

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

Seguridad jurídica Vs Conceptos Jurídicos indeterminados: El perjuicio como daño patrimonial al Estado en la Responsabilidad Fiscal en Colombia

Dora Lamprea Vargas

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho

Director:

Oscar Carreño Gaitán

Master en Estudios Internacionales y de la Union europea. Universidad de Valencia, España.

Universidad Santo Tomas, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Maestría en Derecho

2018

Contenido

	Pág.
Presentación	5
1. Los elementos de la Responsabilidad Fiscal, en el marco del Control Fiscal en Colombia con fundamento Constitucional, Legal y Jurisprudencial.....	9
1.1. Reseña histórica del Control y la Responsabilidad Fiscal en Colombia	10
1.2. Control Fiscal	14
1.2.1 Sistemas del Control Fiscal.	15
1.2.2 Principios del control Fiscal.	16
1.3. La Responsabilidad Fiscal.....	19
1.3.1 Características.....	21
1.3.2 Principios del Proceso de Responsabilidad Fiscal.....	27
1.3.3 Elementos de la Responsabilidad Fiscal.....	32
2. El alcance del concepto “perjuicio” como lesión al patrimonio público en el marco de la responsabilidad fiscal.....	47
2.1 Generalidades	47
2.2 Concepto de responsabilidad.....	49
2.3.2 Daño fiscal.....	57
3. La Indeterminación del concepto Perjuicio frente a la seguridad jurídica en el proceso de la Responsabilidad Fiscal.....	62
3.1 Consideraciones Generales	62

3.2 Los conceptos de la Seguridad Jurídica, buena fé, confianza legítima en la Administración se encuentran interrelacionados.	65
3.2.1 Seguridad Jurídica.	65
3.3 El Servicio Público para la consecución de los fines del Estado	71
3.4 Responsabilidades de los servidores públicos.....	73
3.5 Responsabilidad Disciplinaria Vs Responsabilidad Fiscal:	82
3.6 Responsabilidad Fiscal Vs Responsabilidad Civil (Acción de repetición).....	83
3.7 Conclusiones.....	98
Referencias Bibliográficas.....	92

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. <i>Responsabilidades de los Servidores Públicos</i>	81

Presentación

En momentos como los que vive Colombia, en los cuales la corrupción se constituye en un flagelo que azota a toda la sociedad y que ha logrado permear tanto las instituciones públicas como las privadas, la labor de las Contralorías existentes en la estructura del Estado Colombiano, General de la Republica, Distritales, Departamentales y Municipales resulta de vital importancia para, si bien, no erradicar la corrupción, por su complejidad y arraigo en unas culturas más que otras, si llevarla a su mínima expresión, vale decir a “sus justas proporciones” como lo expresara el expresidente Turbay, poniéndola en evidencia y procesando para su resarcimiento aquellos casos en los que tal corrupción implique el detrimento de recursos públicos generados por funcionarios o particulares a quienes en virtud de la ley se les ha encomendado la gestión de recursos que van dirigidos a proveer los servicios públicos a cargo del Estado.

El cometido de las Contralorías queda corto en la medida en que éstas, para el ejercicio de su labor fiscalizadora adolecen de un marco legal robusto, que le permita evaluar apropiadamente la gestión de los entes públicos y privados y de contera, establecer la responsabilidad que de tal gestión se derive.

Es así como la Contraloría con los precarios, confusos e insuficientes referentes legales de Control Fiscal, ha hecho ingentes esfuerzos para detectar, procesar y resarcir los recursos que por cuenta de los malos manejos han generado detrimento patrimonial, siendo considerado como un ente de Control creible y confiable, logrando avances en el fortalecimiento del control y la

vigilancia de la Gestión fiscal, con un enfoque preventivo, a través de la unificación de criterios mediante la emisión de conceptos jurídicos, sistematización de procedimientos de auditoría, contando con una planta interdisciplinaria de profesionales de carrera administrativa, ha sacado adelante fallos en procesos fiscales de trascendencia e importancia a nivel nacional en la búsqueda del resarcimiento de recursos estatales dilapidados.

No obstante los logros alcanzados por la Contraloría General, en ésta al igual que en los demás entes de control fiscal territoriales, se observa, que en el ejercicio de la vigilancia, se evalúa la gestión y los resultados de las entidades sujetas de control a la luz de los principios de la gestión fiscal como de la función administrativa a efecto establecer el grado de eficiencia, eficacia, economía y equidad con que se administraron los recursos públicos puestos a su disposición.

Valoración principialista que al no contarse con reglas o mecanismos de ponderación para su aplicación, su alcance queda al criterio del evaluador del ente de control. Esta evaluación de la gestión en ausencia de dichos mecanismos, genera, en ciertos casos, como en aquellos que la ley no tiene reglado el actuar de los servidores públicos, riesgo de vulneración de principios fundamentales, como el de la seguridad jurídica y legalidad, según los cuales la falta o conducta, por las cuales se le realiza proceso fiscal, debe encontrarse previamente establecida en norma o disposición legal, de forma específica y clara, de tal manera, que le genere certeza y convicción al funcionario, del actuar que le puede generar reproche por parte de los entes de control.

No es pues pretensión de este estudio o trabajo académico, concluir con una propuesta de reforma legal, su objetivo es establecer, mediante la valoración del término “perjuicio” (derivado de una valoración del principio de eficiencia) en el contexto del daño fiscal, un análisis que pueda constituirse como un referente, que sirva de herramienta de reflexión, para los entes de Control Fiscal en cada uno de los momentos de la Vigilancia Fiscal, en la Auditoría y en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

No se trata entonces de propiciar espacios que generen impunidad para el resarcimiento de los recursos ante evidentes situaciones de corrupción y degreño administrativo como sobrecostos en contratación, contratos de obras recibidos en cantidad y calidad inferior a lo contratado y pagado, faltantes de fondos en Cajas de la Tesorerías o en cuentas bancarias de las insituciones públicas, pago de contrato de servicios no prestados y en fin un sinnúmero de casos en que se evidencia el detrimento generado de manera dolosa o por desidia administrativa.

Ahora bien, como se expresó anteriormente, de ninguna manera, se daría lugar a la impunidad del patrimonio malversado, pero tampoco, que se actúe con arbitrariedad o con poco rigor legal, ante algunos casos en que por parte de los entes de contro fiscal, se considera que se ha ocasionado un perjuicio al patrimonio económico del estado, basados en una evaluación de “Principios” para lo cual no se cuenta con disposición legal o reglamentaria alguna en donde se establezca criterios expresos, claros para realizar un análisis ponderado para la aplicación de éstos, los cuales son generales y abstractos.

Así las cosas, desde la perspetiva de las garantías del debido proceso de arraigo Constitucional, se expone al riesgo la seguridad jurídica de un gestor fiscal, cuando se procesa

fiscalmente hablando, en casos que por la naturaleza del negocio deba correr riesgo en el éxito de los resultados, ante una eventualidad en donde las ganancias no son las esperadas o se generen pérdidas.

De lo anteriormente expuesto se plantea el interrogante ¿cómo podría atribuirse una responsabilidad fiscal a ese gestor que sin mala fe y con la diligencia debida y que no obstante ello se considera un “perjuicio”, el hecho de no haberse obtenido unas ganancias o rentabilidad, o antes bien, se ocasionaron pérdidas en los recursos públicos?. Entendiendo el perjuicio como la ganancia que no se generó y por ende no ingresó al patrimonio público y que no se dio a consecuencia de un actuar doloso, o pulposo gravemente, es decir por una infracción directa de la ley o reglamento.

1. Los elementos de la Responsabilidad Fiscal, en el marco del Control Fiscal en Colombia con fundamento Constitucional, Legal y Jurisprudencial.

Para estudiar la Institución jurídica denominada Responsabilidad Fiscal dentro del cual se encuentra el Daño Fiscal como uno de los elementos que la integran, se hace necesario abordar el estudio y conocimiento del Control Fiscal en Colombia como el contexto en el que giran las dos instituciones jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico.

La revisión y análisis de las fuentes normativas del proceso fiscal indican que si bien tiene fundamento constitucional robustos no así las fuentes legales las cuales son exiguas y difusas, es así como en la actualidad lo referente a este proceso se encuentra diseminados en tres ordenamientos jurídicos: el de Control Fiscal Ley 42 de 1993, el del Proceso de Responsabilidad Fiscal ley 610 de 2000 y el del Estatuto Anticorrupción ley 1474 de 2011. Complementario a estas disposiciones la Contraloría General de la Republica como ente rector del Control Fiscal en Colombia, emite una serie de conceptos jurídicos, los cuales se suponen deben ser conocido tanto por los funcionarios que realizan control fiscal como por servidores públicos que fungen de gestores fiscales en los entes públicos.

Dado que la ley existente, en materia de Derecho Fiscal, es poca, la jurisprudencia es abundante y vinculante en todos los tópicos e interpretación de la misma, es por cuanto desde la Constitución 1991 el desarrollo legal del Control Fiscal ha sido lento e incompleto, el cual inició en 1993, luego hasta el 2000 y por último hasta el 2011 con el Estatuto Anticorrupción. Por lo que la jurisprudencia ha sido la protagonista como fuente principal del derecho fiscal como

quiera que entra a suplir los vacíos de la ley, es así como podemos observar que desde el año 1991 que se dio el cambio de la Constitución y fue solo hasta 1993 con la ley 42 se reglamentaron los cambios introducidos al Control Fiscal y 7 años después se continuó con la reglamentación y en este interregno los pronunciamientos de las Altas Cortes sobre el control fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal trazaron los lineamiento y directrices para el desarrollo del quehacer de los entes de control. A manera de ejemplo se presentan dos de los temas más importantes:

-En lo referente a los sujetos de Control Fiscal en sentencia C-529 de 1993 la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos relacionados con los destinatarios del control fiscal:

[...] los organismos creados por la Constitución Nacional [.7 que tienen régimen especial f]. Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo; y Los resultados de la vigilancia fiscal del Banco de la República serán enviados al Presidente de la República, para el ejercicio de la atribución que se le confiere en el inciso final del artículo 372 de la Constitución nacional. Sin perjuicio de lo que establezca la Ley Orgánica del Banco de la República.

-Acerca del Alcance del Control Fiscal mediante Sentencia C-320 de 1994 declaró inexecutable la expresión Revisoría Fiscal de las empresas pública municipales contenida en el artículo 4 referido al ámbito y alcance del control de la ley 42/93.

1.1. Reseña histórica del Control y la Responsabilidad Fiscal en Colombia

Respecto al perjuicio como una de las formas del Daño Fiscal, o detrimento patrimonial al Estado, no se advierte en el estudio del recuento histórico realizado, que haya sido objeto de

análisis o reglamentación alguna en las diferentes etapas a lo largo de la vida republicana, toda vez que su énfasis era la Revisión y Control de la Cuentas para su fenecimiento, su incumplimiento daba lugar a la imposición de sanciones e incluso al arresto, esto de acuerdo con lo que al respecto indica Rodrigo Naranjo Galves en su libro Eficacia del Control Fiscal en Colombia Derecho Comparado, Historia, Macroorganización e Instituciones. Universidad del Rosario (2007).

En la Colonia se tenía como Control de los Recursos, a la Contaduría Mayor de Cuentas de Castilla, su función se circunscribía a vigilar que las gestiones y actuaciones de la Hacienda se ajustaran a la legalidad es decir a las normas y disposiciones establecidas, es así como los Contadores de Cuentas tenían como competencia entre otras la de verificar la certeza de las cuentas; requerir a los arrendadores y recaudadores para que rindieran cuentas de gestión de manera oportuna (Galvis, 2007, pág. 76)

En el devenir histórico institucional, ya en la vida republicana continuó el interés por salvaguardar las rentas Institucionales vigilando el buen uso de los recursos públicos.

Ya a lo largo del siglo XIX se alternaron dos tipos de instituciones o formas de control, una primera institución perteneciente a la Rama Ejecutiva Oficina que se llamó “Contaduría, Dirección General de Hacienda u Oficina General de Cuentas” la otra institución era “La Corte De Cuentas” tanto la una como la otra forma de ejercer el Control se limitaba a examinar, glosar y Fenecer las Cuentas.

Desde 1898 hasta 1923, es decir por 25 años estuvo vigente un modelo institucional de Control Fiscal denominado Corte de Cuentas el cual era jurisdiccional y colegiado, y pasó a ser con la ley 23 de 1923 un modelo Administrativo y Unipersonal.

En 1923 en medio de la inestabilidad económica e institucional de la Republica, los Estados Unidos de América envió a Colombia la misión Kemmerer cuyo fin era recomendar la organización de las finanzas, la contabilidad, fiscalización y estadística y ejercer un control eficaz sobre la inversión de los recursos y bienes públicos. Dicho mecanismo se encargaría de vigilar la observancia de las leyes y reglamentos administrativos relativos al manejo de propiedades y fondos públicos, a raíz de la visita se expidieron 10 proyectos dentro de los cuales se encontraba la ley 42 de 1923, la creación del Banco de la Republica y la Administración y Recaudo de las Rentas Nacionales.

A través de la Ley 42 de 1923 se crea el departamento de Contraloría, como un departamento administrativo bajo la dirección de un Contralor General, a esta institución se le da la competencia de dictar métodos de contabilidad, realizar examen de cuentas, glosar y fenecer cuentas, custodiar fondos o bienes de la Nación, y revisar todas las deudas y reclamaciones a cargo o a favor de la República. En 1932, se convirtió al Departamento de Contraloría en una Oficina de Contabilidad y Control Fiscal.

En 1945 se eleva a rango constitucional el control fiscal y se establecen funciones propias e independientes como la oficina de contabilidad para el cumplimiento de la vigilancia de la gestión fiscal de la administración. En 1975 con la ley 20 el control fiscales estaba fundado en la aplicación del principio de la universalidad es decir a todo lo público y de revisión numérico legal, pero esa aplicación no era homogénea, a la administración o gobierno central y a los Establecimientos públicos se aplicaba el control previo, perceptivo y posterior y a las empresas Industriales y comerciales y de Economía mixta se aplicaba solamente el control posterior. (Lee, 2014, págs. 222-233)

Con la Constitución de 1991 el Control Fiscal da un giro de 180°. Se elimina el Control Previo y se da paso al Control Posterior y selectivo (Art. 267 C.P.), fundamentado en la eficiencia, la economía, la eficacia y la valoración de los costos ambientales. Se concibe la Contraloría como una entidad técnica con autonomía presupuestal y administrativa.

Mediante la Ley 42 de 1993 se establecen los Procedimientos, Sistemas y Principios para el ejercicio de la vigilancia fiscal y se reglamenta el proceso de Responsabilidad Fiscal, el cual debe ser adelantado en dos etapas: investigación y juicio.

En el año 2000 con la expedición de la Ley 6100, el Proceso de Responsabilidad tiene modificaciones significativas, el proceso se reduce a una sola etapa, se define el concepto de gestión fiscal, los elementos para la responsabilidad fiscal, se fijan los términos para la caducidad y la prescripción en 5 años, entre otros aspectos.

