

Los procesos de Responsabilidad Fiscal en el marco del ejercicio de control desarrollado por la Contraloría General de la República.

**The Fiscal Responsibility processes in the framework of the control exercise by the
General Control of the Republic. ***

Haider Hernán Ladino Méndez**

Resumen

El control fiscal como función pública nace del Estado Social de Derecho y tiene un fundamento constitucional muy importante, basado en la necesidad de limitar el ejercicio del poder público por parte de los órganos del sector central. La protección del patrimonio del Estado es el elemento fundamental de esta actividad, la cual es desarrollada por la Contraloría General de la República, como máximo órgano para llevar a cabo procesos de responsabilidad en los casos en que los recursos son desviados o malversados por alguna de las entidades o de los particulares que tienen a su cargo la administración de los mismos. En el marco de la lucha contra la corrupción en Colombia, el control fiscal ha servido como instrumento para evitar que las arcas del Estado sean defraudadas y, con esto, que sus fines misionales, delegados a las entidades públicas, se cumplan a cabalidad mediante la vigilancia constante de sus actuaciones. Sin embargo, los procesos de Responsabilidad Fiscal no siempre son efectivos y presentan un sin número de falencias que impiden restaurar el patrimonio cuando este ha sido afectado por las actuaciones dolosas o gravemente culposas de quienes los administran, lo cual constituye una problemática a la hora de ejercer el control fiscal y de limitar el ejercicio del poder.

Palabras clave

Patrimonio Público, Control Fiscal, Responsabilidad Fiscal, Corrupción, Restablecimiento.

* El presente artículo se desarrolla dentro del Semillero de Investigación en Política Pública y Control Fiscal de los Grupos Socio-humanísticos del derecho y derecho público Francisco de Vitoria dentro de la línea de Corrupción en el Programa de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

** Estudiante de pregrado de la Universidad Santo Tomás Facultad de Derecho, Semestre 10, perteneciente al semillero de Semillero de Investigación en Política Pública y Control Fiscal de los Grupos Socio-humanísticos del derecho y derecho público Francisco de Vitoria dentro de la línea de Corrupción.

Abstract

Fiscal control as a public function arises from the Social Rule of Law and has a very important constitutional basis, based on the need to limit the exercise of public power by the organs of the central sector. The protection of the State's patrimony is the fundamental element of this activity, which is developed by the Comptroller General of the Republic, as the maximum organ to carry out responsibility processes in cases in which resources are diverted or embezzled by any of the entities or individuals who are in charge of their administration. Within the framework of the fight against corruption in Colombia, fiscal control has served as an instrument to prevent the coffers of the State from being defrauded and, with this, to ensure that their missionary purposes, delegated to public entities, are fully complied with through the constant monitoring of their actions. However, the processes of Fiscal Responsibility are not always effective and present a number of shortcomings that prevent the restoration of the patrimony when it has been affected by the fraudulent or seriously culpable actions of those who administer them, which is a problem when exercising fiscal control and limiting the exercise of power.

Key words

Public Patrimony, Fiscal Control, Fiscal Responsibility, Corruption, Restoration.

Introducción

El Estado Social de Derecho sobre el cual está fundada Colombia es un modelo de gobierno relativamente nuevo cuya principal característica es buscar la protección de la dignidad humana y las garantías fundamentales a través del control del poder público (Carreño D, 2017. Pg. 27). Para esto la organización del Estado se ha definido en dos órdenes que facilitan el ejercicio y las limitaciones frente al abuso del poder: por un lado se encuentran los órganos del sector central, constituidos por las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, y por otro lado los órganos de control del sector descentralizado integrado por los órganos del control como la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y otras más que limitan el ejercicio del poder central.

La constitución política en su artículo primero ha establecido que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades, por lo que las garantías que ofrece el modelo de Estado no solo son respecto de la protección de los derechos fundamentales sino también a los derechos económicos, sociales y colectivos, ya que manifiesta además que Colombia se encuentra fundada en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, es decir en la prevalencia del interés general. La descentralización de los órganos de control implica a su vez que Colombia es una nación en la que prima la soberanía del pueblo como constituyente primario, razón por la cual es necesaria la intervención del mismo en el ejercicio de control de las autoridades administrativas del sector central.

En este orden de ideas, la función pública de los órganos de control es vigilar la actuación de la administración y de los particulares que ejercen funciones públicas, respecto del manejo de los recursos que a ellos se les asignan. Cada uno de los órganos de control actúan autónomamente pero ejercen funciones que implican una limitación a las actuaciones de las entidades administrativas principales del sector central, es decir que la Contraloría General de la República, tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y los particulares que manejan fondos de la nación, la Contaduría General de la Nación por su parte colabora con los entes de control para llevar de manera organizada las finanzas del Estado, el Ministerio Público actúa como abogado o defensor de los intereses de la sociedad, es decir que vela por el adecuado funcionamiento del Estado y

el cumplimiento de los deberes por parte de los servidores públicos. Este último a su vez está conformado por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, quienes se encargan del control a las actuaciones desleales de los servidores públicos y la protección de los derechos de los ciudadanos respectivamente.

Así las cosas, desde la perspectiva de los órganos de control los derechos que se protegen toman el carácter de fundamentales para la colectividad y deben ser preservados para garantizar el orden interno. Por lo que el análisis al funcionamiento de cada una de estas entidades, refiere específicamente a comprender su ámbito de influencia dentro de la sociedad colombiana y la forma en que operan con el objeto de determinar la manera en que hacen efectivas las garantías fundamentales de todos los ciudadanos. Estudiar entonces los bienes jurídicamente protegidos por cada uno de estos órganos implica el desarrollo de nuevas formas de intervención por parte de la ciudadanía, lo cual garantiza a su vez el principio de participación y democracia.

