.¹⁸(Subrayado fuera de texto).

Nótese que la Alta Corporación determina los elementos que comprenden la indemnización sobre lo cual puntualiza que la misma debe ser total. En este sentido se aplica el principio de reparación integral del daño.

El artículo 9° de la Ley 610 de 2000, establece que 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 el último hecho o acto”.

De conformidad con la norma señalada, es claro que los Organismos de Control Fiscal, cuentan con cinco (5) años para iniciar el respectivo Proceso de Responsabilidad Fiscal. También indica la disposición mencionada que este término deberá contarse desde el hecho generador del daño al patrimonio público y a reglón seguido clasifica los hechos o actos en dos tipos: los de ejecución instantánea y los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado. Para los primeros ordena que se computara el término desde el día de su realización; para los segundos desde el último hecho o acto.

Cabe precisar que para los actos de tracto sucesivo, la propia norma, ha determinado que se debe tener en cuenta el hecho generador del daño al patrimonio público. Allí entonces es importante deslindar el hecho que ocasiona el daño, del daño propiamente dicho. En este orden, para determinar la caducidad de la acción fiscal debe tenerse en cuenta el hecho que da origen al daño. Es necesario precisar que en materia del análisis del término de caducidad es muy importante el examen pormenorizado de cada situación en concreto.

En este orden, no es procedente definir el término de caducidad de la acción fiscal desde que se vencieron los términos para el resarcimiento de la obra que fue ejecutada y entregada defectuosa pues como lo establece el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, la acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público no se ha abierto el proceso de responsabilidad fiscal y en consecuencia es éste, (el hecho generador del daño) el que determina el inicio del proceso de responsabilidad fiscal.

¹⁸ Sentencia 840 de 2001.

Por tanto, y de conformidad con lo establecido en la preceptiva señalada, modificada por la Ley 1474 de 2011 y lo indicado en la abundante jurisprudencia sobre el tema, la caducidad se predica de la acción fiscal, por ende, la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, depende de la fecha en que ocurrió efectivamente el daño.

3.6 CERTEZA DEL DAÑO.

La definición de daño que trae la Ley 610 de 2000, en forma amplia describe una serie de eventos en que se puede ver lesionado el patrimonio público, por ende los mismos son enunciativos y no taxativos, quiere ello significar, que el detalle de las situaciones no es cerrada, sino que permite al operador jurídico determinar en cada caso en particular la conducta constitutiva de daño.

Así, son varios los fenómenos que pueden causar un daño patrimonial al Estado en términos de la Ley 610 de 2000, siempre que estén de por medio derechos o intereses patrimoniales cuya titularidad jurídica corresponda al Estado. Debe precisarse que, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública.¹⁹ Correlativamente cuando estos intereses o derechos se vulneren y pueda materializarse en lo mismo un contenido económico estaremos frente a un daño patrimonial al Estado.

Ha señalado la jurisprudencia que el concepto de patrimonio público “cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo”.

También ha indicado, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 8 de junio de 2011, Radicación N. 01330-01 que “el concepto de patrimonio público cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo.”

Para efectos de establecer cuando están de por medio los intereses patrimoniales del Estado corresponde al operador fiscal realizar la valoración de todo el acervo probatorio y ver en cada caso en particular, si existen los presupuestos para afirmar que existe daño al patrimonio del Estado.

Al daño patrimonial al Estado, como a cualquier daño que genera responsabilidad son aplicables los principios generales de la responsabilidad. Al respecto la Corte

¹⁹Corte Constitucional. C- 340 de 2007.

Constitucional ha dicho: «Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especialmente anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.»²⁰

El artículo 40 de la Ley 610 de 2000 dispone que «cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial del Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal».

De esta forma la ley exige que cuando vaya a iniciarse un proceso de responsabilidad fiscal el daño exista, es decir, ya se haya consumado o producido.

Si no hay daño no puede existir responsabilidad. Bajo esta lógica el artículo 40 de la Ley 610 dispone que el proceso de responsabilidad fiscal se abre cuando se encuentra establecida la existencia del daño, es decir, se requiere que exista certeza sobre la existencia de éste para poder iniciar el proceso de responsabilidad fiscal.

De otro lado, el artículo 53 de la misma preceptiva legal indica que «El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y situación cuando menos con culpa grave del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable».

En este orden jurídico, la certeza del daño es un elemento indispensable para abrir el proceso de responsabilidad fiscal, y de igual manera para proferir fallo con responsabilidad fiscal. Si no hay daño, no habrá lugar a imputar responsabilidad fiscal.