En 2011 mediante la ley 1434 de 2011-Estatuto Anticorrupción- se introdujeron modificaciones al proceso de Responsabilidad Fiscal entre las más importantes de posibilidad de adelantarlos de manera oral, asimismo se establecieron presunciones de dolo y culpa grave.

En conclusión sobre los fundamentos del Control y la Responsabilidad Fiscal tenemos:

-Constitucional: artículos 267 al 274 que establecen la Función Pública del Control Fiscal en Colombia.

-Legal: Ley 42 de 1993 que regula el Control Fiscal; Ley 610 de 2000 reglamenta el Proceso de Responsabilidad Fiscal y Ley 1474 de 2011: Estatuto Anticorrupción. (modificó la ley 610/00)

-Jurisprudencial: Las sentencias relativas al Concepto, objeto, Finalidad y Características del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Sentencia C-338 de Junio 4 de 2014 sobre la finalidad de la Responsabilidad Fiscal; C-840 de 2001 acerca del Concepto del Proc Resp Fiscal; Sentencia

SU-620 de 1996; Sentencia S-619 de 2002; C-832 de octubre de 2002 y C-382 de 2002 que tratan sobre las Características del Proc de Resp Fiscal.

1.2. Control Fiscal

De acuerdo con el artículo 267 Superior el Control Fiscal una función pública que ejercen las Contralorías General de la Republica y Territoriales, la cual consiste en la vigilancia de la Gestión Fiscal que realizan, las entidades publicas o particulares, que manejan o administran recursos públicos con el fin de establecer el grado de Eficiencia, Eficacia y Economía con que actuaron, este control es posterior y selectivo, queriendo decir con ello que se ejerce una vez se haya ejecutado la gestión por parte de las entidades y se realiza a través de una muestra de las operaciones.

Hasta la constitución de 1991 el control que ejercía la Contraloría General de la Republica era un control previo, es decir que el control consistía en revisar y refrendar todas las cuentas y actuaciones u operaciones de la administración con anterioridad a su ejecución, sin embargo este sistema que parecía ser sano tendiente a evitar los malos manejos y el fraude se constituyó por el contrario en un foco de corrupción, por la permisibilidad resultante al inmiscuirse en el día a día del quehacer administrativo de las entidades públicas, con lo cual perdía la objetividad e independencia para realizar un control efectivo.

Con el advenimiento de la Constitución de 1991, que dio origen al control posterior, las oficinas de la Contraloría que se encontraban apostadas en todas las entidades públicas, salieron de éstas y el control fiscal se empezó a ejercer por medio de visitas de auditoria con un nuevo enfoque provisto de autonomía e independencia.

1.2.1 Sistemas del Control Fiscal. Para el ejercicio del control fiscal las contralorías podrán aplicar a los sujetos de control los siguientes sistemas o controles, prescritos en la ley 42 de 1993:

1. Control Financiero: que consiste en un examen para establecer que los estados financieros de una entidad en periodo determinado reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones.
2. De Legalidad: va dirigido a verificar que todas las operaciones, financiera, administrativa, económica de una entidad se hayan realizado conforme a las normas aplicables.
3. De Gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, se realiza mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.
4. De Resultados se aplica para establecer si en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.
5. De Revisión de Cuentas Examen especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones de la entidades auditadas para establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.
6. De Control Interno, es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les pueda otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos

Estos controles, podrán ser aplicados por las contralorías de manera individual, combinada o total y se podrá implementar cualquier otro tipo de control que sea generalmente aceptado.

Respecto al control de Gestión y de Resultados es precisamente en estos dos tipos de controles en los cuales se advierte la diferencia marcada entre el control previo y el posterior toda vez que en el previo vigente antes de la entrada de la Constitución del 91, el cual consistía en un revisión numérico legal, que las cuentas cuadraran y que se ajustaran a la ley, no así el nuevo enfoque que además de verificar estos dos aspectos, evalúa si al final del ejercicio fiscal o del plazo del programa o proyecto, la entidad alcanzó sus objetivos y cumplió con los planes y si fue eficaz y eficiente en la aplicación de los recursos observando los indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente entre los beneficiarios de su actividad.

1.2.2 Principios del control Fiscal. La vigilancia Fiscal se sustenta en 5 principios

1. La eficiencia: Este principio está orientado a verificar la maximización de resultados por los sujetos de control, es decir al uso racional de los recursos disponibles.
2. La Equidad: el objetivo es analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales, y entre entidades territoriales.
3. Economía: Verificar que en igualdad de condiciones de calidad de los bienes y servicios se obtengan a la menor costo posible.
4. La eficacia: Establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos.
5. La valoración de los costos ambientales: busca la **cuantificación del impacto** que causan los distintos agentes económicos por el uso y deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente.

En este sentido, en sentencia C-167 de abril 20 de 1995 la Corte Constitucional expuso, que con la Constitución de 1991, la actividad de la función pública del control fiscal va dirigida especialmente a la aplicación de los principios de eficacia, económica, equidad y valoración de los costos ambientales.

Igualmente expresa la Corte en la sentencia aludida que:

La función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación.(Corte Constitucional, 1995)

Un aspecto muy importante en el cual hace énfasis la Corte en esta sentencia es que la legitimidad de la Gestión Fiscal se fundamenta en el interés general que es el eje fundamental del estado social de derecho y que este se debe perseguir siempre por la administración y se logra en la medida que se satisfaga dicho interés cuando la administración maneja los recursos ciñéndose al principio de la legalidad y a los más altos criterios de eficacia, eficiencia y economía. Así mismo, que la fiscalización procura la exactitud de las operaciones y de su legalidad "... y se deberá ocupar del "control de resultados" que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2o. de la C.N."

Así mismo, indicó la Corte que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se generó un cambio sustancial en la forma de ejercer el control fiscal, el cual dejó de ser un control previo y se convirtió en posterior y selectivo, es decir que se realiza la vigilancia de las

actividades, operaciones y procesos una vez ejecutados por los sujetos de control, evaluando los resultados obtenidos por los mismos; también señaló que otro aspecto bien importante que se generó en virtud de la nueva constitución fue la revisión, que dejó de realizarse a la totalidad de las operaciones, tomándose para tal efecto una muestra representativa del universo de las cuentas, contratos y actividades operacionales de las entidades de una determinada vigencia, de forma tal que le permitiera a las Contralorías hacer inferencias de tipo general sobre el estado de la gestión de las entidades estatales, se cambió el modelo de control numérico-legal a un modelo de Control con miras a evaluar el Impacto que la gestión realizada tuvo en la sociedad o en el entorno, que de acuerdo con la función misional de las entidades públicas o los objetivos que se pretenden satisfacer con la gestión de los particulares cuando se le encomiendan la administración de bienes o recursos públicos. (Corte Constitucional, 1995)

Para la ejecución del Control fiscal en el caso específico de la Contraloría General de la Republica, establece un Plan de Vigilancia Fiscal para adelantar auditorías a las entidades Públicas del nivel nacional y sobre los recursos de trasferencias del presupuesto nacional a los entes territoriales.

Una vez aplicados los controles de la vigilancia fiscal de que trata la ley 42 de 1993 financiero, de legalidad, de gestión y resultados, con fundamento en los principios de eficiencia, eficacia, y economía la Contraloría evalúa la gestión adelantada por la entidad pública y establece la responsabilidad que se deriva de gestión como lo prescriben los numerales 4 y 5 respectivamente del Artículo 268 de la CPC respecto a la atribuciones del Contralor General de la República, de exigir informes de la gestión a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la nación y Establecer la responsabilidad que se genere de la gestión fiscal. (Artículo 268 de la CPC)

De los resultados de las auditorías se da paso a proceso de responsabilidad fiscal los casos donde se advierta irregularidades constitutivas de presunto detrimento patrimonial.

Respecto a la forma de cómo se desarrolla el control posterior por la Contraloría, la Corte Constitucional en sentencia C-557 de 2009 “precisó que el control posterior de la gestión fiscal comprende dos actividades o momentos diferenciados: (i) la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías; (ii) el inicio de procesos de responsabilidad fiscal...” (Corte Constitucional, 2009), y que la jurisprudencia ha indicado que estos dos momentos se encuentran entre sí claramente vinculados, y que el de la vigilancia es un momento *resulta necesario y obligado*, entre tanto el del proceso de responsabilidad fiscal tiene *un carácter derivado*. (Corte Constitucional, 2009), Indica la Corte que de la labor de auditoria se produce la formulación de las correspondientes observaciones y/o las glosas que se deriven del estudio de los actos de gestión fiscal controlados y si como consecuencia de ello se advierte elementos de juicio que pueden inferir posibles acciones u omisiones eventualmente constitutivas de presunto un daño patrimonial del Estado, se da inicio de un proceso de responsabilidad fiscal, con el fin de obtener una declaración jurídica, en la que con certeza se establezca que un determinado servidor público o particular “debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa”. (Corte Constitucional, 2009)

Ahora bien una vez estudiado la forma y el procedimiento cómo se ejerce el control en las entidades sujetos de vigilancia públicas y privadas en ejercicio de Control Fiscal procedemos a establecer los referentes de la responsabilidad fiscal.

1.3. La Responsabilidad Fiscal

Con base en los informes de auditoría en los que se establece presunto detrimento patrimonial al estado, las dependencias de Investigaciones de la Contraloría adelantan Proceso de Responsabilidad Fiscal, con el fin de declarar la responsabilidad y proceder al resarcimiento de los recursos.

En virtud de la denominada “Reserva Legal que establece la Constitución Política de Colombia en su artículo 124 que le otorga a la ley la facultad de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, la ley 42 de 1993 y con posterioridad las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, establecieron el procedimiento para determinar la responsabilidad fiscal.

El Proceso de Responsabilidad Fiscal consiste en un conjunto de actuaciones administrativas llevadas a cabo por la contraloría para obtener una declaratoria de responsabilidad de un servidor público o particular que en ejercicio de la gestión fiscal o con *ocasión de ésta*, causen por acción u omisión un daño o pérdida de recursos públicos, con el fin de obtener la recuperación de los mismos, es un proceso probatorio objetivo, con un procedimiento garantista, que conduce a desvirtuar la presunción de inocencia, al final del cual se determina si hay o no lugar a declarar la responsabilidad, es decir si esa persona le asiste o no el deber de reintegrar el valor del daño.

Respecto a la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal la Corte Constitucional en sentencia 512 de 2013 expresó:

La función pública de vigilar la gestión fiscal, sea de los servidores públicos, de los particulares o de las entidades que manejan fondos o bienes públicos, tiene varios propósitos, como los de: (i) proteger el patrimonio público; (ii) garantizar la transparencia y el acatamiento de los principios de moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo y uso de los bienes y los recursos públicos; (iii) verificar la eficiencia y

eficacia de la administración para cumplir los fines del Estado. Desde hace ya varios años, la jurisprudencia reiterada de este tribunal deja en claro que el proceso de responsabilidad fiscal es netamente administrativo. Este proceso busca determinar y, si es del caso, declarar la responsabilidad fiscal del servidor público o del particular, sobre la base de un detrimento patrimonial (daño) imputable a una conducta culpable (dolo o culpa grave) de éste, habiendo un nexo causal entre ambos.”

En lo que tiene que ver con la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal, vemos que no es solo hacer una declaración para que se resarza el daño, es también una medida que garantizar la transparencia y el acatamiento de los principios de moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo y uso de los bienes y los recursos públicos (512 de 2013)

1.3.1 Características. Este proceso de Responsabilidad Fiscal, tiene unas características que lo identifican y distinguen de todos los demás tipos de responsabilidades a los que están expuestos los servidores o particulares que cumplan funciones públicas:

- Es un proceso autónomo e independiente es decir puede concurrir con otro tipo de responsabilidades.
- Es de naturaleza Administrativa, porque es realizado por una autoridad administrativa como es la Contraloría, por el incumplimiento de deberes o por conductas prohibidas que lesionan el patrimonio público y va dirigido a la búsqueda del resarcimiento que compense el daño y su declaratoria de responsabilidad está sujeta a control de legalidad de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
- Contenido Patrimonial: por cuanto su fin es la reparación patrimonial efectiva que indemnice el daño patrimonio en el ámbito de la gestión fiscal.

Sobre todos los aspectos anteriormente anotados que caracterizan el proceso de responsabilidad fiscal, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho pronunciamientos al respecto entre estas las siguientes:

Sentencia 512 de 2013 Proceso de Responsabilidad Fiscal-Características-

El proceso de responsabilidad fiscal tiene cuatro características destacadas, a saber: (i) es un proceso administrativo, cuyo objeto es establecer la responsabilidad patrimonial que corresponde a los servidores públicos o particulares por su conducta, que tramitan los órganos de control fiscal (Contraloría General y contralorías departamentales y municipales); (ii) la responsabilidad que se declara es administrativa, porque se juzga la conducta de personas que manejan bienes o recursos públicos y que lesionan el erario, y es patrimonial, pues se refiere a un daño y a su resarcimiento; (iii) la declaración de responsabilidad fiscal no es una sanción y, en esta medida, no se enmarca dentro de los presupuestos propios del proceso penal o del proceso disciplinario, sino que es una responsabilidad autónoma, que apunta a resarcir un daño patrimonial; y (iv) en este proceso se debe observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal.

Sentencias C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Contraloría-Ejercicio de función administrativa.

Para la Corte es claro que cuando el artículo 267 de la Constitución establece que las contralorías sólo ejercen aquellas funciones administrativas inherentes a su organización, la norma constitucional se refiere a la administración activa, esto es al desarrollo de labores de ejecución propias para el cumplimiento de los fines de la entidad... (Corte Constitucional, 1998).

C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

“Control excepcional sobre cuentas de las entidades territoriales, juicios de responsabilidad fiscal y autonomía territorial.” (Corte Constitucional, 2001)

C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

“Declara inexecutable, el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000”. (Corte Constitucional, 2001)

C-840-01; Magistrado ponente: Dr. Jaime Araujo Renteria.

Declarar EXEQUIBLE la expresión "con ocasión de ésta", contemplada en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.

“Declarar EXEQUIBLE el aparte del artículo 4 de la ley 610 de 2000 que reza: "mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal".

“Declarar EXEQUIBLE la palabra "contribuyan" contenida en el artículo 6 de la ley 610 de 2000.”

Declarar EXEQUIBLE el aparte demandado del artículo 12 de la ley 610 de 2000 que establece "este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe", por los cargos analizados en esta sentencia. Aclarando que, en todo caso, el respectivo funcionario responderá siempre que obre con dolo o culpa grave.

“Declarar EXEQUIBLE el numeral 7 del artículo 41 de la ley 610 de 2000, solamente por los cargos analizados en esta sentencia sobre el decreto de las medidas cautelares” (Corte Constitucional, 2001).

C-374 de 1995

Control Fiscal-Finalidad El control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública. Pero si bien el ejercicio del control fiscal es responsabilidad de las contralorías, ello no excluye la posibilidad de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares.