Ahora bien, el objeto de estudio de este documento será el desarrollo de las funciones de la Contraloría General de la República como máximo órgano de control fiscal en Colombia, es decir cómo ente fundamental para preservar el patrimonio público y la organización económica del país. El enfoque no será entonces únicamente la comprensión del funcionamiento de este órgano de control, sino que será abordado a partir del análisis de su modo de operación, los procesos de responsabilidad fiscal y sus resultados, para finalmente llegar al estudio de las falencias en que se incurren al momento de buscar el restablecimiento de los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio de la nación.

Una análisis exhaustivo de los procesos de responsabilidad fiscal no solo permitirá comprender los conceptos fundamentales de la protección al patrimonio público realizada por la contraloría general de la república, sino que proporcionará un criterio mucho más amplio para determinar las fallas en que se ha incurrido al momento de perseguir los daños a este bien jurídicamente protegido por el ordenamiento. Para esto es necesario hacer un recuento de los elementos fundamentales del control fiscal como momento inicial de los procesos de responsabilidad fiscal, en relación con los trámites y procedimientos realizados por el órgano de control como máxima autoridad competente.

En primera medida, se abordará el concepto de patrimonio público como objeto de protección de la Contraloría General de la Republica, para posteriormente entrar a analizar las funciones de la contraloría para la garantía de su preservación, desde su organización hasta sus finalidades, para finalmente definir los medios con los que cuenta para llevar a cabo procesos de responsabilidad fiscal en el marco del restablecimiento de daños y perjuicios frente a actuaciones indebidas por parte de los administradores de los recursos públicos. Finalmente, será necesario abordar la problemática de la imposibilidad de restablecer totalmente los recursos públicos por falencias en los procesos de responsabilidad fiscal, para lo cual será necesario identificar los puntos de quiebre en los procedimientos allí desarrollados.

Establecida la ruta de desarrollo pertinente para abordar el tema, es necesario hacer un acercamiento general a cada uno de los temas allí mencionados para ahondar en la argumentación posterior. Así, en primera medida, a pesar de que el concepto de *patrimonio público* es entendido desde muchos puntos de vista, para efectos del control fiscal desarrollado por la Contraloría General de la Republica se trata de un conjunto de bienes que son entregados a las autoridades administrativas o a los particulares con el objeto de que desarrollen las funciones a ellas asignadas. El concepto de patrimonio al cual se hace referencia implica un conjunto de bienes que son del Estado y trasladados a las entidades administrativas, los cuales pueden ser de cualquier índole, es decir muebles, derechos y obligaciones, que sirven al cumplimiento de las obligaciones de la administración.

Ahora bien, la Contraloría General de la Republica tiene a su cargo la protección del patrimonio público a través de la vigilancia de la administración de los recursos que son entregados a la administración central y a algunos particulares para el desarrollo de sus funciones. Se trata de una función dada constitucionalmente y regulada por el legislador que implica a su vez la obligación de llevar a cabo controles previos y posteriores a la utilización de los fondos, con el objeto de lograr resultados de optimización de los mismos. Se eleva a rango constitucional con las disposiciones establecidas en el artículo 267 de la carta política, mediante el cual se señala la necesidad de hacer una correcta utilización de los bienes del Estado y, con esto, la observancia de los principios del ejercicio del control fiscal así como su función social.

La Contraloría es por tanto una entidad socialmente necesaria en la medida que está obligado a velar por que los recursos del Estado no sean malgastados y se proteja a la comunidad en sus bienes. Es por esto que cuenta con procesos de responsabilidad fiscal como instrumento para hacer efectiva la protección y garantía del patrimonio público, en la medida que implica actuaciones tendientes a determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares cuando en el ejercicio de la administración de los recursos resulte lesionado el patrimonio público por cualquier acción u omisión en forma dolosa o culposa. Estos procesos se encuentran acordes con la gestión fiscal realizada oficiosamente por la máxima autoridad de control que es la Contraloría General de la Republica, los cuales a su vez se rigen por principios como el debido proceso, el restablecimiento, la autonomía, entre otros.

Así mismo, es de anotar que el objetivo de los procesos de responsabilidad fiscal es determinar la concurrencia de los elementos esenciales de la responsabilidad para establecer un daño patrimonial consistente en lesión o puesta en peligro de bienes para, posteriormente, perseguir el resarcimiento del mismo y el restablecimiento de los derechos de la comunidad a mantener un patrimonio incólume en violaciones. Todo esto es más comprensible si se analiza la Ley 1474 de 2011 en relación con el *trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*. Esto implica el análisis de los procedimientos desarrollados jerárquicamente, es decir desde lo llevado a cabo por la Contraloría General hasta los efectuados por las Contralorías Delegadas.

Finalmente, todo este análisis es desarrollado porque resulta necesario identificar las falencias en que los procesos de responsabilidad fiscal llevados a cabo por la contraloría general de la nación y las contralorías delegadas, son insuficientes para lograr el reintegro de los dineros que son desviados o utilizados incorrectamente por los agentes que los tienen a su cargo. Es decir que el objetivo fundamental es determinar las limitaciones no solo respecto de la determinación de la responsabilidad de los actores, sino además aquellas que se dan frente a la posibilidad de recuperar los bienes, recursos y fondos que son objeto de apropiación o de utilización incorrecta para finalmente dar una solución a esta problemática que atiende a todas las personas por afectar un derecho colectivo.