3.7. AUTO DE IMPUTACIÓN.

De conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la ley 610 de 2000, es jurídicamente viable proferir auto de imputación cuando esté demostrado

²⁰ Corte Constitucional. Su 620 de 1996.

objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.

Señala igualmente la disposición legal, los elementos del auto de imputación, como la identificación plena de los presuntos responsables, la entidad afectada, la compañía aseguradora, el número de póliza y del valor asegurado. La indicación y valoración de las pruebas practicadas, la acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Nótese que la norma ordena señalar en dicho auto los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal. En tal sentido, el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, establece que la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

En este contexto, en el auto de imputación debe señalarse si la conducta realizada por el presunto responsable fue a título de culpa grave o dolo, lo cual debe ser objeto de análisis en la parte considerativa.

Ahora bien, en la parte resolutive debe incluirse la imputación de responsabilidad fiscal contra los presuntos responsables debidamente identificados y su condición, bien sea de servidor público, contratista u otra, especificando la cuantía del daño y señalar si la misma es individual o solidaria, así como el hecho generador del daño.

De igual manera la notificación de dicho auto tanto a los presunto responsables como al tercero civilmente responsable y demás elementos que se consideren procedentes, de conformidad con lo establecido en la Ley 610 de 2000, si el proceso fuere adelantado por el trámite ordinario.

3.8. LEY 1474 DE 2011.- ARTÍCULO 119.

El artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, determinó que en los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el

contratista, y con las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

La preceptiva señalada fue objeto de examen de constitucionalidad y en tal sentido, la Corte Constitucional señaló:

“En consecuencia, la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.

La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, **con base en su actuar doloso o gravemente culposo**, hayan sido encontrados responsables.

Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución.” (Resaltado fuera de texto).

En este orden, el operador jurídico debe aplicarlo dentro del contexto normativo y probatorio correspondiente.

3.9. PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.-

De conformidad con lo establecido en el Ordenamiento Superior, el debido proceso es aplicable a todas las actuaciones administrativas y en consecuencia es de obligatoria aplicación en los procesos de responsabilidad fiscal, así lo han señalado los Tribunales, en tal sentido se destaca a lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-620 de 1996:

“En cuanto a los poderes o prerrogativas de la administración en el proceso de responsabilidad fiscal y el derecho fundamental al debido proceso, observa la Sala:

El art. 29 de la Constitución reconoce el derecho fundamental al debido proceso que "se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

Como reiteradamente lo ha expresado la Corte, el debido proceso constituye el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional o administrativa, cuando sea necesario definir situaciones controvertidas o declarar o aplicar el derecho en un caso concreto, o investigar y juzgar los hechos punibles. En efecto, dijo la Corte en uno de sus pronunciamientos:

"Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

"En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

"Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normatiza, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales, encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias.

De la Constitución Política surgen unos principios que rigen el debido proceso, en el sentido que éste es participativo, dado que todas las personas tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan, y es contradictorio y público, en cuanto a que a los imputados les asiste el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio durante la investigación y el juzgamiento, a solicitar la práctica de pruebas, a controvertir las que se alleguen en su contra, a oponer la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso, y a impugnar las decisiones que los perjudican (arts. 1, 2 y 29)."

Además agregó el Alto Tribunal:

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

Es deber del investigador ordenar y practicar las pruebas que le sean solicitadas, y las que considere procedentes decretar y practicar en relación con los hechos investigados, como se deduce de los artículos 72 y 75²¹, según los cuales, en las actuaciones relacionadas con el proceso de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso, y que durante la etapa de investigación, "se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a las decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad fiscal".

Sobre la aplicación del principio de favorabilidad en el proceso de responsabilidad fiscal, señaló el Consejo de Estado que “Tampoco es de recibo el argumento del actor relativo a la supuesta violación del principio de favorabilidad, derivado de la aplicación, en materia de graduación de la culpa para efectos de la responsabilidad fiscal, de la Ley 610 de 2000 y no de la Ley 42 de 1993, esta última, a su juicio, más favorable, en consideración a que, como lo ha sostenido la Sala, en los procesos de responsabilidad fiscal no es aplicable el principio de favorabilidad, puesto que el canon constitucional que lo consagra (art. 29) solo lo hace extensivo a los asuntos penales y no a aquellos, los cuales, además, no tienen carácter sancionatorio. Por tal razón, como dijo la Sala, “la consagración de tal principio en cualquiera otra materia es de índole legal, y en la Ley 610 no fue consagrado, es decir, que en materia de responsabilidad fiscal no tiene operancia”²² (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales y la abundante jurisprudencia sobre la aplicación del principio del debido proceso en los procesos de responsabilidad fiscal, es claro que el operador jurídico debe darle plena aplicación.