Vigilancia Fiscal-Atribución exclusiva de los organismos de control fiscal

La Constitución no autoriza el autocontrol fiscal. En relación con la vigilancia fiscal, la mencionada disposición estableció que sobre los referidos bienes e igualmente con respecto a los actos o contratos referentes a su manejo se aplicará la vigilancia por las respectivas contralorías, mientras dichas entidades no contraten la vigilancia fiscal con "empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo competente, según se trate de acciones o aportes nacionales o de las entidades territoriales". El exceso de la norma frente al referente normativo constitucional es evidente, pues la ley ha trasladado a las empresas de servicios públicos con participación oficial la atribución que de conformidad con la ley corresponde a las contralorías de contratar la vigilancia fiscal con empresas colombianas, y no cabe duda que se incurrió en el quebrantamiento de los arts. 267 y 272 inciso 6 de la Constitución Política.” (Corte Constitucional, 1995)

Como se observa es abundante y robusta la jurisprudencia de Corte Constitucional para el desarrollo del control fiscal.

De otra parte, respecto a las fuentes normativas de la Responsabilidad Fiscal, indica Iván Darío Gómez Lee, entre otros aspectos, en su libro “Responsabilidad Fiscal y Gerencia de Recursos Públicos” que si bien es cierto la institución jurídica goza de bases constitucionales sólidas, no es así en la ley, las cuales son difusas y que en la actualidad el marco de la responsabilidad fiscal se encuentra entre leyes básicas Ley 42/93, 610/00 y 1474/11 y ello se complementa con la jurisprudencia de las Altas Cortes, resoluciones orgánicas, Conceptos y actos administrativos o informativos de la CGR (Lee, 2014). Apreciación que comparto por cuanto en el desarrollo del Control Fiscal, se nutre de diferentes fuentes toda vez que las lánguidas leyes pertinentes no regulan o establecen conceptos o situaciones propias de dichas instituciones administrativas, normas o disposiciones que deben ser del manejo de los funcionarios que adelantan tales procesos. Algunos de estos actos, hacen parte de lo que se conoce comúnmente como el “derecho blando”. (Lee, 2014)

A este respecto se hace necesario expresar que en el desarrollo de la auditoría, para evaluación de la gestión en los distintos temas y diferentes entes sujetos de control y sectores de la economía (sector Salud, Vías, Educación, Agua Potable, Saneamiento Básico, justicia, Seguridad), se establecen como criterios de evaluación, ante la carencia de normas legales pertinentes, concretas, claras y completas de las materias, Resoluciones, directivas ministeriales, circulares, orientaciones que fungen de normas vinculantes, especialmente, en los programas de inversión de los Recursos de transferencias del “Sistema General de Participaciones”

Toda estas situaciones generan inseguridad jurídica, para los gestores fiscales los cuales al no tener definido de manera expresa y con claridad los criterios y parámetros mediante los cuales van a ser evaluados, se exponen al riesgo de ser sujetos de un proceso de reproche fiscal.

El Dr. Gómez Lee (Como se citó en Sánchez Alexander, 2012) al respecto del derecho blando trae a colación:

La mayoría de la doctrina concluye que estas normas de derecho blando están a disposición de las autoridades superiores de la administración, las cuales en uso de un poder jerárquico, e informal buscan interpretar el modo del empleo del derecho. “...” en especial allí en donde existen conceptos jurídicos indeterminados” “... este tipo de normas dúctiles no tienen carácter reglamentario sino interpretativo de la significación y alcance de las normas positivas... (Pérez, 2012, págs. 71-75)

Ahora bien, el Proceso fiscal, tiene por objeto que se resarzan los daños ocasionados al patrimonio público, mediante el pago de una indemnización pecuniaria por el perjuicio sufrido y que para realizar el reproche fiscal se tendrán en cuenta en cada caso, tanto los principios de la función administrativa que se encuentran en el artículo 209 CPC los cuales son: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y los principios de la gestión fiscal establecidos en el artículo 4° de ley 610 de 2000 eficiencia, economía, la eficacia, y es precisamente en este aspecto al que quiero referirme al hecho que los auditores ni los operadores jurídicos cuentan con herramientas jurídicas que le permitan de manera objetiva con base en una evaluación de eficiencia o eficacia establecer una responsabilidad fiscal ante un presunto perjuicio ocasionado no por una infracción o incumplimiento de un deber legal sino a una elucubración realizada con fundamento en la aplicación de principios que por su naturaleza son genéricos y abstractos.

Dado que en materia fiscal la normatividad ha sido poca, a la jurisprudencia le ha correspondido generar derecho fiscal, dando contenido y alcance a las instituciones legales. En materia fiscal no ha habido un desarrollo legal integral que permita generar a los eventuales

sujetos de control conocer con antelación y certeza las situaciones o evento a que se exponen al realizar una actividad administrativa denominada Gestión Fiscal o cuando con relación a ésta se puede ver incurso en un procesos de responsabilidad fiscal, generando con ello un riesgo en la seguridad jurídica y podría considerarse por deficiencia o insuficiencia, violación del principio de legalidad, ante la inexistencia de un verdadero instituto de Derecho Fiscal, tema que se abordará en el Tercer Capítulo en desarrollo del tercer objetivo de la investigación.

1.3.2 Principios del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Es importante destacar que el desarrollo proceso de responsabilidad fiscal como todo proceso administrativo y jurisdiccional se sujeta a los Principios Orientadores de la Acción Fiscal del debido proceso, del artículo 209 de la Constitución Política Nacional que ordena que a toda clase de actuaciones se aplica el debido proceso, igualmente a los principios del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA- del “debido proceso, buena fe, moralidad, responsabilidad, eficacia, economía y celeridad”. (Ley 1437 de 2011)

Con respecto al alcance y significado de los principios, señalados en el artículo 3 del CPACA se destacan los siguientes:

- El Debido proceso, que las actuaciones administrativas se ajustaran a las normas constitucionales y legales de procedimiento y competencia y en materia sancionatoria, se deberán sujetar además a los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones,
- En virtud d la buena fe, se presume el leal comportamiento de las autoridades y de los particulares en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. (Artículo 3 Ley 1437 de 2011)

En este sentido, es necesario tener en cuenta que sin bien es cierto la Acción Fiscal es resarcitoria y no sancionatoria, también lo es que se trata de un reproche que le implica al encartado o presunto responsable una afectación personal y pecuniaria que en virtud del debido proceso administrativo, la situación fáctica que da origen a tal reproche fiscal debería estar expresa y no como en algunos de los casos inmersa e interpretada en normas que corresponden al derecho blando, lo que en mi concepto se constituye en una abierta vulneración al principio de legalidad de rango constitucional y dicho sea de paso genera una inseguridad jurídica para los gestores fiscales que se exponen al riesgo de ser procesados y declarados responsables fiscales sin la existencia previa de una reglas claras, toda vez que quedan al arbitrio o criterio subjetivo, en un principio de los auditores de Vigilancia Fiscal y posteriormente de los operadores jurídicos del Proceso de Responsabilidad Fiscal y cada uno dependiendo de su disciplina y formación le imprime su contenido y alcance a los principios de eficiencia, economía y eficacia al evaluar la gestión fiscal, esto de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 ley 42 de 1993, que a voces expresa:

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, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el

impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos. (Ley 42 de 1993)

Como se observa en el artículo anterior, los conceptos de eficiencia y eficacia y economía, no obstante se encuentran definidos, estos se advierten como subjetivos, por cuanto, los criterios para evaluar si una gestión fue eficiente puede cambiar de una persona a otra, tornándose en un concepto subjetivo. En este sentido fuerza la reflexión en analizar si ¿se puede imputar responsabilidad fiscal a un funcionario público o a un particular por la interpretación de una norma en que en su tenor literal no contiene ningún tipo de prohibición? ¿Sino por el criterio de quien evalúa la gestión? La respuesta deberá decantarse de todo el análisis de la presente investigación.

Entonces la relación entre la función genérica, otorgada por la Constitución a las Contraloría de Colombia, de vigilancia de la gestión y la competencia específica, de establecer y asignar la responsabilidad de los que manejan o administran recursos públicos tiene su concreción, cuando se advierte por la Contraloría un manejo que se considera inadecuado le impone la obligación de resarcir por ese daño ocasionado por lo inadecuado de su gestión. Es pues la Responsabilidad fiscal por llamarlo de alguna manera, un procedimiento coercitivo dentro del control fiscal. Y a este respecto es necesario hacer distinción entre las diferentes competencias asignadas por la Constitución Nacional a las Contralorías: Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de los mismos.

En principio, la función de establecer la responsabilidad derivada de la gestión fiscal tiene como único propósito examinar si el encargado de tal gestión debe reparar el patrimonio objeto

de la misma por haber actuado en contra de los principios que rigen su desempeño; mientras que la tarea de imponer sanciones a los responsables implica definir si una persona ha incurrido en conductas previstas en la ley como merecedoras de sanción y de ser así, imponer las sanciones correspondiente. Así pues (...) la facultad de fijar responsabilidad fiscal tiene su propósito y naturaleza resarcitoria o de mera reparación y es, por tanto diferente de la facultad de imponer sanciones pecuniarias; competencia esta última orientada a reprimir administrativamente conductas que afectan el ejercicio del control fiscal. (Torres, 2004)

A este respecto la Corte en la sentencia SU-620 de 1996 expresó que la declaración de la responsabilidad fiscal tiene incidencia en los derechos fundamentales de quienes resultan afectadas, (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.). de igual forma que la responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo sino meramente resarcitorio, por cuanto solo persigue la indemnización por el detrimento patrimonial generado a la entidad pública y que es de carácter subjetivo, dado que hay que determinar si el presunto responsable obró con dolo o con culpa grave. (Corte Constitucional, 1996)

Ahora bien, la doctrina señala que el proceso de Responsabilidad Fiscal igual que cualquier proceso en el cual, su finalidad sea la de establecer una culpa, una deuda una obligación a efecto de que esta sea posible se necesita de unos de los elementos esenciales que determinen su existencia, dichos elementos son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. En este sentido el artículo 5 La ley 610 de 2000 indica que la responsabilidad fiscal está integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre el daño y la conducta. (Rivera, 2001)

Respecto de los elementos esenciales en cada proceso y del cual no es ajeno el de responsabilidad fiscal tenemos. La tipicidad que refiere a que la falta fiscal o actuación irregular que se investiga, se debe encontrar descrita como tal, en una norma positiva, ante lo cual se exige entonces que la conducta sea una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, es decir que vulnere los principios fiscales que señala el artículo 8 de la ley 42 de 1993 como lo dispone el artículo 6 de la ley objeto de estudio.” (Rivera, 2001); *La Antijuridicidad* alude a la conducta típica que lesiona o exponga al peligro el bien jurídico tutelado, es decir los intereses patrimoniales del Estado (*C:E consulta rad.941 de septiembre 19 de 1996*); *La Culpabilidad* la cual es el juicio de reproche *cuyo supuestos son la conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de la conducta y por último y no menos importante que exista un Nexo Causal* entre la conducta dolosa o culposa y el daño patrimonial, elemento indispensable y esencial porque si faltase alguno de los dos elementos es decir la conducta dolosa o el daño fiscal, o si se diesen ambos pero no uno como consecuencia del otro, no existe responsabilidad alguna o el tipo de responsabilidad sería otro totalmente *diferente*, al de la responsabilidad fiscal.” (Rivera, 2001)

En este orden de ideas, tenemos a manera de conclusión que para realizar un juicio de reproche fiscal se requiere al igual que en cualquier otro juicio, que exista previamente una conducta tipificada, para efecto de conocerse con antelación la antijuridicidad de la misma, aspecto éste que en muchos de los casos que cuestiona la Contraloría y que son materia del presente análisis están relacionado con el perjuicio considerado en una forma autónoma de infringir un daño al patrimonio o intereses patrimoniales del estado.

1.3.3 Elementos de la Responsabilidad Fiscal. La Responsabilidad fiscal está estructurada por tres grandes elementos, los cuales están relacionados directamente con las características propias de este tipo de proceso:

1. Un Daño o detrimento patrimonial al Estado.
2. Una conducta dolosa o gravemente culposa desplegada en el ejercicio de una gestión fiscal
3. Nexo causal entre el daño y la conducta

- **Daño Patrimonial al Estado:**

De los tres elementos, para establecer la responsabilidad fiscal el daño patrimonial al Estado es el más importante, si no hay daño no hay proceso, y se encuentra definido en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, el cual señala que se entiende por daño patrimonial al Estado para efecto de la responsabilidad fiscal, y expresa manera literal que es la lesión al patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o de los intereses patrimoniales del Estado. Además que esa pérdida o detrimento del patrimonio se haya causado en ejercicio de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que no consulte los fines del estado, pero estos se ven reflejados en el objetivo funcional y misional, al igual que en los planes y programas que tienen las entidades públicas o de los particulares, que son objeto de control fiscal. El texto legal dice que es la lesión al patrimonio- es decir una afectación a los recursos económicos públicos.

Con relación al daño la Corte Constitucional en sentencia C-340/07, precisó: “(...) a. En primer lugar la norma contiene una descripción del daño como fenómeno objetivo. De acuerdo con la norma que se estudia, para que exista responsabilidad fiscal debe haber una “lesión del patrimonio público” sin la cual no existe daño patrimonial al estado. El legislador utiliza el concepto jurídico de “lesión” para precisar el concepto general de “daño” lo cual implica que

debe tratarse de un daño antijurídico. (..) Luego prescribe el contenido de la lesión, al indicar que esta puede constituir el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento pérdida o deterioro (...)"'. (Corte Constitucional, 2007)

En este particular nos remitimos a los significados que tienen cada uno de los vocablos que utiliza la ley para definir el daño fiscal, según el Diccionario de la RAE así:

Menoscabo: es disminución, causar mengua; disminución: merma perjuicio; detrimento: pérdida o deterioro de los bienes; Perjuicio: detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa y Pérdida: carencia o privación de lo que se poseía; Deterioro: acción y efecto de deteriorar o deteriorarse.

A manera general se observa que la mayoría de los términos, con los que la ley representa a la lesión del patrimonio sufrida por el estado tienen como significados sinónimos, empero, respecto del perjuicio que es el tema de interés del presente trabajo, la RAE, expresa que es “ un detrimento que debe ser indemnizado por quien lo causa” lo cual es lógico y a tono con las disposiciones en materia de responsabilidad en general, sin embargo, el perjuicio dentro del contexto de la responsabilidad, el cual es objeto de reparo por su vaguedad, es aquel que no emana de manera directa de la infracción de una norma legal, sino que el mismo se deduce del análisis de principios de eficiencia cuyos parámetros y criterios de ponderación para la aplicación son inexistentes y por ende ni las contralorías ni los gestores fiscales cuentan con herramientas que le genere certeza en su aplicación.