El patrimonio público como objeto de especial protección de la contraloría general de la república

Para comprender el objetivo del Control Fiscal en Colombia es necesario hacer un acercamiento al concepto de Patrimonio Público como especial objeto de protección de la Contraloría General de la Republica. Para empezar es necesario mencionar que es un término que surge del derecho civil y de la doctrina romana clásica en la era comprendido como la universalidad de bienes de los que es titular un sujeto y sobre las cuales puede ejercer pleno dominio. Sin embargo, aunque es posible referirse a este desde diferentes ramas de la ciencia jurídica, para los efectos de este artículo será abordado desde el Derecho Público ya que su contenido compete directamente al ejercicio de las funciones del Estado y la administración.

Para la administración pública y por tanto para el Estado, el Patrimonio *“son todos los bienes que se encuentran dentro del territorio nacional, que no pertenezcan según sus leyes y constitución a otra persona”*, (Ballesteros J, 2006, Pg. 7). El Estado cuenta con dos maneras para relacionarse con las cosas que hacen parte de su patrimonio: por un lado, puede hacer uso de ellas de la forma en que establece el Código Civil y por otro puede determinar el uso cuando se halla frente a aquellos bienes que son territoriales o de uso de todos. Es importante hacer esta diferenciación puesto solamente la primera es la de interés de este documento, ya que frente a las segunda forma el uso es meramente material y no dispositivo como en la forma en que lo expresa el código civil.

Así las cosas, el Estado cuenta con tres clases de bienes: i) los bienes que son de uso de todos, ii) los bienes fiscales o patrimoniales y iii) los bienes adjudicables. Los primero refieren a aquellos que se encuentran a disposición de todas las personas dentro del territorio nacional, los segundos implican una exclusividad por parte del Estado y los terceros a disposición libre del Estado, normalmente bienes vacantes. La identificación de cada uno de estos tipos es de vital importancia para determinar que es sobre los bienes patrimoniales sobre los cuales se lleva a cabo el control fiscal, puesto que son los que disponibles por la administración pública para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de la misión nacional.

Introducción al Control Fiscal

Como fue mencionado precedentemente el Control Fiscal es una función pública en cabeza de la Contraloría General de la República que busca proteger y preservar el patrimonio público que es entregado en administración a diferentes entidades para el ejercicio de sus funciones. Su comprensión implica su conceptualización teórica para posteriormente ahondar en las disposiciones constitucionales y legales que le dan legitimidad en una sociedad como la colombiana. Inicialmente es menester mencionar que tiene su origen en la idea del Democracia dada por el Estado Moderno y en la concepción de que un Estado de Derecho debe limitar el actuar de sus gobernantes en aras de proteger la soberanía popular, por lo cual el *“hace parte de los mecanismos de responsabilizarían, fundamentados en la responsabilidad que tienen los gobiernos para con sus ciudadanos de rendir cuentas de sus actividades, sobre forma y resultados del uso de los recursos públicos”* (Miranda W. 2000. Pg. 379)

El control fiscal es entonces entendido como *“el conjunto de todas las operaciones relacionadas con la administración, explotación o disposición de los recursos que integran el patrimonio de la nación, de sus entidades descentralizadas, tales como el recaudo, la adquisición y la ordenación de gastos e inversiones”* (Carreño D. 2006. Pg. 266). Su finalidad es lograr la protección efectiva del patrimonio público a través de la vigilancia de la legalidad en la utilización de los recursos. Es un ejercicio que inicia con la asignación de una parte del patrimonio a una entidad para que satisfaga las necesidades que se le presentan, continua con los actos de utilización, conservación, implementación y aprovechamiento de los mismos y concluye con la inversión de los bienes al fin que justifica su asignación. Se resume básicamente en la asignación, destinación, inversión y utilización de los recursos de la nación por parte de una entidad a la que el Estado mismo ha dado una funciones misionales que solo pueden ser llevadas a cabo con su ayuda mediante la entrega de bienes muebles o inmuebles que se orientan hacia el correcto funcionamiento de todas sus entidades.

Origen constitucional del control fiscal

La Constitución Política de Colombia de 1991 es la encargada de velar porque se cumplan las garantías mínimas de todos los habitantes que se encuentran en el territorio y de

establecer el régimen de responsabilidad propia de un Estado Social de Derecho, lo cual implica a su vez la definición clara y precisa de todos los límites para anticipar la comisión de daños a los derechos de la colectividad. En este sentido, dentro de sus disposiciones se encuentra una serie de estipulaciones para controlar el ejercicio del poder y lograr los fines para los cuales son creadas cada una de las entidades administrativas. Por tanto, el Control Fiscal tiene un lugar muy importante en su articulado, toda vez que determina la forma de proceder frente a los abusos en la administración de los recursos.

De acuerdo a lo argumentado por la Dra. Torregrosa en su obra Justicia Constitucional, elevar a rango constitucional el Control Fiscal en Colombia ha permitido que se consoliden y respeten los fines del Estado Social de Derecho (Torregrosa N. 2017. Pág. 322) respecto a la limitación del poder mediante la vigilancia y la rendición de cuentas, ya que sin este quedarían a la deriva el poder público en lo relacionado con la administración de los recursos, lo que permitiría no solo una extralimitación de las funciones sino la falta de control respecto de la utilización de los bienes del Estado. Así, en primera medida el artículo 119 establece que la Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y control de resultado de la administración; también el artículo 267 establece que el Control fiscal *“es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación”* (Constitucion Política, Colombia, Art. 267).