Ahora bien, no puede este Despacho determinar en abstracto si se presenta la vulneración de dicho principio, pues ello habrá de analizarse en cada particular y con los elementos de juicio necesarios.

²¹ Los artículos 72 a 75 de la Ley 52 de 1993, fueron derogados por la Ley 610 de 2000.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E), Radicación número: 25000-23-24-000-2002-01103-01, 22 de marzo de 2012.

3.10. PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.- NULIDADES.

La figura de la nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal que se adelanta por el trámite ordinario, está contemplada en la Ley 610 de 2000, en los artículos 36, causales de nulidad, 37, saneamiento de nulidades, 38, término para proponer nulidades, este último, subrogado por el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011.

Vistas las disposiciones legales, se denota que el artículo 38, decretaba la procedencia de los recursos de reposición y apelación contra el auto que resuelve la nulidad. A su vez, el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, contempla tan sólo el recurso de apelación ante el superior del funcionario que profirió la decisión.

El artículo hace relación a la oportunidad para solicitar la nulidad procesal, establece la procedencia del recurso de apelación y establece una competencia para el conocimiento de dicha solicitud, como también que nulidad se resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su presentación.

El mencionado artículo 109 en la Ley 1474 de 2011 está inserto en la Subsección II, correspondiente a las modificaciones a la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, lo cual nos indica que esta disposición subroga el artículo 38 de la Ley 610 de 2000.

Recuérdese que las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador les ha atribuido la consecuencia de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la acción procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso.

En cuanto a la inobservancia de los términos, a manera ilustrativa se trae a colación lo señalado por la Corte Constitucional, Sentencia SU 901 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, frente al caso de la posible violación de derechos fundamentales tras el desconocimiento del término en la investigación previa disciplinaria, dijo la Corte: "Es decir, del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional. De allí que la afirmación que se hace en el sentido que se violaron derechos fundamentales por la inobservancia de un término procesal no deba ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica,

sino fruto de un esfuerzo en el que se valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como la índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación”.

También ha señalado la Corte Constitucional:

“En desarrollo de lo anterior, el artículo 228 del Texto Superior dispone que: “Los términos se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”, al mismo tiempo que el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a las obligaciones del juez, determina que uno de sus deberes es: (...) 6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas.”

3.5.2. En numerosas oportunidades la Corte ha reiterado la importancia de este deber, entre otras, al sostener que: “Quien presenta una demanda, interpone un recurso, formula una impugnación o adelanta cualquier otra actuación dentro de los términos legales, estando habilitado por ley para hacerlo, tiene derecho a que se le resuelva del mismo modo, dentro de los términos legales dispuestos para ello. Por esta razón, en principio, se ha insistido en que el incumplimiento de la obligación de dictar las providencias en los términos de ley, conduce a la vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por cuanto no permite una respuesta oportuna frente a las pretensiones invocadas por el actor y aplaza la realización de la justicia material en el caso concreto.

No obstante, la jurisprudencia también ha señalado que, atendiendo la realidad del país, en la gran mayoría de casos el incumplimiento de los términos procesales no es imputable al actuar de los funcionarios judiciales. Así, por ejemplo, existen procesos en los cuales su complejidad requiere de un mayor tiempo del establecido en las normas y en la Constitución para su estudio, para valorar pruebas o para analizar la normatividad existente. Por ello, la jurisprudencia ha destacado que cuando la tardanza no es imputable al actuar del juez o cuando existe una justificación que explique el retardo, no se entienden vulnerados los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.”²³

3.11. PROCESO DE RESPONSABILIDAD.- NOTIFICACIONES.

²³ T-230 de 2012-

Señala el artículo 104 de la Ley 1474 de 2011, la forma en que deben notificarse las providencias en el proceso de responsabilidad fiscal que se adelanten por el trámite verbal, recordemos la disposición legal:

“ARTÍCULO 104. NOTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES. Las decisiones que se profieran en el curso del proceso verbal de responsabilidad fiscal, se notificarán en forma personal, por aviso, por estrados o por conducta concluyente, con los siguientes procedimientos:

a) Se notificará personalmente al presunto responsable fiscal o a su apoderado o defensor de oficio, según el caso, el auto de apertura e imputación y la providencia que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal.