Características del Daño

Para que el daño sea resarcible mediante proceso de responsabilidad fiscal debe presentar unas características específicas de acuerdo con la jurisprudencia. La Corte Constitucional plasma criterio por medio de la sentencia, SU-620-96, de unificación jurisprudencial, con ponencia del

magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell, en donde se ocupó de precisar el concepto de daño en materia fiscal en los siguientes términos:

“Para la estimación del daño debe acudir 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, especial, 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.”(Corte Constitucional, 96)

De igual manera el Consejo de Estado, se pronunció en la sentencia del 16 de febrero 2012, Radicación numero: 25000-23-24-000-2001-00064-01, Actor: Luis Alberto Rodriguez Rodriguez, Demandado: Contraloria General de la Republica, donde sostuvo:

Retomando las consideraciones iniciales del análisis de este cargo, debe indicarse que para que el daño sea indemnizable, debe ser cierto, actual, real, es decir, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su existencia, y que no se trate de un daño meramente hipotético o eventual, precisamente porque no es cierto y se funda en suposiciones, y aunque puede tratarse de un daño futuro, deben existir los suficientes elementos de juicio que permitan considerar que así el daño no se ha producido, exista suficiente grado de certeza de que de todas maneras habrá de producirse. (Consejo de Estado, 2012)

Conforme lo ha regulado la ley y de acuerdo a lo dicho por la jurisprudencia para que se configure la responsabilidad el daño, como elemento nuclear de la teoría de la responsabilidad civil, administrativa o fiscal, éste debe reunir las siguientes características iniciales: ha de ser cierto, especial, anormal, cuantificable con arreglo a su real magnitud y especialísimamente su

cuantificación debe hacerse a partir de datos incontrovertibles acerca de la efectiva pérdida sufrida. (subraya fuera de texto)

-Daño Cierto: esto se refiere a la realidad de su existencia, a la certidumbre sobre el mismo, debe estar probado, y no calculado con base en presunciones. Los daños inciertos no son indemnizables.

-Daño Anormal: Que en principio, no sea producto del desgaste natural de los bienes.

-Daño Cuantificable: Se debe establecer en cifras concretas y en su real magnitud.

-Daño Actual: El daño puede ser pasado o actual, sin que se pueda establecer responsabilidad fiscal con base en daños futuros, porque estaría basado en presunciones.

-Daño ocasionado dentro del ejercicio de una Gestión Fiscal, lo que hace lo un daño particular y no se predica de un daño genérico a los recursos públicos, por eso no es todo tipo de lesión que se genere en el patrimonio del estado, además es un daño exclusivamente patrimonial económico, no hay lugar a daños morales ni cualquier otro tipo de daño.

Se hace imperativo para la estructuración de la responsabilidad fiscal, la existencia de una conducta, activa u omisiva, dolosa o gravemente culposa, por parte de un servidor público o un particular, según el caso, que en el ejercicio de la Gestión Fiscal, produzca un daño sobre fondos o bienes públicos, y que entre una y otro exista un relación de causalidad.

De esta manera una vez determinado que efectivamente ocurrió un daño fiscal o detrimento al patrimonio del estado, individualizado en los intereses económicos de las entidades públicas sujetas a control, el segundo aspecto que deberá estudiarse es la conducta y verificar que ésta, se dio en desarrollo de una gestión fiscal y fue la que produjo el daño.

- **La Conducta**

Hace alusión al comportamiento o actuar activo o pasivo desplegado por el gestor fiscal es decir aquel servidor público o particular que realiza actos de administración o disposición de los recursos que han sufrido detrimento. En primer lugar esta conducta debe ser dolosa o culposa (gravemente culposa) y debe ser atribuible a una persona que realice Gestión Fiscal, no se trata de cualquier actividad o cargo de cualquier servidor público, sino de aquel que ejerce Gestión Fiscal, o con ocasión de esa gestión, causa un daño al patrimonio del Estado, por ello el ejercicio de la gestión fiscal es un requisito sine qua non para un proceso de responsabilidad fiscal por cuanto se deriva única y exclusivamente de la gestión fiscal.

El legislador le estableció carácter de culpa leve para la responsabilidad fiscal, en el Parágrafo 2º, del artículo 4 de la ley 610 de 2000, sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-619 de 2002, calificó la conducta como gravemente culposa al declarar inexecutable la expresión “leve” del Parágrafo 2º, del artículo aludido, que preceptuaba “El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve” (Corte Constitucional, 2002)

De esta forma, la conducta desplegada por el gestor fiscal debe ser a título de Dolo o Culpa grave., pero ¿qué es el dolo y la culpa grave para los efectos de indilgar responsabilidad fiscal?

-Dolo: *“intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”* art 63 Código Civil.

-Gravemente Culposa: el art. 4 de la ley 610/00 le dio el carácter de culpa leve , sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-619 de 2002, la calificó como gravemente culposa al declarar inexecutable la expresión “leve” del artículo aludido.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo” art 63 Código Civil.

A este respecto el artículo 118 Ley 1474 de 2011 establece unas presunciones, así:
“Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal:

-Se presume Dolo cuando por los mismos hechos los gestores hayan sido condenados en proceso penal o sancionados disciplinariamente, imputados a ese título.

-Asimismo, señaló que se presume culpa grave en los siguientes cinco eventos : 1) Elaboración de pliegos de condiciones ambiguos, incompletos, confusos que induzcan a decisiones técnicas que afectaran los intereses patrimoniales del ente contratante; 2) no haber realizado comparaciones de precios del mercado y por ello se hayan aceptado precios más altos del mercado sin mediar justificación; 3) No cumplimiento de obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión para velar por la calidad y oportunidad de lo ofrecido por los contratistas; 4) No aseguramiento de los bienes de la entidad o no hacer exigibles las pólizas o garantías por siniestros o el incumplimiento de los contratos; 5) pagos de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.

Como se puede observar la mayor parte de las presunciones establecidas en el estatuto anticorrupción, se encuentran enmarcadas en el contexto de la contratación pública, respecto al dolo este se encuentra dentro de lo tipificado en los Delitos contra la Administración Pública en la celebración indebida de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, contratos sin el cumplimiento de requisitos legales.

En el proceso de responsabilidad fiscal, la conducta debe ser realizada por un gestor fiscal y en este sentido debemos conocer y analizar la institución legal denominada Gestión Fiscal.

La Gestión Fiscal

De conformidad con el artículo 3 de la ley 610 de 2000 Gestión Fiscal es el *“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”*.

Lo anterior, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 268 Superior cuando entre las atribuciones del Contralor se enuncia la de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal.

Nótese que pese a lo establecido por el artículo 3 de la citada ley, en donde se observa que el concepto de Gestión fiscal es amplio, para que ésta se dé, no se trata de que exista una disponibilidad física o material con los recursos que sufrieron detrimento, se requiere que haya disponibilidad o titularidad jurídica es decir que en virtud de la ley en sentido lato (ley, decreto, resolución, manual de funciones, o acto administrativo) se le haya conferido al servidor público o al particular el manejo y administración de tales recursos y ejecute cualquiera de los verbos rectores a los que alude el texto legal como 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.

Por lo expuesto anteriormente, se colige que no toda las actuaciones desarrolladas por los servidores públicos implican gestión fiscal y si en ejecución de tales actividades se presenta un detrimento, no se generaría responsabilidad fiscal, sino otro tipo de responsabilidad que le permita resarcir el detrimento por otro medio. Lo dicho significa que si un funcionario cualquiera con su conducta da lugar a un daño o detrimento patrimonial no procederá proceso de responsabilidad fiscal si el mismo no realiza gestión fiscal, es decir que ejecute los verbos rectores que cita el artículo 6 de la citada ley, a saber: adquirir, planear, conservar, administrar, custodiar, explotar, enajenar, consumir, adjudicar, gastar, invertir y disponer de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas. (Artículo 6 ley 610 de 2000)

Es importante destacar que la Corte Constitucional en Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, con relación a la Gestión Fiscal hizo precisiones que le otorgaron a la Contraloría herramientas a la hora de establecer en un proceso si un servidor público se encontraba actuando en la órbita de dicha gestión y le podía derivar responsabilidad de su actuar, el pronunciamiento en la sentencia aludida precisó: *“(...) El nuevo espectro constitucional ha puesto al ordenador del gasto en un rango de autonomía e independencia ampliamente favorable a los designios de la gestión fiscal que le atañe, con unas responsabilidades correlativas que atienden a la defensa de diversos bienes jurídicos tales como los referidos a la Administración y al Tesoro Público. Claro que este orden de cosas no le incumbe con exclusividad al ordenador del gasto, dado que el circuito de la gestión fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan*

poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado. Criterios éstos que en lo pertinente cobijan a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado.

A propósito de la definición que trae la ley 610 de 2000, de la Gestión Fiscal; En efecto, la amplitud del concepto, al abarcar todas las etapas posibles del proceso de manejo de fondos o bienes públicos (adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación consumo, gasto, inversión y disposición) implica que no existirá etapa dentro del proceso de gestión fiscal, en la cual el responsable no esté sujeto a los principios constitucionales ampliando con ello la posibilidad de control. Así mismo:

La definición antes citada y el artículo 7 de la ley, resaltan el hecho de que debe existir una vinculación funcional o contractual y tal vinculación se traduce en un poder de disposición jurídica sobre el respectivo patrimonio o al menos un deber de guarda y conservación del mismo. (Torres, 2004)

Consideraciones que comparto por cuanto esta disposición jurídica de los bienes patrimoniales del estado es lo que la diferencia con otro tipo de responsabilidades (disciplinaria, penal y civil).

A este respecto considero importante traer a manera de ejemplos las situaciones que a diario se evidencian en las entidades públicas, y es que si se presenta un faltante de dinero en la Caja o caja menor de la entidad, a la asistente o secretaria asignada al manejo de dicha caja, no será viable adelantarle un proceso de Responsabilidad fiscal, por cuanto si bien ella tiene la disponibilidad física, no le asiste relación o disponibilidad jurídica de dichos recursos, esta responsabilidad se presume del Tesorero o Pagador de la entidad pública a quienes según el manual de funciones del cargo le asistía la responsabilidad de disponer de aquellos recursos según sus atribuciones por la vinculación funcional.

A manera de ejemplo veamos hechos que a diario se reportan en los medios noticiosos o en las páginas de la Contraloría o Fiscalía, en los cuales se advierte daño fiscal:

-Tesorera de Quindío presuntamente, se apropiaba de recursos de las cuentas bancarias oficiales, facilitando las claves del sistema y con ello permitiendo la sustracción por medios electrónicos de los recursos públicos, por un monto aproximado de \$1.142.765,217

- El municipio de Cali pagó el valor de un contrato \$145.798.289, el cual era destinado a la realización de eventos de fortalecimiento cultural, actividades que presuntamente nunca se cumplieron, para ello el contratista e interventor diligenciaron un acta de final de manera fraudulenta.

-En el departamento de Santander se detectó presunto daño fiscal por pagos a maestros por mayores valores, por el no registro oportuno de las novedades, en el aplicativo de nómina.

-Un presunto daño patrimonial de \$1.334 millones de pesos, se detectó en la compra por parte de la Fuerza Aérea Colombiana de unos trenes de aterrizaje que resultaron usados y no aptos para el servicio.

-En la Secretaria de Educación del municipio de Buenaventura, se registraron en el SIMAG (sistema de matrículas) 48.000 alumnos inexistentes “Estudiantes fantasma” con ello se generó un detrimento al patrimonio público por aproximadamente \$61.000.000.000.

-En el 2006 se contrató con recursos del ministerio de cultura la reconstrucción del Panóptico de Ibagué, obra que no fue concluida por el contratista quedando como uno de los llamados “Elefantes Blanco” presentando un detrimento por aproximadamente \$968.000.000.

En los casos expuestos traídos a manera de ejemplo, los presuntos responsables ejercían Gestión Fiscal y de manera ligera según el enunciado del suceso se presume que el actuar en la mayoría de ellos fue doloso, vale decir que su conducta era dirigida a producir una lesión al

patrimonio económico con el cual tenían un vínculo jurídico. Son gestores fiscales los ordenadores de gastos, tesoreros, interventores, supervisores y Secretarios de Despacho, para el análisis que nos ocupa.

Para efecto de conocer si la actividad era gestión fiscal se realiza el análisis de los verbos rectores de la actividad que ocasionó adquisición, administración, custodia, planear, conservar, administrar, custodiar, explotar, enajenar, consumir, gastar, invertir y disponer de bienes o recursos económicos. Se reitera que no se requiere de disposición física con los dineros o bienes, se necesita la disposición jurídica y esta se encuentra demarcada en el manual de funciones y de contratación de las entidades o cláusulas contractuales según el caso.

Ahora bien, a manera de colofón del análisis de los dos primeros elementos de la responsabilidad fiscal tenemos que el daño o detrimento patrimonial para que sirva de fundamento en un proceso de responsabilidad fiscal debe ser un daño cierto, presente o pasado, económico, cuantificable y la conducta debe haber sido realizada en la órbita de la gestión fiscal, podrá ser activa u omisiva desplegada por el gestor fiscal con dolo o culpa grave.

Una vez debe ser analizado los dos primeros elementos de la responsabilidad fiscal, nos centraremos en tercer lugar y no por ello menos importante, en la relación de causalidad que debe existir entre el daño y la conducta.

- **La Relación de Causalidad o nexo causal**

El nexo causal es la relación íntima, necesaria e ineludible que debe existir entre la actividad ejecutada por el servidor público y lo que dio origen al daño, es decir que la causa del daño esté o se encuentre en el ámbito de la actividad de gestión fiscal desplegada por el gestor fiscal.

Dado que la gestión fiscal tiene cobertura en las diferentes etapas de manejo de dineros y recursos en general (actividades económicas, jurídicas y tecnológicas) se presume la existencia de vínculo funcional entre el gestor fiscal y el patrimonio o el bien público respectivo.

Del cotejo del hecho generador del daño patrimonial y la conducta como gestión fiscal se deduce el nexo causal entre estos dos elementos importantes en elementos de la responsabilidad

Para establecer este vínculo causal se requiere de un análisis juicioso en donde se evidencia la relación de causa efecto entre la conducta desplegada por el gestor fiscal y el daño, la cual debe ser determinante, vale decir que el daño se haya generado por causa de la conducta sin que medie circunstancias caso fortuito o fuerza mayor, eventos ante los cuales, no obstante existir el daño, se rompe el nexo causal.

Respecto a la conducta de la persona que cometió el daño, la sentencia C 840 de 2001 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería expresa:

Quando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal. (Subraya fuera de texto). (Corte Constitucional, 2001)

De acuerdo con lo anterior los gestores fiscales son todas personas naturales o jurídicas, funcionarios públicos o particulares que manejen o administren recursos públicos (que ejecuten los verbos rectores establecidos en el artículo 6 de la ley 610 de 200) y causen un detrimento

patrimonial. A manera de ejemplo expresa la jurisprudencia que concurren el pagador, tesorero, almacenista, ordenadores de gasto etc.

Así mismo, el texto legal antes referido indica que la conducta del gestor fiscal que causa el daño, debe ser a título de dolo o culpa leve, sin embargo mediante sentencia C-619 de 2002 la Corte Constitucional con ponencia de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, declaró inexecutable, el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, con lo cual el reproche al gestor fiscal se realiza cuando medie culpa grave en su conducta.

En el capítulo se ha realizado una descripción y análisis de cada uno de los elementos constitutivos de la Responsabilidad Fiscal, desde su perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial, además de los planteamientos de los estudiosos del derecho en el campo administrativo de lo fiscal.