Origen legal del Control Fiscal

Ahora bien, de las disposiciones constitucionales se derivan las legales que pretenden dar fuerza a esta función pública mediante la determinación específica de los modos en que debe ejercerse la misma. En este sentido se encuentra la Ley No. 042 de 1993 que se encarga de definir la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, mediante la consolidación de una serie de principios, sistemas y procedimientos rectores del control fiscal que son aplicables a todos los entes del orden departamental, municipal, regional y nacional, así como a los particulares que administran recursos públicos. (Ley 42 de 1993)

La misma norma establece elementos esenciales como los resultados que se derivan del ejercicio de esta función pública, los sujetos a quienes son aplicables, la forma en que debe llevarse a cabo la vigilancia del manejo de los recursos públicos y las modalidades de control fiscal que se pueden efectuar en el territorio colombiano. Finalmente, la misma norma establece a partir de su artículo 49 los organismos de control fiscal y sus procedimientos jurídicos, ubicando a la Contraloría General de la Republica como máximo órgano de control y definiendo las funciones de las contralorías delegadas en todos los órdenes.

Adicionalmente, la Ley 1474 de 2011, *por la cual se dictan normas tendientes a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*, establece una serie de medidas preventivas para la lucha contra la corrupción, algunas de carácter administrativo, penal y disciplinario, en el sentido que regulan lo relacionado las principales formas de corrupción, y también determina lo organismos especiales contra la corrupción, las políticas institucionales y pedagógicas, las disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública, las medidas de eficacia y eficiencia del control fiscal en la lucha contra la corrupción, y las modificaciones a la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, teniendo en cuenta siempre los principios rectores de la actividades fiscal, es decir la legalidad, equidad, transparencia, economía, imparcialidad, moralidad, publicidad y valoración delos costos ambientales. (Ley 1474 , 2011)

La reforma al régimen de control fiscal en Colombia

El proyecto de Acto Legislativo No. 355 de 2019 por medio del cual se pretende reformar el Régimen de Control Fiscal en Colombia, presenta una propuesta para cambiar el modelo diseñado inicialmente por la Contraloría General de la República, con el objeto de atender a la demanda de la sociedad respecto de mejorar los niveles de desempeño de los órganos de control fiscal en términos de eficiencia y oportunidad. La propuesta implica básicamente la articulación de los distintos niveles de control e implementar un Sistema Nacional de Control en el que se encuentren plenamente definidas las competencias de las contralorías y sean distribuidas las unciones jurisdiccionales para adelantar, al tiempo, los procesos de responsabilidad fiscal.

La reforma propuesta mediante el mencionado acto legislativo afecta el esquema de responsabilidad fiscal en tanto hace efectivo el control en diferentes niveles, esto es debido a que los procesos se adelantarían con mayor prontitud y el resarcimiento de los perjuicios sería llevado a cabo con mayor efectividad. En efecto, se lograrían identificar las mayores afectaciones y con esto la gravedad de las conductas, dependiendo del nivel en el cual se lleven a cabo los controles, sin mencionar que sería un control más puntual y personalizado, en comparación con lo que se presenta actualmente.

La jurisprudencia constitucional respecto del control fiscal en Colombia

Es importante mencionar que las disposiciones constitucionales y legales pueden ser efectivas de dos maneras: por sí mismas mediante el acatamiento de las mismas por parte de las entidades públicas y de los particulares que administran recursos de la nación, o coercitivamente mediante la expedición de una sentencia que dé solución a un caso concreto. Sobre este último es importante mencionar que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han desarrollado una jurisprudencia sustancial que no puede ser pasada por alto a la hora de estudiar el Control Fiscal en Colombia. Sin embargo, para los efectos del presente artículo abordaremos la Sentencia C – 470 de 2017 y la CE 2013-01024 de 19 de mayo de 2016. Lo mencionado en estas sentencias es importante debido a que indica que el control fiscal no puede entenderse universalmente, sino que tiene que tener en cuenta las calidades de los sujetos y las funciones que estos desarrollan para que se determine de esta forma la competencia para actuar frente a los casos particulares.

En primera medida la Sentencia C – 470 de 2017 establece que el Control Fiscal es un sistema integral que proporciona seguridad para el ejercicio de la política en el sentido que *“garantiza su funcionamiento, articulación y supervisión”* (Corte Constitucional, Sentencia C – 470. 2017), ya que efectúa vigilancia rigurosa a los recursos que son entregados con el propósito de financiar el ejercicio del poder y de las funciones delegadas a las entidades administrativas. Por su parte, la Sentencia CE 2013-01024 de 19 de mayo de 2016 no solo establece la necesidad de llevar a cabo una gestión fiscal para la limitación del poder público, sino que determina además el *“criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, identificando puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la*

entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores” (Consejo de Estado. Sentencia No. CE 2013-01024. 2016).

La contraloría General de la República como máximo órgano de Control Fiscal en Colombia

Definida como quedó la función de Control Fiscal es necesario hacer referencia a la Contraloría como máximo órgano para el ejercicio de la misma dentro del territorio colombiano. Así, de conformidad con lo establecido en la constitución, la ley y la jurisprudencia, la Contraloría General de la Republica cumple con lo establecido en el Artículo 119 de la Constitución Nacional en la medida que *“ejerce, en nombre y representación de la comunidad el control y vigilancia de la gestión fiscal y de los particulares o entidades que manejan bienes de la nación”* (Contraloría General de la Republica, 2019). Por lo que es la encargada de evaluar todos los resultados de las diferentes organizaciones al momento de finalizar el ejercicio de sus funciones a partir de la utilización de los recursos que les son asignados.