La notificación personal se efectuará en la forma prevista en los artículos 67 y 68 de la Ley 1437 de 2011, y si ella no fuere posible se recurrirá a la notificación por aviso establecida en el artículo 69 de la misma ley;

b) Las decisiones que se adopten en audiencia, se entenderán notificadas a los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes en la audiencia.

En caso de no comparecer a la audiencia a pesar de haberse hecho la citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha en que se profirió la decisión, caso en el cual la notificación se realizará al día siguiente de haberse aceptado la justificación. En el mismo término se deberá hacer uso de los recursos, si a ello hubiere lugar;

c) Cuando no se hubiere realizado la notificación o esta fuera irregular, la exigencia legal se entiende cumplida, para todos los efectos, cuando el sujeto procesal dándose por suficientemente enterado, se manifiesta respecto de la decisión, o cuando él mismo utiliza en tiempo los recursos procedentes. Dentro del expediente se incluirá un registro con la constancia de las notificaciones realizadas tanto en audiencia como fuera de ella, para lo cual se podrá utilizar los medios técnicos idóneos;

d) La vinculación del garante, en calidad de tercero civilmente responsable, se realizará mediante el envío de una comunicación. Cuando sea procedente la desvinculación del garante se llevará a cabo en la misma forma en que se vincula.”

Tal como lo indica la preceptiva señalada, cuando el proceso de responsabilidad fiscal se adelanta por la vía verbal, las providencias allí proferidas se deben notificar en

forma personal, por aviso, por estrados o por conducta concluyente, de acuerdo con el tipo de providencia a poner en conocimiento de los sujetos procesales.

Proceso de responsabilidad fiscal.-Trámite ordinario.- Providencias.- Notificación.- Norma aplicable.

En cuanto a los procesos de responsabilidad fiscal que se tramiten como ordinarios, tenemos que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 del Estatuto Anticorrupción, las providencias allí dictadas se notificarán por estado, salvo que se trate del auto de apertura del proceso, del auto de imputación de responsabilidad fiscal y del fallo de responsabilidad fiscal, casos en los que la notificación deberá ser personal y por aviso, de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

Para una mayor ilustración, traemos a colación lo indicado por la norma señalada:

“ARTÍCULO 106. NOTIFICACIONES. En los procesos de responsabilidad fiscal que se tramiten en su integridad por lo dispuesto en la Ley 610 de 2000 únicamente deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el auto de imputación de responsabilidad fiscal y el fallo de primera o única instancia; para estas providencias se aplicará el sistema de notificación personal y por aviso previsto para las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011. Las demás decisiones que se profieran dentro del proceso serán notificadas por estado.”

Determina la normativa la tipología de las providencias que deben notificarse en forma personal y subsidiariamente por aviso, cuando el proceso se adelanta en forma ordinaria, indica además la disposición legal a aplicar cuando se trata de esta forma de poner en conocimiento las providencias, pero nada señala sobre la preceptiva a la cual debe remitirse el operador jurídico cuando es menester notificar las providencias por estado.

En este contexto jurídico, recordemos el reenvió normativo de que trata el artículo 66 de la Ley 610 de 2000, establece esta disposición un orden al cual debe acudir para efectos de llenar los vacíos normativos en el proceso de responsabilidad fiscal, siendo éste, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal.

Nótese que la primera norma a la que debe acudir es al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así las cosas, la remisión para la notificación por estado es al artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, veamos la misma:

“Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario”.

Debe resaltarse que la disposición transcrita hace referencia a la anotación en estados electrónicos y para el caso de esa Contraloría no se tiene plenamente implementado este sistema, se acudiría entonces al Código General del Proceso, el cual señala en el artículo 295:

“Artículo 295. Notificaciones por estado. Las notificaciones de autos y sentencias que no deban hacerse de otra manera se cumplirán por medio de anotación en estados que elaborará el secretario. La inserción en el estado se hará al día siguiente a la fecha de la providencia, y en él deberá constar:

1. La determinación de cada proceso por su clase.
2. La indicación de los nombres del demandante y el demandado, o de las personas interesadas en el proceso o diligencia. Si varias personas integran una parte bastará la designación de la primera de ellas añadiendo la expresión “y otros”.
3. La fecha de la providencia.
4. La fecha del estado y la firma del secretario.