Del recorrido por las diferentes instituciones jurídicas del proceso de Responsabilidad Fiscal se logró establecer que la ley es exigua y que los mayores avances se lograron a partir del año 2000 con la entrada en vigencia de la ley 610 del mismo año y que si bien significó evolución en su desarrollo este no ha sido lo suficiente por lo que los vacíos e interpretaciones de la ley los ha venido supliendo la jurisprudencia de las altas Cortes.

En conclusión tenemos que las Contralorías territoriales al igual que la Contraloría General de la Republica evalúan la gestión y los resultados de las entidades sujetas de control a la luz de los principios tanto de la gestión fiscal como de la función administrativa a efecto de verificar o establecer el grado de eficiencia, eficacia y economía con que se administraron los recursos públicos puestos a su disposición y en desarrollo de esta misión institucional si se advierte deficiencias e ineficiencias que le signifiquen al Estado daño o detrimento patrimonial, se

adelanta un Proceso de Responsabilidad y es en este estadio en donde se deben establecer por parte de los auditores los elementos para que proceda al inicio de tal Proceso el cual tiene como fin el resarcimiento del daño fiscal.

Dada la indeterminación del texto legal referido a los perjuicios, respecto a la forma de generarse lesión al patrimonio público, y no obstante, que mediante sentencia C-840 de 2001 la Corte Constitucional, expresó que “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)”, el contenido y alcance del perjuicio como lucro cesante, por lo que esta expresión queda a juicio del operador jurídico, a fin de establecer el daño fiscal como elemento fundamental para el proceso de responsabilidad fiscal.

Es importante destacar que la Corte en esta sentencia no solo ratificó mediante la exequibilidad del artículo 4 de la ley 610 de 2000 que dispone que la reparación del daño fiscal ocasionado exige el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la entidad estatal, sino que además hizo precisiones importantes sobre la responsabilidad fiscal y la integralidad de la reparación.

Resulta de vital importancia el análisis y el argumento utilizado por la Corte Constitucional para compeler a los entes de control fiscal, no solo a buscar el resarcimiento de los daños ocasionados (daño emergente) sino a recuperar el perjuicio que a consecuencia de ese daño le generó, (lucro cesante) es decir que la reparación sea integral.

En este sentido lo planteado por la corte le da sustento a la tesis planteada respecto del hecho de que las contraloría están derivando daño fiscal de situaciones que consideran que se ocasionó perjuicio al patrimonio público, en hechos en los cuales no existe una norma legal o

reglamentaria o funcionan que le permita al menos avizorar que su comportamiento es reprochable fiscalmente, en lo que se advierte un riesgo la seguridad jurídica, de los eventuales gestores fiscales.

Cuando la corte expresa que la reparación es integral, pone en evidencia que el perjuicio (lucro cesante) es consecuencia de un daño principal (daño emergente) y en tal virtud si no hubo daño, no habrá lugar a que se le derive un perjuicio entendido este como la ganancia, o los recursos que no ingresaron, claro está cuando no medie dolo o desgreño administrado.

A manera de conclusión, de lo anteriormente expuesto se advierte que al no tenerse de manera expresa, las situaciones que dan lugar a un perjuicio, se expone al riesgo la seguridad jurídica de los gestores fiscales al no conocer con antelación y certeza las situaciones o evento que dan lugar a presunto daño fiscal y con ello el riesgo de reproche fiscal, que si bien no es sancionatorio, sino eminentemente resarcitorio, le significa afectación que como bien lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia en su buen nombre y honra.

A manera de conclusión de este capítulo, tenemos analizado todo lo relacionado con la institución jurídica denominada Control Fiscal en su dimensión constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinaria, su característica, principios y sistemas de control, así como todo lo relacionado con la Responsabilidad Fiscal que se genera como consecuencia de la evaluación de la gestión fiscal de los servidores públicos que fungen de gestores fiscales, con base en los principios tanto de la gestión fiscal como de la función administrativa preceptuada en el artículo 209 de la Constitución Nacional, capítulo primero en el cual se concluyó sobre la escasa, e incompleta normatividad del Derecho de Control Fiscal (esto por darle un nombre porque realmente no se habla de un derecho propio ni un estatuto de control fiscal), lo que conlleva a que no se genere la seguridad jurídica necesaria, ante bien, se exponga en riesgo seguridad

jurídica para los que eventualmente son sujetos pasivos del proceso, al igual se predica respecto de eventos en los que no obstante advertirse daño fiscal por esas falencias del Control Fiscal, no cuentan los entes de control con las herramientas legales, ni de logística y conocimiento necesaria para hacerle frente a la corrupción y lograr el resarcimiento de los recursos públicos.

2. El alcance del concepto “perjuicio” como lesión al patrimonio público en el marco de la responsabilidad fiscal.

2.1 Generalidades

Con la promulgación de la Constitución de 1991 para el Estado Colombiano representó la transición de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, lo que significa del respeto al ordenamiento jurídico y al sometimiento de las autoridades a ese ordenamiento. Este nuevo modelo de Estado se caracteriza, por la búsqueda de lograr la efectividad de los derechos; En este sistema mantiene el principio de la legalidad, pero no se queda ahí, rindiendo culto a la ley, toda vez que entre sus finalidades esta la de garantizar un orden justo.

Dentro de este contexto de estado, en donde se busca el bienestar general precedido por un orden justo, para su viabilidad requiere de instituciones que gestionen y generen resultados en desarrollo de la satisfacción de los servicios públicos de seguridad, salud, educación, vías, justicia; para la vigilancia de los recursos el Estado cuenta con un órgano de Control Fiscal como es la Contraloría.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 267 estableció el Control Fiscal a Cargo de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales. El Control Fiscal comprende el ejercicio de la Vigilancia Fiscal y el proceso de Responsabilidad Fiscal.

El Proceso de responsabilidad fiscal tiene como finalidad buscar el resarcimiento de los recursos que sufrieron detrimento patrimonial.

Para que prospere la responsabilidad se requiere de la existencia de tres elementos, el Daño, Conducta y nexo causal entre y el daño y la conducta.

De acuerdo con los tratado en el primer capítulo la doctrina y la jurisprudencia han llegado a la conclusión que el daño es el elemento más importante del proceso de responsabilidad haciendo énfasis que el daño es el eje fundamental sobre el cual gira la censura fiscal.

Ahora bien, dado que el termino “perjuicio” como una forma de daño fiscal, no se encuentra determinado en su contenido y alcance para los fines eminentemente de responsabilidad fiscal, el objetivo de este capitulo consiste en presentar un concepto “perjuicio”, recabado de la ley, de doctrinantes, así como de la jurisprudencia nacional.

La discusión en torno a los perjuicios en el campo fiscal, claro está en los casos que estos, son presuntamente derivados del análisis de Los Principios de la Gestión Fiscal y no de una infracción directa a la normatividad respectiva, radica en parte en que no existe claridad sobre los mismos. En la literatura jurídica legal no existe acuerdo o mas bien no hay alusión alguna en el concpeto de este perjuicio, asi por ejemplo para algunos autores, incluso para el código civil este perjuicio es el que se desprende como consecuencia de un daño emergente, es decir el lucro cesante y en este sentido es entendible y lógico que cuando se dé una perdida o daño se le atribuya al presunto responsable, además de lo correspondiente a la recuperación del detrimento, lo concerniente a las consecuencias del mismo, es decir el perjuicio.

Para el estudio y análisis del concepto del perjuicio como generador de daño fiscal, se aborda el estudio de la teoría general del daño y la responsabilidad que este genera en nuestro ordenamiento jurídico.

2.2 Concepto de responsabilidad

La responsabilidad es uno de los temas más trascendentales del derecho por lo tanto al hablar del concepto de responsabilidad es, posiblemente “uno de los conceptos más empleados cotidianamente por los seres humanos, estando presentes en infinidad de ámbitos y, por ello mismo, portando significaciones diferentes”. (Mesa, 2013)

La palabra responsabilidad viene del latín *re* “de vuelta”, y la palabra *spondere* “prometer”. “Es la obligación de sufrir las consecuencias penales y civiles de un delito” (García, 2003)

Ahora bien, para efectos de adelantar un Proceso de Responsabilidad Fiscal (PRF) el elemento o presupuesto esencial es el daño, sin el detrimento patrimonial no hay lugar a proceso fiscal alguno .

Dentro del estudio de la Teoría del Daño en su acepción en el sentido lato, se requiere precisar los conceptos de daño jurídico y daño antijurídico, a efecto de ubicarnos en el tipo de daño de que trata el Detrimento Patrimonial al Estado, objeto materia del presente estudio.

El daño jurídico, es aquella pérdida o menoscabo en el patrimonio económico de otro, el cual se da por factores ajenos a la voluntad (acción u omisión) del agente a cuyo cargo se encuentren los bienes y por ello no está en el deber de indemnizarlos. La destrucción total o parcial por el desgaste natural de los bienes, un accidente, un incendio.

Por su parte, el daño jurídico refiere a la pérdida, merma o menoscabo del patrimonio económico de otro, el cual se genera por el incumplimiento de una obligación (legal o funcional) de la persona a cargo de esos bienes, encontrándose incurso en los requisitos establecidos para su indemnización, toda vez que no media causal de justificación del origen del daño, con lo cual

se deriva una lesión al patrimonio de manera injusta y por ello el propietario, no está en el deber jurídico de soportar o asumir dicho daño.

Desde un punto de vista objetivo, el daño se define como “el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya sea en su patrimonio” (Larenz, 1959).

Se ha puntualizado ampliamente que la responsabilidad civil -o el derecho de daños- se construye sobre este presupuesto. Sin daño no hay sanción, de ninguna clase, en contraste de lo que acontece en el derecho penal, es decir, requiere sustancialmente un menoscabo de alguna índole que justifique una condena a reparar, sea un menoscabo tanto a la persona como a su patrimonio.

El reconocer el daño como el presupuesto más importante dentro de la responsabilidad, no significa que, que su sola comprobación tenga el considerable efecto de consentir el relegar los demás presupuestos o elementos de la reparación.

Es importante destacar que “para que se indemnice a un reclamante no basta con que este demuestre la existencia de un incumplimiento contractual o de una conducta ilícita en su perjuicio si no que para ello requiere la preexistencia de un daño”. (Mesa, 2013)

Sin el daño no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria, esto es debido a que se le reconoce como ya se ha mencionado, el presupuesto central de la responsabilidad, esta preponderancia que se le da al daño no es simplemente conceptual si no también legal si analizamos el artículo 2343 del código civil colombiano que expresa que todo el que hace un daño debe indemnizarlo.

Es así que el problema de la responsabilidad únicamente puede plantearse cuando existe un daño, dado que solo en presencia de este el juez estará en condiciones de indagar si fue

provocado -relación causal- infringiéndose un deber jurídico -antijuridicidad- y culpablemente - imputabilidad-. (Mesa, 2013)

Concepto de daño

La palabra daño proviene de la voz latina *damnum*, que significa deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provocan en la persona, cosas, valores morales o sociales de alguien (Zannoni, 1987)

Daño es entonces todo menoscabo, destrucción, detrimento, o aminoración de un derecho, bien, o interés jurídico tutelado, que sea causado antijurídicamente o actuando de manera ilegítima.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia expresa: según lo dicho por Brun,

“El termino perjuicio designa toda lesión de un interés de orden patrimonial o extra patrimonial sufrida por una persona, y puede consistir en una perdida efectiva o en una ganancia frustrada. En tanto que tal, él aparece como una condición necesaria, así como la primera, de toda responsabilidad civil, siendo la prueba lógicamente a cargo del demandante”. (Brun, 2015)

Requisitos para la indemnización del daño

Se enlistan requisitos esenciales que ha de reunir el daño patrimonial, para que el mismo resulte jurídicamente indemnizable.

1. Certeza: el daño debe ser cierto.

“El daño cierto equivale a daño existente, a daño no imaginado y que tiene consistencia. En definitiva, a daño que se puede probar. Cuando un daño no se prueba como cierto no es reparable” (Zannoni, 1987) (Galvis, 2007)

Como regla el daño indemnizable es el daño actual, es decir, el que ya se ha producido. Sin embargo, excepcionalmente, el daño futuro puede ser indemnizable: “si existe suficiente probabilidad, de acuerdo con el curso natural y ordinario de los acontecimientos, de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente”. (Mesa, 2013, pág. 84)

2. Personalidad: debe tratarse de un daño que es propio de quien lo reclama.

“El carácter personal del daño hacer referencia a la legitimación, esto es, a quien tiene el derecho a reclamar la reparación, y tendrá quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso...” (Gil Botero, 2006)

3. Encuadramiento en una categoría resarcible

El daño reclamado debe encuadrar en una categoría que, según el caso, sea resarcible, pues de otro modo el reclamo no prosperará (Mesa, 2013, pág. 90)

4. Trascendencia.

Para ser resarcible el daño debe ser significativo, debiendo negarse acción al perjudicado para clamar resarcimiento por un daño insignificante, que corporice un reclamo de bagatelas.

Legitimidad: el derecho lesionado debe ser legítimo.

El resarcimiento de daños corresponde únicamente a la reparación de daños antijurídicos, es decir los perjuicios que afectan un interés jurídicamente protegido, y no a cualquier interés de hecho del reclamante.

El daño resarcible no se identifica con las meras repercusiones desfavorables que pueda tener el hecho ilícito, es decir, “corresponde solamente la acción indemnizatoria a quien o quienes sufran un perjuicio propiamente jurídico, por resultar lesionados sus derechos subjetivos amparados por la constitución y la ley”. (Mesa, 2013, pág. 97)

5. Causalidad: el daño debe estar relacionado causalmente en forma adecuada con el hecho dañoso

Para que exista daño resarcible debe demostrarse la existencia de un nexo causal entre el hecho y el daño.

La causalidad constituye un requisito inexcusable para poder imputar responsabilidad a una persona y para poder fijar la medida de esa responsabilidad, es decir, no existe supuesto de responsabilidad en que no englobe predicar la existencia de un daño indemnizable, si este no guarda una relación de causalidad apropiada con alguna conducta del responsable.

Implica necesariamente precisar el vínculo, que existe entre la acción y sus secuelas con el fin de fijar la trascendencia de la obligación de indemnizar que aparece, para el sujeto activo de la comisión del hecho, es decir, el resarcimiento se ve estrictamente condicionado a la relación causal.

En el caso de las responsabilidades objetivas, como la fundada en la obligación de seguridad, en el riesgo creado u obligación de garantía, no requiere la prueba de la culpa del agente, pero si inexcusablemente la de la contribución causal adecuada de su actuación, sea activa o pasiva. (Mesa, 2013, pág. 102)

Así como no todo daño es indemnizable, regularmente no es indemnizable tampoco todo el daño causado, lo que es consecuencia de que el derecho ha establecido un sistema de imputación de consecuencias, es decir, corta la imputación de consecuencias hasta donde alcanza el nexo causal adecuado con la conducta del dañador.

1. Las consecuencias inmediatas y necesarias de un hecho que acostumbra suceder, se imputan siempre al autor del daño 2. Las consecuencias remotas no se imputan nunca porque no tienen con el hecho nexo adecuado de causalidad (Mesa, 2013).