Las funciones que ejerce la contraloría son taxativas y se encuentran determinadas en la ley para el cumplimiento de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, específicamente para garantizar la democracia participativa, por lo que es una entidad por fuera del sector central que se limita a ejercer control y vigilancia sobre las entidades centralizadas, adscritas a las tres ramas del poder público, así como a las entidades y los particulares que ejercen funciones públicas y administran recursos del Estado. En términos generales *“La Contraloría es el órgano que se encuentra en la cima de la pirámide de la responsabilidad financiera”* (Transparencia por Colombia, 2003), por lo que cuenta con una serie de herramientas para el control fiscal consistentes es: i) Guía de Auditoría Gubernamental, ii) Sistema Nacional de Control fiscal, cuyo propósito es unificar el discurso de la gestión y iii) El Sistema de Información para la Contratación Estatal, como herramienta para lograr la transparencia en los procesos de contratación pública.

El ejercicio del Control Fiscal no es entonces arbitrario sino que está determinado por una serie de estructuras para garantizar que su ejercicio sea conforme a la constitución y la ley, pues en el artículo 119 se establece que se trata de un gestión que debe desarrollarse a posteriori y no a priori. Es decir que, contrario a lo que sucedía anteriormente con la

Constitución de 1886 en la que el Control que realizaba la Contraloría General de la Republica era previo a la utilización de los recursos, el mandato constitucional actual establece que debe realizarse posterior a la asignación y utilización de bienes por parte de las entidades públicas y los particulares que administran recursos del Estado. Por lo que a pesar de que las actuaciones de la Contraloría General de la republica inician desde la asignación de los recursos, sus resultados son visibles únicamente hasta la etapa final de la ejecución del gasto público.

La problemática del control fiscal posterior y su relación con los procesos de responsabilidad fiscal

Como se mencionó, la Contraloría General de la Republica lleva a cabo Control Fiscal Posterior y Selectivo, el cual a su vez, de acuerdo a lo establecido en la sentencia C – 103 de 2015, se desarrolla en dos momentos diferenciados pero vinculados, así: *“en un primer momento, las contralorías de todos los órdenes llevan a cabo la labor de vigilancia propiamente dicha, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con la ley”* (Corte Constitucional. Sentencia C - 103, 2015), lo que en términos generales significa que se lleva a cabo a través de la realización de auditorías sobre los sujetos susceptibles de control fiscal selectivo. Ahora bien, finalizado lo anterior llega el segundo momento en el que se determina que *“de la labor de vigilancia primeramente practicada surgen elementos de juicio a partir de los cuales se pueden inferir posibles acciones u omisiones eventualmente constitutivas de un daño al patrimonio económico del Estado, se inicia el proceso de responsabilidad fiscal”*. (Corte Constitucional. Sentencia C - 103, 2015)

El proceso de responsabilidad fiscal de que se habla en el segundo momento tiene por objetivo determinar no solo la autoría de los hechos constitutivos de detrimento al patrimonio público, sino establecer el nivel de responsabilidad para determinar si *“el servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado por su conducta dolosa o culposa”* (Corte Constitucional. Sentencia C - 103, 2015). De lo manifestado por la Corte Constitucional se deriva entonces que la Responsabilidad de que se habla en materia fiscal tiene que cumplir con los requisitos

mínimos establecidos en el derecho público, esto es: la existencia de un hecho imputable a una persona, de la cual se deriven unos daños que sea necesario reparar (hecho, daño y nexos causal).

Ahora bien, la problemática no se encuentra entonces en la definición de los hechos, de los daños o incluso en la determinación del autor de la conducta dolosa o culposa, sino en el momento en el que se da cuenta la administración de que tienen lugar unos acontecimientos que podrían causar un detrimento patrimonial. Para ser más claros, el planteamiento constitucional y legal desde el cual está dado el control fiscal, no permite que la administración tenga conocimiento previo de los actos de corrupción llevados a cabo por los servidores públicos o los particulares que administran recursos del Estado, ya que la rendición de cuentas solo es posterior a la asignación y la utilidades de los bienes públicos, lo cual demuestra que el control fiscal no es de carácter preventivo sino resarcitorio.

Sobre esto es importante hacer referencia a un punto elemental, La Real Academia de la Lengua Española, ha definido la palabra Control como “*Comprobación, inspección o intervención*” (Española, 2014), sin embargo no ha sido posible por parte de la Contraloría ejecutar actos de intervención previos a la pérdida o desviación del patrimonio público por la indebida y desleal administración que le dan los servidores públicos y los particulares que administran recursos del Estado, máxime si se tiene en cuenta que todas las disposiciones constitucionales y legales han determinado que la vigilancia es durante la ejecución del gasto pero las actuaciones son posteriores a la ejecución.

Los procesos de responsabilidad fiscal en el marco del Control

Responsabilidad fiscal

Ahora bien, como solución a la problemática anterior surge la implementación de una reforma a la manera como están planteados en Colombia los Procesos de Responsabilidad Fiscal, lo cual es necesario abordar desde dos puntos a saber: i) la vinculación inmediata del aparato judicial penal en los casos en que se halle responsabilidad fiscal por corrupción, con el objetivo de lograr celeridad no solo en el desarrollo de los procesos sino en el

resarcimiento de los daños y perjuicios, y ii) la posibilidad de recuperar los bienes perdidos por la corrupción a través de penas a futuro.

Así las cosas, primeramente cabe recordar que los objetivos de adelantar procesos de responsabilidad son:

Hacer efectiva la garantía de vigilancia en el manejo de los recursos públicos, mediante el desarrollo de procesos que determinen la responsabilidad de los titulares de acciones corruptas con los mismos.