El estado se fijará en un lugar visible de la secretaría, al comenzar la primera hora hábil del respectivo día, y se desfijará al finalizar la última hora hábil del mismo.

De las notificaciones hechas por estado el secretario dejará constancia con su firma al pie de la providencia notificada.

De los estados se dejará un duplicado autorizado por el secretario. Ambos ejemplares se coleccionarán por separado en orden riguroso de fechas para su conservación en el archivo, y uno de ellos podrá ser examinado por las partes o sus apoderados bajo la vigilancia de aquél.

Parágrafo. Cuando se cuente con los recursos técnicos los estados se publicarán por mensaje de datos, caso en el cual no deberán imprimirse ni firmarse por el secretario.

Cuando se habiliten sistemas de información de la gestión judicial, la notificación por estado solo podrá hacerse con posterioridad a la incorporación de la información en dicho sistema.”

En mérito de lo expuesto, tenemos que las providencias que no deban ser notificadas en forma personal y subsidiariamente por aviso, deben serlo por estado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, (si no existe un sistema electrónico implementado).

3.12. INFORME TÉCNICO.

En razón a que en la indagación preliminar o el proceso de responsabilidad fiscal, pueden tener como objeto materias que requieran conocimientos técnicos y especializados, la ley faculta la utilización de profesionales versados en esos temas especiales, para que intervengan en la actuación fiscal en calidad de apoyo técnico o de peritos, con el objeto de brindar ilustración al funcionario del conocimiento.

Es preciso distinguir que el apoyo técnico y el peritaje no son lo mismo, el primero obedece a una intervención con conocimientos técnicos, mientras que el peritaje es un medio de prueba que debe surtir todas y cada una de las formalidades de ley.

El peritaje es un medio de prueba, que permite la participación de los interesados en el proceso. Tanto el informe técnico, como el peritaje pueden ser realizados por funcionarios de la Contraloría designados con los propósitos anteriores.

Con el objeto de preservar el derecho de contradicción que asiste a los sujetos señalados como presuntos responsables fiscales, en el curso del proceso se puede seguir el procedimiento previsto para el dictamen pericial, que radica en esencia en conferir traslado del informe para que pidan aclaración, complementación o lo objeten.

El artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, que dictó normas para fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, los organismos de control fiscal están arropados con la facultad de "...efectuar todas las diligencias necesarias que conduzcan a la determinación de conductas que generen daño al patrimonio público"

3.13. DECRETO 111 DE 1996.- ARTÍCULO 113.

El artículo 122 de la Constitución Política establece: "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...)"

Bajo este orden normativo, todo cargo público debe tener establecidas sus funciones, por tanto, cada entidad estatal tiene que implementar los manuales de funciones, en los cuales se determinan las funciones de los cargos que correspondan a la organización, con el objeto de establecer las jerarquías, las competencias y el régimen de responsabilidad aplicable.

En este contexto, corresponde a los servidores públicos ejercer sus funciones de conformidad con los requisitos establecidos en la Constitución, la Ley, los reglamentos o manuales internos.

En relación con el régimen de responsabilidades, el artículo 124 de la Constitución Política defiere a la ley la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Bajo el precepto constitucional, los distintos ordenamientos legales establecen las responsabilidades de los funcionarios las cuales pueden ser de índole política, penal, disciplinaria y fiscal, las que pueden derivarse de un mismo hecho, dada su independencia y autonomía.

En lo que respecta a la responsabilidad fiscal, señalamos que el fundamento constitucional de esta responsabilidad está dado en el artículo 268 de la Carta Política, el cual le asigna al Contralor General de la República la facultad de establecerla y recaudar su monto, igual facultad se confiere a los contralores en sus respectivos órdenes territoriales, por remisión expresa del inciso sexto del artículo 272 de la Norma Superior.

En este contexto, la responsabilidad fiscal es de orden constitucional y el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal es de competencia de las contralorías, el cual está regulado en la Ley 610 de 2000.

El artículo 4° de la Ley 610 de 2000 señala el fin de la responsabilidad fiscal así: “La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.”