2. Las consecuencias mediatas en materia aquiliana son imputables, pero en materia contractual debe existir dolo para ello, pues de otro modo no son indemnizables (Mesa, 2013)
3. Las consecuencias causales se imputan al autor del hecho, solo cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho. (Mesa, 2013, pág. 104)
4. Previsibilidad, un daño imprevisible no es un daño resarcible porque no está en relación causal adecuada con la actuación del dañador (Mesa, 2013).

“Cargar con las consecuencias imprevisibles al momento de actuar, en alguna medida implica sufrir la imposición de una carga que pareciera ir más allá de lo humano”. (Mesa, 2013, pág. 110)

5. Subsistencia. El daño debe subsistir al momento de su reparación. El daño que originalmente se causó, pero que luego dejó de existir, no puede ser resarcido, porque ello implicaría un enriquecimiento sin justa causa del reclamante (Mesa, 2013).
6. Daño patrimonial. El termino daño patrimonial, vincula la noción de menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio. Este, entendido como un “conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas de contenido económico que se consideran como integrantes de una universalidad jurídica que tiende a un mismo fin y corresponde a una misma persona”. (García, 2003, pág. 411), este viene a erigirse como uno de los clásicos atributos de la personalidad, como tal intangible.

El daño emergente y el lucro cesante

Partiendo de la noción dada, se distinguen dos grandes especies de perjuicios patrimoniales. en primer lugar, aquellos perjuicios que se traducen en un “empobrecimiento del contenido económico” actual del sujeto y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como

por los gastos que, debido a ese evento, la víctima ha debido realizar. Tanto en un caso como en otro, hay un empobrecimiento, una disminución patrimonial provocada como consecuencia del evento dañoso. Pero este puede generar también “la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima” el perjuicio, aunque por hipótesis pudiese incluso no haber provocado un daño en los bienes que le pertenecen a la víctima, puede “impedir que ella obtenga ciertos lucros o ganancias que se traducirían en un enriquecimiento económico” (Zannoni, 1987, pág. 60)

El daño emergente: se refiere al costo de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que incurre con ocasión de este. Son los gastos ocasionados, o que se vayan a ocasionar, como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado -o un tercero- tuviera que asumir.

Tenemos entonces que el daño en general, por daño entendemos todo deterioro, limitación, sufrimiento causado en un objeto, un derecho o a una persona. En economía, dañar es disminuir la utilidad mercantil del patrimonio de un individuo o de un objeto susceptible de valoración pecuniaria. En Derecho, la palabra daño significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra y que afecta a sus derechos personales o reales.

El daño patrimonial o material

La doctrina ha establecido que el daño patrimonial es el que recae sobre un objeto, sea de forma directa sobre el objeto como tal, o indirecta como consecuencia de un daño causada a la persona titular del mismo y siempre que sea susceptible de comercio (Gomezzi, 2016)

Es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados y, también se considera daño patrimonial indirecto, el daño emergente y el lucro cesante.

Dicho lo anterior, hemos de destacar que los perjuicios patrimoniales, además del deterioro efectivo del patrimonio, normalmente incluyen;

- a. el daño emergente que abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, así como los desembolsos que hayan sido menester para obtenerlos o los que en el futuro serán necesarios para recomponer el patrimonio perjudicado.
- b. y el lucro cesante, que se constituye por todas las ganancias o expectativas de ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirían si no hubiera acontecido el hecho generador del daño.

El Código Civil Colombiano define el daño emergente en el artículo 1614 como el “perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

La indemnización de perjuicios tiene que ser omnicomprensiva, esto es, cubrir absolutamente todo el detrimento que el hecho culposo del agente irroga a la víctima. Pero si bien el autor del perjuicio no debe indemnizar menos de los que debe es lo cierto que tampoco está obligado a indemnizar más de lo que es, es decir, reparar no más que los daños efectivamente causados.

Para que un daño sea objeto de reparación tiene que ser cierto y directo, por cuanto solo corresponde a reparar el perjuicio que se presenta como real y como efectivamente causado y, como consecuencia inmediata de la culpa o un delito.

Quien demanda judicialmente la indemnización de un perjuicio que ha sufrido le corresponde demostrar, en todo caso, el daño cuya reparación perdigue y su cuantía, puesto que la condena por tal aspecto no puede extenderse más allá del detrimento padecido por la víctima. (Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, M.P: Dr. Rafael Romero Sierra, Sentencia: noviembre 5 De 1998, Referencia: Expediente 5002)

2.3.2 Daño fiscal. El resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal es el objeto de la responsabilidad fiscal

El daño fiscal es definido en la ley 640 del 2000 como un daño patrimonial al estado, este entendiéndose como 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.

La Corte Constitucional ha precisado esta definición al establecer que el daño se origina por conducta de personas que manejan bienes o recursos públicos y que lesionan el erario, es patrimonial y que apunta a un resarcimiento mas no a una sanción, propios del proceso penal o del proceso disciplinario.

El daño fiscal es entonces un daño patrimonial, que se causa a los dineros públicos, el cual requiere una certeza absoluta, por lo tanto, es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente

verificable, determinado o determinable, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.

El daño se debe relacionar, como el producido de una violación a una norma jurídica (antijuridicidad), que lesione o menoscabe un interés legítimo del estado. (Sanchez Torres, 2015)

Por esta razón, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del estado materia del detrimento, procederá el proceso de responsabilidad fiscal.

Este daño propio de la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar a los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente autorizados para desplegar gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos de la hacienda pública, puestos a su disposición.

Este detrimento que sufren los bienes o fondos del estado está condicionado en la forma y condiciones previamente prescritas por la ley. Porque la gestión fiscal está ligada a unos bienes o fondos estipulados bajo la titularidad de un servidor público, concretamente identificados. (Sanchez Torres, 2015)

Uno de los aspectos con más discusiones, respecto al daño como generador de la responsabilidad fiscal es cuando el mismo se produce entre dos o más entidades públicas.

Se expone es la disquisición sobre la configuración de daño con efectos sobre el patrimonio de los gestores fiscales, cuando el mismo acontece entre dos entidades públicas, dado que en últimas la integridad patrimonial del erario no se vería afectada, pues recursos que en principio corresponderían ser ejecutados por una entidad terminarían siéndolo por otra (Sanchez Torres, 2015)

Entonces esta tesis expone que cuando el detrimento patrimonial al erario se ha ocasionado entre entidades públicas no hay lugar a la derivación de responsabilidad fiscal, pues en estricto rigor no ha existido lesión a la integridad del patrimonio público.

Sin embargo, esta tesis que parece lógica y llamativa tiene varios reparos para poder ser aceptada.

En primer lugar, no tiene en cuenta la situación que se presenta cuando las entidades involucradas pertenecen a distintos niveles territoriales o hacen parte de entidades territoriales distintas, en atención a la aplicación del principio constitucional de la autonomía de las entidades territoriales.

En segundo lugar, no tiene en cuenta la situación de las entidades descentralizadas y de los órganos de régimen especial, los cuales, son titulares de un patrimonio propio y distinto del de la Nación o del de la correspondiente entidad territorial, y manejan autónomamente tanto su presupuesto como su contabilidad, en cuyos registros aparecerá reflejada la pérdida patrimonial en que se haya incurrido, aún si quien se beneficia de la misma es otra entidad pública.

En tercer lugar, no atiende a la definición legal de la responsabilidad fiscal, en cuya virtud el daño que da lugar a su declaración es aquel que proviene de una gestión fiscal que haya ido en contra de los cometidos y fines esenciales del Estado. (Sanchez Torres, 2015)

En este orden de ideas, cuando se produce una afectación indebida al patrimonio público con ocasión de la gestión fiscal de sus bienes y recursos, se está generando que aquellos que hubieran debido destinarse al cumplimiento del respectivo objetivo funcional y organizacional, no se apliquen a esa finalidad, y por este motivo si quepa hablar de responsabilidad fiscal por el incumplimiento de la ley.

A manera de conclusión se tiene claro de todo lo anteriormente expuesto, que el único referente legal es el de la ley 610 de 2000 que en su artículo 6 establece lo que se entiende por daño patrimonial indicando que es “... menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida...” (ley 610 de 2000)

Así mismo, según las definiciones o significados de perjuicio el cual hace alusión al “Detrimento patrimonial que debe ser *indemnizado* por quien lo causa.” Así como la *ganancia o rédito que deja de obtener el Estado*. (Ley 610 de 2000)

Como se observa en la disposición legal antes citada se advierte que tiene un carácter enunciativo, toda vez en el concepto de daño hace alusión a los perjuicios, en donde podría entenderse estos, de acuerdo con las definiciones antes relacionadas, sin que la ley de manera expresa lo indique, como la ganancia o los réditos que deja de obtener el Estado, por acto u omisión del gestor fiscal y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo que pueda sufrir la Nación o la entidad pública. Es justo este aspecto me lleva a indicar que en materia administrativa como lo es el proceso de responsabilidad fiscal, se advierte una indeterminación del concepto legal de Perjuicio en su real alcance y magnitud, dado que la ley solo se limita a mencionarlo.

Así las cosas estimo que nos encontramos frente a unos perjuicios no determinados en la ley, por lo cual se hace necesario llenar de contenido y alcance el mismo, a fin de establecer responsabilidad fiscal ante eventos de perjuicios y no solo los daños que surgen como consecuencia de la conducta del gestor fiscal y saber hasta dónde se toma tal perjuicio y su obligación de resarcirlo.

Lo anterior se colige del artículo 47 de la Ley 610 de 2000, que en su establece : “...habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo

de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio ...” Subrayado resaltado fuera de texto (Ley 610 de 2000)

Como se indicó el lucro cesante para la doctrina como la ganancia que se haya dejado de obtener como consecuencia del hecho del que es responsable, igualmente se ha entendido como aquel aumento del patrimonio que no se dio por haber ocurrido un daño (el daño emergente),

Una vez indagado en todo lo relacionado con el concepto que daño fiscal le dio el legislador y el significado que de perjuicio se hizo acopio de la jurisprudencia, y diccionario de la Real Academia Española RAE, de donde se concluye respecto al “perjuicio” desde el punto de vista del significado de la RAE, de lo establecido en el Código Civil Colombiano y la jurisprudencia de las altas Cortes Nacionales, que en términos generales podemos conceptualizar, desde las perspectivas de lo público, el perjuicio es toda aquella afectación económica ocasionada por las ganancias o réditos que no ingresaron al patrimonio público, porque que se dejaron de obtener por el Estado.

Ahora, además de la conceptualización del vocablo perjuicio en el marco del control fiscal, se hace necesario, en el desarrollo de la presente investigación, indagar lo relacionado con la seguridad jurídica, en sentido amplio, es decir, como esa seguridad o convencimiento de que se conoce o puede conocerse, lo previsto como prohibido, estatuido, ordenado o permitido, en todo lo relacionado con el Estado o el poder público en general y esto significa conocer con antelación los riesgos que implica asumir un cargo como funcionario público que en ejercicio de gestión fiscal, tome una decisiones poco acertada que genere una afectación económica y pueda ser considerada como daño fiscal por perjuicio en el entendido de la ganancia o rédito dejado de obtener por la entidad pública, esto en virtud del artículo 6 de la ley 610 de 2000.

De otra parte, si bien es cierto, que la jurisprudencia colombiana establece que la Acción de Responsabilidad Fiscal es administrativa y no sancionatoria, en la realidad, puede ser considerada como tal, toda vez que el funcionario debe responder con su propio peculio ante un eventual “perjuicio” indeterminado, su nombre es incluido en el boletín de Responsables fiscales (artículo 60 ley 610 de 2000) con la implicación que ello conlleva el de no poder aspirar a cargos públicos, ni a contratos con el estado en ninguno de sus niveles, amén de la afectación del buen nombre.

Por todo lo anterior, considero que de hecho la Acción de Responsabilidad Fiscal comporta de manera subrepticia o velada una “sanción” y en este sentido, atendiendo lo relacionado con la interpretación de normas que tienen implicaciones de tales, debe ser restrictiva, es decir circunscribirse única y exclusivamente a lo que el legislador estableció de manera expresa y clara como situación o hecho objeto de reproche, en el caso que nos ocupa, en el artículo 6 de la ley 610 de 2000 solo se describe el perjuicio sin embargo, no delimita su contenido y alcance, en tanto el mismo, tiene muchas implicaciones, aún más si se tiene en cuenta que los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes (Artículo 53 ley 610/000).

3. La Indeterminación del concepto Perjuicio frente a la seguridad jurídica en el proceso de la Responsabilidad Fiscal.

3.1 Consideraciones Generales

Partiendo de las premisas legales, jurisprudenciales y doctrinarias de los conceptos de Seguridad Jurídica, buena fé, confianza legítima en la Administración, así como la definición y las características de “conceptos jurídicos indeterminados, el problema jurídico a dilucidar en el ámbito del Control Fiscal consiste en el cuestionamiento dirigido a establecer ¿en qué medida se lesiona o expone al riesgo la seguridad jurídica de los eventuales servidores públicos en ejercicio de la Gestión Fiscal a ellos atribuidas, ante un proceso de reproche fiscal, con miras al resarcimiento, del detrimento patrimonial del estado, representado en un “perjuicio, que se presume causó, el cual ni su significación y ni su alcance se encuentra definido o establecido en rigor legal para los efectos de responsabilidad fiscal?.

En este orden de ideas, previo a relacionar de manera general las conclusiones de los dos primeros capítulos que sirvieron de fundamento para llegar a las conclusiones en este tercer y último capítulo en el cual se analizan y se dan unas aproximaciones como propuesta de la resolución del problema jurídico planteado en la investigación, se procede a dilucidar en rigor conceptual cada una de las premisas abordadas en el curso de la investigación, de tipo legales, jurisprudenciales y doctrinarias sobre Principios o instituciones jurídicas relacionadas con la seguridad jurídica.

Una vez analizado en los capítulos anteriores todo lo relacionado con la institución jurídica denominada Control Fiscal en su dimensión constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinaria, su característica, principios y sistemas de control, así como todo lo relacionado con la Responsabilidad Fiscal que se genera como consecuencia de la evaluación de la gestión fiscal de los servidores públicos que fungen de gestores fiscales, con base en los principios tanto de la gestión fiscal como de la función administrativa preceptuada en el artículo 209 de la Constitución Nacional; capítulo primero en el cual se concluyó sobre la escasa, exigua, vaga

normatividad del Derecho de Control Fiscal (esto por darle un nombre porque realmente no se habla de un derecho propio ni un estatuto de control fiscal), lo que se traduce en que no se genere o se ponga en riesgo seguridad jurídica para los que eventualmente son sujetos pasivos del proceso, al igual se predica respecto de eventos en los que no obstante advertirse daño fiscal por esas falencias del Control Fiscal, no cuentan los entes de control con las herramientas legales, ni de logística y conocimiento necesaria para hacerle frente a la corrupción y lograr el resarcimiento de los recursos públicos.

Así mismo, se indagó en el segundo capítulo todo lo relacionado con el concepto que daño fiscal le dio el legislador y el significado que de perjuicio se hizo acopio de la jurisprudencia, diccionario RAE y lo establecido en el Código Civil de donde se concluye, desde las perspectiva de lo público, el perjuicio es toda aquella afectación económica ocasionada por las ganancias o réditos que no ingresaron al patrimonio público, porque que se dejaron de obtener por el Estado.