- *Establecer las sanciones que es pertinente imponer a quienes con su actuar doloso o simplemente culposos, han incurrido en detrimento al patrimonio público*
- *Lograr “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” (Vega E. 2014. Pg. 23).*

De lo anterior se infiere que el carácter resarcitorio de este tipo de procesos está determinado además por la naturaleza indemnizatoria de los resultados allí obtenidos, ya que en definitiva la finalidad primordial es lograr no solo el restablecimiento del erario público, sino también la implementación de una pena al autor como medida indemnizatoria para el Estado por los daños sufridos. Sobre esto se refiere la Corte Constitucional en Sentencia C – 512 de 2013, precisando específicamente que el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa, razón por la cual su objetivo es establecer la responsabilidad, bien de servidores públicos o de particulares, en la cual se juzga únicamente la conducta de quienes manejan bienes y con ello llegan, en un momento determinado, a lesionar el erario, lo que ocasiona la necesidad de resarcir los daños.

En efecto, la declaración de responsabilidad no es en sí misma una sanción, puesto que no se enmarca dentro de los presupuestos propios de un proceso penal o disciplinario. Por el contrario, se trata de una responsabilidad independiente, autónoma en el sentido que apunta al resarcimiento de daños patrimoniales, lo que conlleva a la observancia de garantías sustanciales propias del debido proceso respecto al diseño constitucional de control fiscal.

El dolo y la culpa en los procesos de responsabilidad fiscal

La imposición de sanciones en los procesos de responsabilidad fiscal se ve directamente influenciada por el actuar doloso o simplemente culposo de la persona que comete las infracciones a los deberes de administración de los recursos públicos. Así, de conformidad con lo establecido en el Concepto No. OJ-CGR 056 de 2017 emitido por la Contraloría General de la República, “(...) *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 (...)*”.

Así, en lo que interesa a los procesos de responsabilidad fiscal, la culpa grave, si bien no es intencional, es una conducta particularmente indebida ya que aunque el autor no ha pretendido la realización del daño, se ha comportado como si lo hubiere buscado ya que obra con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente grave. En efecto, el dolo tiene dos elementos *sine qua non* para que pueda predicarse de una conducta: por un lado, debe existir por parte de la persona que realiza la acción la intención de generar un daño o realizar una conducta lesiva contra otro sujeto o su patrimonio, y por el otro, el conocimiento de la ilicitud del acto, es decir la conciencia de que lo que se va a hacer es efectivamente anti normativo.

Ahora bien, el legislador puede en un momento determinado establecer presunciones legales de dolo y culpa en ciertas actuaciones objeto de responsabilidad fiscal, con el ubico objetivo de dar seguridad a circunstancias de especial relevante o de proteger bienes jurídicos que son valiosos, como el patrimonio público, garantizando los principios de transparencia y moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo y uso de los bienes y los recursos públicos, y verificar la eficiencia y eficacia de la administración para cumplir los fines del Estado, de manera acorde con la lógica y con la experiencia. En efecto, la culpa grave y el dolo deben ser analizadas bajo la órbita funcional del servidor público, de tal forma que dentro de su estudio sea tenido en cuenta el principio de legalidad, en aras de examinar si hubo extralimitación de sus deberes.

No obstante lo anterior, la Ley 42 de 1993 no determinó a que título debía imputarse la responsabilidad fiscal, por lo que fue la jurisprudencia de las altas cortes la que tuvo que fijar los parámetros para este criterio. En tal sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-619 de agosto 8 de 2002, señaló que el fundamento de imputación de la responsabilidad

patrimonial del agente frente al Estado ha sido claramente definido por el constituyente, *“(...) Como ha quedado visto, él se circunscribe a los supuestos de dolo y culpa grave y, por tanto, no es posible que se genere responsabilidad patrimonial del agente estatal cuando su obrar con culpa leve o levísima ha generado responsabilidad estatal. (...)”*

La afectación de que se ocupan los procesos de responsabilidad fiscal

Sobre esto es indispensable resaltar que los actos de corrupción son delitos cometidos contra la administración y el patrimonio público, razón por la cual se entiende que son de especial gravedad ya que afectan directamente a la colectividad. En este sentido, llevar separadamente dos procesos, uno por el lado administrativo y otro por el lado penal, no solo es innecesario, sino que atenta contra el principio de celeridad de las actuaciones administrativas. *Si bien en el Derecho Penal se manejan distintos tipos de modalidad respecto de las formas en que se ejecutan la conducta (dolo y culpa), es necesario encontrar un punto de encuentro en el que ambas jurisdicciones lleguen a una sanción resarcitoria e indemnizatoria, pero a través de una sola decisión judicial que, quedando en firme, pueda ser ejecutada en ambas ramas del derecho, siempre ligados a las formas de justicia y garantía de los derechos fundamentales.* (Moya E. 2002, Pg. 28)

Consecuentemente, el restablecimiento de los bienes afectados con la indebida y deshonrosa administración por parte de los servidores públicos y de los particulares que los tienen a su cargo, implica la necesidad de implementar medidas a futuro en la modalidad de penas, por ejemplo el trabajo, para devolver a las Arcas del Estado los bienes que fueron malversados, máxime si se tiene en cuenta que al momento de ejecutar las sentencias proferidas en torno a estos procesos, los recursos públicos son casi que imposibles de recuperar debido a que ya se encuentran en cabeza de personas diferentes a los funcionarios públicos y devolver las cosas a su estado anterior sin afectar los bienes de otros es muy complicado.

Responsabilidad penal

Ahora bien, teniendo en cuenta que el problema puntual sobre el cual versa toda la argumentación del presente documento gira en torno a la necesidad de lograr el restablecimiento de daños y perjuicios, ocasionado por la malversación de recurso públicos,

a través de la implementación de procesos de responsabilidad más eficaces, es menester hacer referencia a la efectividad de los procesos de responsabilidad penal en el marco del control fiscal en Colombia.