La responsabilidad fiscal tal como lo ordena la prescripción legal antes señalada, se genera por el ejercicio de la gestión fiscal de la administración, o de los particulares que manejen fondos o bienes públicos así las cosas, se debe partir de este presupuesto y obtener la certeza de que su imputación recae sobre los particulares y servidores públicos de los niveles encargados del manejo de los fondos, bienes o valores públicos, de lo cual se desagrega su correcta administración y la observancia de los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, economía y responsabilidad, entre otros.

En estos términos, de acuerdo con la función que los particulares y servidores públicos desarrollan en la organización, son destinatarios o no, de la responsabilidad fiscal, de conformidad con lo ordenado en el artículo 3° de la Ley 610 de 2000. En este contexto,

la Contraloría General de la República y las demás contralorías enmarcan su campo de acción dentro del concepto de gestión fiscal.

La Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en el artículo 3° define la gestión fiscal.

Al analizar la norma señalada, se denota que la gestión fiscal puede ser realizada por servidores públicos o particulares, para estos efectos, es indispensable el manejo o administración de fondos o bienes públicos, las actividades pueden ser de orden económico, jurídico y tecnológico, este manejo puede implicar adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, disposición, recaudo e inversión de fondos, bienes o valores públicos, y que cualquier actuación que se realice en este sentido, debe estar encaminada al cumplimiento de los cometidos estatales, y enmarcada dentro de los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Así, en el ejercicio de las potestades administrativas no todos los servidores públicos o particulares realizan funciones relacionadas con la gestión fiscal, pues ésta es una de las actividades de la administración encomendada a ciertos funcionarios o particulares.

Sobre la responsabilidad fiscal el Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico de Presupuesto establece en el artículo 112:

“Además de la responsabilidad penal a que haya lugar, serán fiscalmente responsables:

- a) Los ordenadores de gastos y cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la ley, o que expidan giros para pagos de las mismas;
- b) Los funcionarios de los órganos que contabilicen obligaciones contraídas contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las mismas;
- c) El ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de obligaciones contraídas contra expresa prohibición legal, y
- d) Los pagadores y el auditor fiscal que efectúen y autoricen pagos, cuando con ellos se violen los preceptos consagrados en el presente estatuto y en las demás normas que regulan la materia.

PARÁGRAFO.-Los ordenadores, pagadores, auditores, y demás funcionarios responsables que estando disponibles los fondos y legalizados los compromisos demoren sin justa causa su cancelación o pago, incurrirán en causal de mala conducta (L. 38/89, art. 89; L. 179/94, art. 55, incs. 3° y 16, art. 71).

A su vez, el artículo 113 ibídem prescribe:

“ARTÍCULO.-. 113.-Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales. La Contraloría General de la República velará por el estricto cumplimiento de esta disposición (L. 38/89, art. 62; L. 179/94, art. 71).

Las normas señaladas deben interpretarse en su contexto, es decir en armonía con lo establecido en la Ley 610 de 2000, en razón a que esta disposición regula todo lo pertinente a la responsabilidad fiscal. Así, las normas contenidas en el Estatuto Orgánico de Presupuesto deben ser interpretadas con lo estatuido en los artículos 3° relacionado con la gestión fiscal, 5° los elementos de la responsabilidad responsabilidad fiscal y 6° el daño patrimonial al Erario de la Ley 610 de 2000. Conviene aclarar que el principal elemento de la responsabilidad fiscal es el daño, si éste no se produce no procederá la imputación de responsabilidad fiscal, y por tanto la conducta será sancionable disciplinaria o penalmente, de igual forma ocurre si el funcionario o particular no comporta el carácter de gestor fiscal.

La Corte Constitucional se refirió a los servidores públicos que ejercen gestión fiscal en la sentencia C- 840 de 2001, Magistrado Ponente, Jaime Araujo Rentería, en los siguientes términos:

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

En este orden, damos por atendida su consulta, no sin antes advertir que dadas las miles de inquietudes que usted tiene sobre los diferentes aspectos de la responsabilidad fiscal, con toda atención la invitamos a consultar la normatividad que regula materia, la jurisprudencia, la doctrina y todos los diversos pronunciamientos

Señora MAGALI DEL SOCORRO ROSERO ORTIZ.

Página 37 de 37

sobre el tema, los cuales están disponibles en nuestra página web:
www.contraloria.gov.co

Cordialmente,


NÉSTOR IVÁN ARIAS AFANADOR
Director Oficina Jurídica

Proyectó. Lucenith Muñoz Arenas
Revisó. José Ismael Díaz Peñaloza, Coordinador de Gestión
N.R. 2017ER0016424.- Conceptos jurídicos.