Ahora bien, plasmadas las conclusiones preliminares correspondientes a los capítulos 1y 2 que tenían el firme propósito de sentar las bases para las conclusiones generales como una aproximación a la propuesta de la resolución del problema jurídico planteado en la investigación, relacionado con la indeterminación del vocablo “perjuicio”, contenido en el artículo 6 de la ley 610 de 2000, cuando se refiere al daño fiscal representado en el perjuicio, que al no estar determinado su significado y alcance para los efectos específicos de la responsabilidad fiscal, genera un panorama de incertidumbre sobre la seguridad jurídica, que se supone es el piso sobre el cual reposan los derechos de los asociados y agentes del estado; este es un riesgo latente si se tiene en cuenta que el alcance y contenido depende de la evaluación que de la gestión basada en Principios realice el ente de control respectivo.

Desde esta perspectiva se procede a dilucidar en rigor conceptual cada una de las premisas abordadas en el curso de la investigación, tanto de tipo legal, jurisprudencial y doctrinal sobre Principios o instituciones jurídicas relacionadas con la Seguridad Jurídica, buena fé, confianza legítima en la Administración, así como la definición y las características de “conceptos jurídicos indeterminados.

3.2 Los conceptos de la Seguridad Jurídica, buena fé, confianza legítima en la Administración se encuentran interrelacionados.

Ahora bien, veamos las implicaciones o connotaciones que de las figuras jurídicas, de confianza legítima y buena fé establece la jurisprudencia nacional

3.2.1 Seguridad Jurídica. Respecto a la seguridad jurídica la Corte Constitucional Sentencia T502/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, ha señalado que es un principio fundamental de rango Constitucional y se está contenido tanto en el preámbulo de ordenamiento Superior como los artículos 1°, 2°, 4°, 5° y 6° del mismo, que es transversal a la estructura del Estado de Derecho, tiene varias dimensiones y que en “...términos generales supone una garantía de certeza”. (Corte Constitucional, 2002)

Así mismo, la Corte en Sentencia C 250/12 M.P. Humberto Sierra Porto sobre la seguridad jurídica en términos generales expresa que otorga certeza sobre las competencias de la autoridad administrativa o jurisdiccional, sobre el procedimiento que se seguirá y la sanción o consecuencia del actuar de los asociados en un estado social de derecho. (Subrayado fuera del texto) (Corte Constitucional, 2012)

De los aspectos analizados por la jurisprudencia se colige que la seguridad jurídica dado que es transversal al ordenamiento jurídico es, de aplicación no solo en materia jurisdiccional sino administrativa y se debe ver reflejada en aplicación del debido proceso dentro del cual se encuentra inserto el principio de legalidad. Este principio de rango Superior se evidencia en la preexistencia de una norma o ley clara la cual delimite y establezca el alcance de los instituciones jurídicas especialmente si estas se tratan de aspectos que implican “sanciones” en sentido amplio y repercusiones en su economía y patrimonio personal así como, su buen nombre ante situaciones que no se presentan como suficientemente claras para los eventuales procesados. (Corte Constitucional, 2012; Corte Constitucional, 2002)

De otra parte en sentencia C 350/09 la Corte acerca de los Conceptos jurídicos indeterminados expresó...“En el sistema jurídico existen sinnúmero de disposiciones normativas que contemplan conceptos jurídicos indeterminados, en ocasiones, incluso con un muy alto grado de vaguedad o ambigüedad.”...que el lenguaje del derecho es el lenguaje natural, no es de carácter técnico.[3] “Por lo general, el derecho usa el lenguaje ordinario. En esa medida, los sistemas jurídicos de toda sociedad deben lidiar con los problemas de indeterminación de sentido, propios de todo lenguaje natural, a saber: la ambigüedad, la vaguedad o la textura abierta. .. Se entiende que una expresión es ‘ambigua’ cuando “(...) puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que en una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos”.

En este sentido, frente al caso que nos ocupa que se trata de un proceso que si bien es meramente resarcitorio, va dirigido a imponerle una obligación de resarcir un perjuicio, vale decir aunque no de manera técnica, se trata de una especie de sanción, y como tal debe estar más clara en su aplicación por las implicaciones que conlleva, en el patrimonio personal del servidor

público. Entendido el perjuicio como “la ganancia o provecho que no se generó y por ello a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento”

En lo concerniente al principio de confianza legítima en la administración y el principio de buena fé en Sentencia C-131/04 la Corte Constitucional expresó: “En tal sentido cabe señalar que como corolario del principio de la buena fe, la doctrina y jurisprudencia foráneas, desde mediados de la década de los sesentas[10], han venido elaborando una teoría sobre la confianza legítima, el cual ha conocido originales e importantes desarrollos a lo largo de diversos pronunciamientos de esta Corte”.

Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos;

En este orden de ideas, encontramos que para la Real Academia Española el termino confianza significa “esperanza firme que se tiene de alguien o algo”, lo que representa un concepto inmaterial propio de las emociones y sensaciones. Al incluir el calificativo de legítima “se evoca la idea de una confianza razonable, honesta y debidamente justificada (Hernández, G. V. (2008). La defraudación de la confianza legítima: Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad de Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.)

Discrecionalidad Administrativa y arbitrariedad

En sentencia SU172-15 respecto de la Discrecionalidad de la administración la Corte Constitucional expresó “en el Derecho Administrativo es necesario diferenciar la existencia de

potestades regladas y potestades discrecionales. La potestad reglada se presenta cuando una autoridad está sometida estrictamente a aplicar la ley (en sentido general), si se dan determinados hechos regulados por ésta. Dicha potestad está fundamentada en el principio de legalidad, que establece que toda actividad estatal debe ser ejecutada de acuerdo a la ley. En esa medida, busca que los actos oficiales no estén regidos por el capricho o la voluntad de las personas.

Ahora bien, como es sabido, las hipótesis legalmente reguladas no agotan la totalidad de las presentes en la cotidianidad de la actividad estatal, debido a lo cual, para la prestación eficaz y célere de la función pública[49], se han diseñado herramientas que permiten la toma de decisiones, sin pasar por todo el proceso legislativo correspondiente, pero que respetan el principio de legalidad.

La principal herramienta para dar solución a esta tensión es la posibilidad de facultar a determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones discrecionales, dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general.

El postulado de la discrecionalidad administrativa, respecto al contenido y alcance que le da el ente de control a un término no definido por el legislador, en el ejercicio de función de vigilancia fiscal, las decisiones que tome, de todas maneras, están sometidas al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo.

En este estado de las cosas y una vez analizadas las instituciones jurídicas arriba referidas siguiendo con el estudio de las mismas, me remito a lo que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso ley 1437 de 2011 expresa con respecto al alcance y significado de los principios, señalados en el artículo 3 del CPACA se destacan los siguientes:

- El Debido proceso, que las actuaciones administrativas se ajustaran a las normas constitucionales y legales de procedimiento y competencia y en materia sancionatoria, se deberán sujetar además a los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones,
- En virtud de la buena fe, se presume el leal comportamiento de las autoridades y de los particulares en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. (Artículo 3 Ley 1437 de 2011)

En este sentido, es necesario tener en cuenta que sin bien es cierto la Acción Fiscal es resarcitoria y no sancionatoria, también lo es que se trata de un reproche que le implica al encartado o presunto responsable una afectación personal y pecuniaria que en virtud del debido proceso administrativo, la situación fáctica que da origen a tal reproche fiscal debería estar expresa y no como en algunos de los casos inmersa e interpretada en normas que corresponden al derecho blando, lo que en mi concepto expone al riesgo de vulneración del principio de legalidad de rango constitucional, la seguridad jurídica para los gestores fiscales ante la no existencia previa de reglas claras al quedar al arbitrio de los entes de Control en la aplicación de los principios de la gestión fiscal establecidos en el artículo 8 ley 42 de 1993.

A manera de ejemplo se presenta en la Contraloría General de la Republica circunstancias en las cuales se les han adelantado procesos de Responsabilidad Fiscal a los alcaldes por el “perjuicio” ocasionado a las administraciones municipales por parte de ellos, al no haber generado “ intereses ” algunos recursos que estuvieron en Cuentas Corrientes y no de ahorro , recursos que por la dinámica de la inversión no se tenía previsto ejecutar en el corto plazo, esto no obstante que la ley no establece nada al respecto, es decir no impone obligatoriedad de consignar en cuenta de ahorro, el único deber que se impone al servidor público en estos casos es el de la salvaguarda del recurso.

El presunto daño se estableció como el perjuicio sufrido en los recursos de los entes municipales, por el monto de recursos que se suponen no ingresaron a las arcas por concepto de rendimientos financieros, vale resaltar que no se trata de un daño emergente toda vez que el recurso no se perdió ni se malversó sino por un presunto Lucro Cesante al no recibirse dichos rendimientos por parte de la entidad bancaria receptora, circunstancia que no era previsible por los gestores fiscales llamados a responder.

Igualmente, se trae a colación otro caso de proceso por presunto “perjuicio” fue fallado en enero de 2017 en donde se realizó reproche fiscal al representante legal de INVIAS y al contratistas de dicha entidad, por los “rendimientos financieros dejados de percibir”, es decir aquellos que nunca se generaron y por ende no ingresaron al patrimonio público en virtud del manejo del anticipo de un contrato del año 2009, esgrimiendo que no hubo un adecuado y “eficiente” manejo (principio de eficiencia) en la administración del anticipo en procura de maximizar sus resultados, esto por cuanto el anticipo recibido por el contratista, se manejó en una cuenta corriente y no de ahorros para efecto de obtener rendimientos financieros.

Proceso que se le adelantó a los presuntos responsables fiscales, pese a, de una parte, la existencia de estipulación contractual con tal condición, es decir que se abriría para tal fin una Cuenta Corriente, y de otra, la no existencia de normatividad legal y expresa alguna que obligará en tal sentido.

Ahora bien, vale anotar que, no obstante, que en el proceso en referencia, se profirió fallo sin responsabilidad, los servidores públicos soportaron este, por aproximadamente 2 años, mediante los cuales tuvieron que dar un duro debate jurídico para repeler el objetivo que es el resarcimiento.

Así las cosas, es de considerar que el mero hecho que no ingrese al patrimonio público recursos, sin que medie el incumplimiento a un imperativo legal, o la incursión en una prohibición de tal suerte que por tal actuar, se haya generado un perjuicio económico debe ser objeto de revisión y/o ajustes en virtud de la seguridad o certeza jurídica en la administración. Pública.

En los casos en donde se advierte estos cuestionamientos se evidencia que el análisis obedece a una interpretación de los Principios rectores de la Gestión Fiscal y de la Administración Pública, eficiencia, eficacia, economía entre otros, que en cada caso a bien tuvo realizar, el ente de control en sus dos momentos de la Vigilancia Fiscal, primero en la auditoria y posteriormente en el proceso de responsabilidad.

En esta consecuencia con lo anterior, se establece que los conceptos de seguridad jurídica, principio de legalidad y confianza legítima en la administración (entendida como una proyección de la buena fe) apuntan a señalar en el campo de la administración, que sus agentes, gestores fiscales, conozcan y tengan la certeza y la seguridad de las circunstancias o situaciones, a las que se expone por un eventual perjuicio que se puede interpretar como lucro cesante considerado éste, como el ingreso que no se generó para el patrimonio público.

3.3 El Servicio Público para la consecución de los fines del Estado

El Estado Colombiano está provisto de una estructura orgánica y funcional a nivel nacional compuesta de las tres Ramas del Poder Público, órganos de Control, órganos de régimen especial y organización Electoral y todo este engranaje está orientado al desarrollo de los Fines esenciales del Estado preceptuado en el artículo 2º Superior "... servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los

afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación.” (Subrayado fuera de texto) (Artículo 2 Constitución Política Nacional)

En el logro de hacer efectivo los derechos de los asociados, la estructura estatal cuenta personal que está a su servicio y de la comunidad, que son los servidores que ejerce función pública en sus diferentes modalidades, esto de conformidad con el artículo 123 Superior que expresa que son servidores públicos, los de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, en sus entes descentralizados territorialmente y por servicios y particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, para lo cual la ley regulará su ejercicio.

El artículo 124 de la Carta Política Colombiana igualmente, establece que mediante que la ley se encargará de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la forma de hacerla efectiva. De este artículo se pueden extraer varios preceptos básicos y fundamentales:

Ratifica el principio básico de la responsabilidad de todo servidor público por sus actos u omisiones.

Crea la reserva legal de la responsabilidad (por acción, omisión, y por extralimitación).

La ley podrá configurar diversas clases de responsabilidad: política, patrimonial de naturaleza penal y disciplinaria y fiscal. A cada una de ellas atañe varios mecanismos de hacerlas valer, sin que la ley prohíba hacerlas simultáneas e independientes entre sí”. (Cardenas, 2002)

Así mismo, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el Artículo 6° de la Constitución Política Nacional “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. (Subrayado fuera de texto) (Artículo 6° de la Constitución Política Nacional)

De acuerdo con el precepto constitucional aludido, se hace más gravosa la responsabilidad de los servidores públicos que a los particulares, ello toda vez que el deber ser de su función es contribuir, desde su rol y naturaleza de la entidad pública a la que pertenezca, al logro de los fines del estado.

3.4 Responsabilidades de los servidores públicos

En el ejercicio de sus funciones los servidores públicos, están expuestos a incurrir, por acción u omisión en las diferentes clases o tipos de responsabilidades, cuando una actuación no se ajuste a la ley o los reglamentos pertinentes y estas pueden ser: Civil o patrimonial (la cual genera la Acción de Repetición), Disciplinaria, Penal y Fiscal; cada tipo de responsabilidad es independiente y con un mismo hecho pueden concurrir dos o más responsabilidades.

Todo servidor público está al servicio del Estado y el ejercicio de sus funciones se debe realizar de acuerdo con las formas previstas por el ordenamiento jurídico (CPC, la ley y el reglamento) y de esta manera su responsabilidad y la forma de hacerla efectiva se encuentra determinada en la ley.

Con el fin de establecer un comparativo entre los diferentes tipos de responsabilidades para efecto Para abordar el tema es necesario conocer cada uno de los tipos de responsabilidades de los servidores públicos los cuales me permitiré explicar a continuación.

El artículo 124 de la Constitución Política, preceptúa que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Los servidores públicos en ejercicio de sus funciones están expuestos al diferente tipo de responsabilidades a saber,

- Civil o Patrimonial

- Disciplinaria
- Penal
- Fiscal

Responsabilidad Civil o Patrimonial (Acción de Repetición)

La responsabilidad civil de los servidores públicos, también llamada responsabilidad administrativa o patrimonial tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia que preceptúa: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste” (artículo 90 Constitución Política Nacional)

El inciso segundo del artículo mencionado establece la institución jurídica denominada Acción de Repetición, que fue desarrollada por la ley 678 de 2001 y según la cual ésta acción es el medio con que cuenta el estado para que le sean reintegrados los recursos que ha tenido que pagar a uno de sus asociados cuando mediante una sentencia o conciliación ha sido condenado, esto por una actuación activa u omisiva, dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, (servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas).