Sobre esto, el título XV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 “*Código Penal Colombiano*”, establecen una serie de delitos como el peculado, la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, el enriquecimiento ilícito, que atentan directamente contra la administración pública, en el sentido que su ejecución impide que esta sirva con objetividad a los intereses generales para los cuales fue concebida y viola tajantemente los principios por los cuales se debe regir, esto es: eficacia, descentralización y sometimiento pleno a la ley y el ordenamiento jurídico.

El bien jurídico en este tipo de delitos es el correcto funcionamiento de la administración pública como elemento fundamental para lograr una convivencia social y desarrollar los fines del Estado. Algunos de los tipos penales son de sujeto activo calificado, puesto que solo pueden ser desarrollados por un funcionario público, tal y como sucede con el delito de peculado por apropiación, establecido en el artículo 397, en virtud del cual “*El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones incurrirá en prisión (...)*”.

El peculado por apropiación de que trata el artículo 397 del Código Penal es un tipo en el que se vislumbran tres aspectos fundamentales referidos con anterioridad: i) El funcionario público que tiene a su cargo la administración de los bienes del Estado ii) el patrimonio publico que merece ser protegido, en su forma de bienes, fondos públicos privados entregados en administración al Estado, y iii) la malversación de los mismos por indebida utilización: apropiación. El análisis de este delito permite observar que el derecho penal ha tenido en consideración la necesidad de proteger patrimonio público mediante la salvaguarda de la administración pública, por lo que el desarrollo de procesos de responsabilidad en los que se apliquen sanciones contenidas en la normatividad penal podría ser de gran utilidad para persuadir al funcionario de que cumpla sus funciones de administrar correctamente los recursos del Estado.

Diferencias entre la responsabilidad penal y responsabilidad fiscal

Los procesos de responsabilidad fiscal se diferencia de los de responsabilidad penal básicamente en que los primeros no tienen un carácter sancionatorio, sino que su finalidad es completamente resarcitoria, por lo que es independiente y autónoma. La Corte Constitucional en Sentencia SU – 620 de 12 de noviembre de 1996 estableció que el proceso de responsabilidad fiscal *“conduce a obtener una declaración jurídica en la que se precise con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se deriven de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado (...)”* (Sentencia SU - 620 , 1996).

La misma providencia establece la obligación del funcionario público de reparar el daño causado al erario público por la ejecución de su conducta dolosa o culposa, para lo cual es necesario atender las reglas de la responsabilidad en cuanto a la valoración del daño y la determinación del mismo respecto de ser *“cierto, especial, anormal y cuantificable en su magnitud”* (Sentencia SU - 620 , 1996). En efecto, la investigación en el asunto fiscal tiende a determinar no solo la certeza de los hechos, sino la incidencia que tienen en la gestión pública y a determinar la persona en concreto a quien se debe imputar la responsabilidad por las irregularidades cometidas.

La responsabilidad penal, por su parte, si es de carácter sancionatorio y el objetivo del desarrollo de este tipo de procesos es castigar al infractor por la comisión de conductas contrarias a la administración pública y, con esto lograr el fin preventivo y protector de bienes jurídicos que puedan llegar a ser afectados por las conductas dolosas o simplemente culposas de las personas que puedan llegar a cometerlos. Las consecuencias, por tanto, son sustancialmente diferentes, en el sentido que si bien en los procesos de responsabilidad fiscal el propósito es volver las cosas a su estado inicial mediante el resarcimiento de los daños, la responsabilidad penal no se ocupa del estado anterior de las cosas, sino de aplicar sanciones frente a conductas que ya han ocasionado un daño sobre el cual no repara en deshacer sino en castigar.

La importancia y trascendencia de la ejecución de estos dos tipos de procesos de responsabilidad radica en que son complementarios a la hora de llevar a cabo el ejercicio de control. Sobre esto es importante mencionar que ambos versan sobre los mismos hechos,

pero son independientes y pueden ser adelantados de manera separada; no obstante, la propuesta para lograr la reducción en la malversación de recursos y una posible solución para disminuir los casos de corrupción, es que se consoliden los dos procesos, es decir que el desarrollo de cualquiera de ellos frente a una conducta implique directa e inmediatamente la iniciación del otro, para lograr así abarcar un margen de aplicación del derecho concomitante: por un lado el resarcimiento y, por el otro la sanción a quienes son titulares de los hechos dañosos.

Aplicación de la responsabilidad penal y la Responsabilidad penal

Los momentos de aplicación de la responsabilidad penal en relación con los actos constitutivos a la vez de responsabilidad fiscal son normalmente ocasionados por situaciones de defraudaciones o actos de corrupción, en los que los agentes sujetos de control evaden su responsabilidad de administrar debidamente los recursos que a ellos se les asignan. Así, en efecto, cuando nos enfrentamos a delitos de cohecho por desviación de recursos públicos, la responsabilidad fiscal entra a actuar como medio resarcitorio del patrimonio, producto de los procesos penales que se adelantan al respecto. En ese sentido, desde lo fiscal, la responsabilidad opera como un medio de restitución del patrimonio público, mientras que frente a los mismos actos la responsabilidad penal actúa como medio sancionador de una conducta socialmente reprochable.

En consecuencia, la aplicación de la responsabilidad penal no es independiente de casos que puedan llegar a constituir actos de corrupción fiscal, ya que de cualquier modo se requiere restablecer los derechos de la víctima que, para el caso que nos ocupa, refiere específicamente al Estado en su patrimonio. Así que, no obstante que por ambos lados se trata de acciones de carácter público, accionar el aparato jurisdiccional independientemente tiene una implicación muy importante: lograr por un lado el resarcimiento de los daños económicamente calculables por la vía administrativa, y por otro lado castigar a quien con sus acciones contrarias a derecho ha ocasionado una lesión al bien jurídico del patrimonio económico y social.

Conclusiones

A manera de Conclusión, el control fiscal es una función pública que se desarrolla en el marco del Estado Social de Derecho con el propósito de garantizar la participación ciudadana delegada a través de la democracia. Tiene a su cargo la vigilancia de las actuaciones realizadas por la administración, las entidades, los funcionarios públicos y los particulares a quienes se les han entregado recursos para su funcionamiento, con el propósito de iniciar procesos en aras de proteger el patrimonio público. A su vez, el Patrimonio Público es el elemento fundamental sobre el cual versa toda la actividad de la gestión fiscal, puesto que implica la participación ciudadana que debe ser protegida de la indebida utilización por parte de los funcionarios públicos. En este orden de ideas, el Control fiscal se ejerce como limitación al ejercicio de la administración pública, en la medida que no permite que haya una extralimitación en el poder.

El ordenamiento jurídico colombiano ha dota de carácter constitucional esta función mediante su incorporación directa en la Constitución Política, lo cual reviste todas las decisiones de los altos funcionarios de una especial coerción respecto de otras de diferente índole. Así, la legalidad de todas las actuaciones de entidades como la Contraloría General de la Republica, también se encuentran en el marco de la Constitucionalidad del Derecho Vigente, por lo que todas sus decisiones y funciones deben ser llevadas a cabo con estrecho cumplimiento de los deberes legales a ella designada. La Contraloría General de la Republica, por su parte, como máximo órgano de control fiscal, tiene a su cargo la vigilancia directa de la administración de los recursos, mediante la utilización de las herramientas de la que la ha dotado la Constitución para el cumplimiento de sus fines misionales. Sin embargo, el control que realiza presenta una serie de inconsistencias que es menester arreglar con el propósito de que el control fiscal sea más efectivo.

En primera medida, el control posterior y selectivo que realiza la contraloría general de la republica implica una problemática inminente en relación con la posibilidad de determinar no solo la ocurrencia de los hechos, sino la posibilidad de implementar medidas preventivas, ya que al darse después de la ejecución del gasto público, impide la implementación de acciones preventivas que impidan los daños ocasionados al patrimonio público. Adicionalmente, el tratamiento aislado de los procesos de responsabilidad fiscal disminuye el carácter coercitivo de las decisiones judiciales tomadas e impide la temeridad

y prontitud respecto del resarcimiento y la indemnización pro perjuicios, por lo que la vinculación directa e inmediata de los procesos penales ampliaría el carácter coercitivo de las normas y permitiría una mayor efectividad en la aplicación de las normas de responsabilidad y control fiscal.

Bibliografía

- Ballesteros, J. (31 de 01 de 2006). <http://www.redalyc.org/html/876/87601702/>. Recuperado el 10 de 06 de 2019, de <http://www.redalyc.org/html/876/87601702/>:
<http://www.redalyc.org/html/876/87601702/>
- Colombia, T.(2003). Elementos para fortalecer un sistema Nacional de Integridad . En T. p. Colombia, *Elementos para fortalecer un sistema Nacional de Integridad* (pág. 259). Bogotá: Transparencia Internacional .
- Carreño, D. (2017). *Una Teoría Crítica del Derecho para el Posconflicto, Crítica Constitucional*. Bogotá: Ibañez.
- Española, R. (2014). Diccionario. Madrid, España.
- Torregrosa, N. (2017). *Justicia Constitucional*. Bogotá: Ibáñez.
- Miranda, W. (2000). Control Fiscal y Auditoría de estado en Colombia. En W. V. Miranda, *Control Fiscal y Auditoría de estado en Colombia* (pág. 379). Bogotá: U. Jorge Tadeo Lozano .
- Moreno, D. (2006). Derecho del Control Fiscal . En D. Y. Moreno, *Derecho del Control Fiscal, Vigilancia par auna gestion transparente de lo público* (pág. 600). Ibañez .
- República, C. (2016). *Contraloría / La entidad*. Recuperado el 16 de marzo de 2019, de Mision - Vision: <https://www.contraloria.gov.co/contraloria/la-entidad>
- Republica, C. (2019). *Contraloría General de la Republica*. Recuperado el 14 de 06 de 2019, de Contraloría General de la Republica: <https://www.contraloria.gov.co/contraloria/la-entidad>
- Republica, C. (2019). *Contraloría General de la Republica* . Recuperado el 14 de 06 de 2019, de Contraloría General de la Republica : <https://www.contraloria.gov.co/contraloria/la-entidad>
- Saavedra, C. (20 de septiembre de 2017). *Opinion caribe* . Recuperado el 15 de 03 de 2019, de
- Moya, M. (2002). *Comentarios a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal*. Bogota: Universidad Externado de Colombia .
- Vega, E. (2014). La Responsabilidad Fiscal en Colombia. Medellín, Antioquía, Colombia.
<https://opinioncaribe.com/2017/09/20/control-fiscal-y-corrupcion/>

Normatividad

- Constitucion Politica , Articulo 267 (1991).
- Constitucion Politica, Articulo 267 (Colombia 1991).

Ley 42 de 1993 , Artículo 1 y ss (1993).

Ley 1474 de 2011

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia C - 103 de 2015, Expediente D - 10404

Corte Constitucional , Sentencia C - 470 de2017, Expediente RLD - 021

Consejo de Estado, Sentencia No. CE 2013-01024 de 16 de mayo de 2016