La Acción de Repetición se encuentra definida por el artículo 2 de la ley 678 de 2001 y es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público o contra el particular que investido de una función pública que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto

Exactamente la repetición se origina del inciso segundo del citado artículo cuando expresa que el estado repetirá contra su agente cuando éste haya dado lugar al pago, por una conducta dolosa o gravemente culposa.

Para este tipo de responsabilidad el artículo 5º de la ley 678 de 2001 establece qué se entiende por dolo y en qué eventos se presume el mismo, indicando que “la conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado” y señala: obrar con desvío de poder es decir buscando fines distintos al mejoramiento de la función pública, expedir actos administrativos con falsa motivación o viciados en su motivación por la no existencia de hecho o la norma que se esgrime como fundamento de una decisión, por los mismo hechos que le sirvieron de fundamento a la Acción de la Repetición haber sido declarado responsable penal o disciplinariamente a título de dolo.

Así mismo, el artículo 6 de la citada ley señala como conducta gravemente culposa el daño a consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, e indica: la violación manifiesta e inexcusable de la ley, la falta de competencia o abuso de esta para proferir una de decisión anulada, determinada por inexcusable error; omitir las formas o lo sustancial para que los actos administrativos sean válidos, violar el debido proceso en lo referente a detenciones. (ley 678, 2001)

Este tipo de responsabilidad es declarada mediante una Acción de Repetición, la cual es impetrada ante lo contencioso Administrativo en contra de un agente público para cobrarle lo que el Estado ha tenido que pagar al ser condenado, esto por su actuar dolosa o gravemente culposos.

Responsabilidad Disciplinaria

El fundamento Constitucional de la responsabilidad disciplinaria lo encontramos en el artículo 277 Superior, cuando establece entre otras funciones del Procurador General de la Nación la de velar por la diligencia y eficiencia de las funciones administrativas, vigilar la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, realizar las investigaciones disciplinarias correspondientes e imponer las sanciones conforme a la Ley. Por su parte la ley 734 de 2002 desarrolla el canon constitucional estableciendo el Código Disciplinario Único el cual contiene a manera de catálogo los derechos, deberes y prohibiciones de los servidores públicos así como, las faltas, su clasificación de gravísimas, graves y leves y sus sanciones respectivas.

El proceso disciplinario es adelantado por la Procuraduría y por ende es administrativo, y tiene connotación sancionatoria, por cuanto está dirigido a reprimir y prevenir la comisión de conductas que afecten la moralidad pública, representada en la afectación al deber funcional de la entidades públicas de cualquier nivel, al encontrarse de manera expresa en la ley los comportamientos constitutivos de reproche disciplinario, así como las faltas y sus respectivas sanciones, con antelación al hecho que se atribuye, es pues de observarse, que dicho proceso se advierte ajustado al principio de legalidad.

A este tipo de responsabilidad, pertenecen aquellas conductas de los servidores públicos que, sin ser delito, estos afectan y perturban el cabal funcionamiento de la función pública, estas conductas son denominadas faltas disciplinarias, las cuales se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Es así como el artículo 34 del Código Disciplinario, por ejemplo establece como deberes el utilizar los bienes, los recursos, las facultades asignados para el desempeño de su cargo o función, cuidar la documentación e información que por razón de su cargo tenga a su cuidado,

desempeñar su cargo o función sin obtener otros beneficios fuera de las contraprestaciones de ley, cumplir los requisitos para acceder a un cargo, realizar de manera personal sus funciones o tareas asignadas, dedicar todo el tiempo de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, atender y resolver los asuntos en orden de llegada, salvo prelación legal o urgencia manifiesta y motivar las decisiones que la ley exija.

De igual manera el artículo 35 de la ley 734 de 2002 dispone de un catálogo de Prohibiciones para los servidores públicos, entre estas las siguientes, el incumplimiento de los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la ley, es decir está prohibido el no acatar el ordenamiento jurídico en sentido lato; Imposición a otro servidor público actividades diferente a sus funciones, Solicitar, directa o indirectamente regalos o favores, tomarse las oficinas públicas se manera indebida , realizar actos violentos, dejar de hacer o retardar algo a su cargo.

Como se advierte en todo el listado de deberes y prohibiciones anteriormente expuesto constituye seguridad jurídica, toda vez que los comportamientos que son reprochados, previamente se encuentran estipulados en la ley como prohibidos o como deberes a los que se deben ajustar los sujetos disciplinables. En este sentido por ejemplo, no se observa en la acción fiscal comportamientos específicos que comporten reproche fiscal sino postulado y principios generales y abstractos como la eficiencia, la eficacia, economía y equidad que en su aplicación por su disímil de su contenido y alcance no genera la certeza de que el actuar se encuentra en la línea delgada de ser reprochado.

Responsabilidad Penal:

La Responsabilidad Penal es una clase de responsabilidad aplicable a los servidores públicos que en ejercicio de sus funciones, se le imponen sanciones penales cuando hayan cometido

hechos que se encuentran tipificado como delitos contra la Administración Pública en la legislación penal.

La responsabilidad penal y la civil a diferencia de las responsabilidades disciplinaria y fiscal son de naturaleza jurisdiccional y no administrativa, toda vez que las consecuencias de la ejecución de cualquiera de los tipos penales enmarcados dentro de los delitos contra la Administración pública preceptuados en los artículos del título XV del Código Penal Colombiano (ley 599 de 2000) son establecidas por un juez de la Republica, así como, la Acción de repetición ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre tanto que las disciplinaria y fiscal son proferidas por una autoridad administrativa, Ministerio Público (Procuraduría o Personerías) y Contralorías respectivamente.

Entre los delitos establecidos contra la Administración Pública tenemos:

El Peculado en sus diversas modalidades, -Peculado por apropiación que es la típica sustracción o aprovechamiento de recursos públicos, que se tienen en administración o cuidado, ya sea a favor del funcionario, o de un tercero; -Peculado por Uso cuando el servidor público usa o permite que otro use los bienes del Estado; -Peculado por Aplicación Oficial Diferente cuando cambia el servidor público la destinación de los recurso a programas o rubros no previstos.

El delito de Concusión alude a que un servidor público abusando de su cargo obligue o insinué a alguien a darle a él o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad.

El Cohecho es un delito que tiene dos modalidades Propio cuando un servidor público para retardar o dejar de hacer un acto propio de su cargo, o para realizar uno contrario a sus deberes oficiales, recibe o acepta dinero u otro beneficio para sí o para un tercero y el Cohecho Impropio cuando el servidor recibe dinero o una promesa de algo para sí o para otra persona, por hacer algo que debe realizar en ejercicio de sus funciones.

La Celebración Indevida de Contratos este delito establece que el servidor que en razón de su cargo y con el fin de obtener beneficio ilícito para sí o para el contratista, o para un tercero, celebre o tramite, liquide contratos sin los requisitos legales.

Y por último en esta selección de los delitos tenemos el de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales, el cual previene al servidor público de tramitar contratos sin la sujeción a los requisitos legales esenciales o de liquidarlos sin verificar su cumplimiento.

Conforme a lo anterior, bien se observa que en cada tipo penal descrito, se encuentra identificada claramente la situación que da lugar a la imposición de la sanción penal, expresión del principio de legalidad inmerso el debido proceso lo que genera para el servidor público seguridad jurídica propia de los estados modernos garantes de los derechos y libertades de sus ciudadanos.

Responsabilidad Fiscal

Dado que la responsabilidad fiscal es el eje fundamental de la presente investigación, ha sido objeto de análisis en los capítulos anteriores, sin embargo, a manera de colofón reiteramos sobre las características principales y particularidades de este tipo de responsabilidad y la manera de originarse.

Este tipo de responsabilidad es relacionada con la administración y el manejo de los recursos públicos del estado, tiene como objetivo controlar la gestión de los servidores públicos que ejercen la gestión fiscal, o los particulares cuando administran bienes o fondos públicos y causen por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa un daño al patrimonio del Estado.

Su fundamento constitucional es el artículo 6to. C.P.C y en el numeral 5to. del artículo 268 Constitucional, el cual atribuye al Contralor General de la Nación (y a las contralorías territoriales, por remisión del artículo 272, inciso 5to.), la competencia para establecerla. Así

mismo el fundamento legal para su desarrollo se encuentran en las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que prescriben establecen los trámites de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

Se debe tener en cuenta respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad fiscal que.

La responsabilidad fiscal por expresa disposición del numeral 5 del artículo 268 de la Carta Política tiene dos variantes claramente diferenciadas: la sancionatoria y la resarcitoria, instrumentos a través de los cuales los organismos de control fiscal garantizan la debida protección que deben recibir los bienes y fondos públicos confiados a la gestión de servidores públicos y particulares (C-586/95)

Así mismo, respecto a la Responsabilidad Fiscal la Corte Constitucional en sentencia SU-620 DE 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell: expresa: que la responsabilidad se declara a través de un proceso, es decir de un conjunto de actuaciones que realizan las contralorías para determinar la responsabilidad que le asiste a los servidores públicos y a los particulares, por el manejo irregulares de los recursos públicos. Expresa igualmente la sentencia en mención que el proceso fiscal busca obtener una declaración jurídica, que indique de manera certera y clara que un funcionario o un particular debe asumir las consecuencias derivadas de las irregularidades en la gestión fiscal que ha realizado y que por ello está en la obligación de reparar el daño patrimonial al estado.

De igual forma, la sentencia aludida podemos deducir que el proceso de responsabilidad fiscal tiene las siguientes características:

- Su naturaleza es administrativa
- Es Patrimonial

- Es Autónoma e independiente, es decir que se puede adelantar si perjuicio de cualquier otro tipo de responsabilidad.

En el proceso fiscal, debe realizarse con observancia del debido proceso

Igualmente expresa, que para la estimación del daño debe acudirse las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad y por ello, el mismo debe tener las siguientes características:

- Daño Cierto: esto se refiere a la realidad de su existencia.
- Daño Anormal: Que en principio, no sea producto del desgaste natural de los bienes.
- Daño Cuantificable: Se debe establecer en cifras concretas y en su real magnitud.
- Daño Actual: El daño puede ser pasado o actual, sin que se pueda establecer responsabilidad fiscal con base en daños futuros, porque estaría basado en presunciones, .debe estar probado, y no calculado con base en presunciones. Los daños inciertos no son indemnizables y se debe mirar que además de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio”

El objeto del proceso fiscal es determinar la responsabilidad fiscal a efectos del resarcimiento de los recursos que por una gestión inadecuada que no consulta con los principio de economía, eficiencia, eficacia, por dolo o culpa grave ha dado lugar a daño patrimonial de los recursos de los que salieron y los que no ingresaron al patrimonio público, por parte de los gestores fiscales, que son una categoría de servidores públicos que realizan las actividades de la gestión Fiscal.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo con las generalidades de los tipos de responsabilidades de los servidores públicos. Ver tabla 1.

Tabla 1. *Responsabilidades de los Servidores Públicos*

	Responsabilidad Civil	Responsabilidad Disciplinaria	Responsabilidad Penal	Responsabilidad Fiscal
Fundamento Constitucional y legal	Artículo 90 CPC. y la ley 678 de 2001	Artículo 277 CPC. Ley 734 de 2002	título XV del Código Penal Colombiano (ley 599 de 2000)	Artículo 6to y en el numeral 5to. del artículo 268 de la CPC Artículo 267 CPC Ley 610/00 1474 de 2011
Característica	Patrimonial	Sancionatoria	Proteger los bienes jurídicos tutelados por la ley.	Resarcitoria
finalidad	Busca reintegro de lo pagado por el Estado por sentencia condenatoria o conciliación	Salvaguardar la moralidad pública	Pretende proteger el correcto funcionamiento de la administración pública	Busca el resarcimiento del detrimento patrimonial sufrido por una gestión fiscal deficiente, ineficaz y antieconómica
Naturaleza del proceso	Jurisdiccional	Administrativa Sancionatoria	Jurisdiccional	Administrativa-Patrimonial
Autoridad	Rama judicial Contencioso Advo.	Ministerio Público (Procuraduría y Personerías)	Rama judicial	Contralorías

Fuente: Información extraída de las leyes 678/01, 599/00 y 610/00

3.5 Responsabilidad Disciplinaria Vs Responsabilidad Fiscal:

Las responsabilidades derivadas de estos dos tipos de procesos son autónomas e independientes, cada uno se incoa sin perjuicio del otro, la responsabilidad disciplinaria tiene una naturaleza sancionatoria, en tanto que la responsabilidad fiscal tiene una naturaleza eminentemente resarcitoria puesto que busca la recuperación de los daños generados por una gestión fiscal irregular, ambas son administrativa toda vez que establecen la responsabilidad del servidor público investido de función administrativa,

La finalidad en el proceso disciplinario es de carácter sancionatorio y para garantizar el buen funcionamiento de la gestión pública, mientras que en el proceso de responsabilidad fiscal la

declaración tiene una finalidad eminentemente resarcitoria que procura lograr el resarcimiento por el menoscabo patrimonial ocasionado a la entidad.

De igual manera expresa la Corte Constitucional que “... que la sanción fiscal y la sanción disciplinaria surgen de procesos de muy distinta naturaleza que buscan resarcir daños de diferente índole, toda vez que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica y el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial.” (Sentencia C – 661 del 8 de junio de 2000, M.P.: Álvaro Tafur Galvis)

3.6 Responsabilidad Fiscal Vs Responsabilidad Civil (Acción de repetición)

Sobre las diferencias y similitudes entre la responsabilidad fiscal y la Acción de repetición expresó el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, el 6 de abril de 2006, Magistrado Ponente; Flavio Augusto Rodríguez Arce, Radicación No. 1716): lo siguiente:

- Que ambas figuras jurídicas son mecanismos procesales
- Autónomos e independientes
- Tienen diferente naturaleza, la naturaleza de la repetición es judicial y la del proceso fiscal es administrativa.
- No son acciones subsidiarias, ni su ejercicio es discrecional, por ello no se pueden interponer de manera indiscriminada.
- El objeto de ambas figuras es afín, buscan resarcir los daños al patrimonio público, sin embargo, tienen una condición de aplicación diferente, en la repetición es el daño antijurídico ocasionado a un tercero por un agente del Estado, que impone a la administración la obligación de obtener de éste el reembolso de lo pagado a la víctima. El del proceso fiscal está constituido por el daño directo al patrimonio del Estado por el ejercicio de la gestión fiscal,

irregular e inadecuada causada por servidores públicos y personas de derecho privado que manejen bienes y fondos públicos (art. 1° Ley 610, 2000).

Del análisis comparativo de las instituciones jurídicas, podemos observar que la mayoría de las situaciones constitutivas de faltas o reproches de tipo disciplinario o penal se encuentran de manera taxativas en el ordenamiento jurídico, no así, en todos los ámbitos de lo fiscal, como los es, en el caso que nos ocupa relacionado con el “perjuicio” como una de las formas de daño o detrimento patrimonial.

Resulta claro para un gestor público, representante legal, tesorero, almacenista tomar decisiones acertadas cuando los aspectos bajo su decisión se encuentran debidamente reglados, como lo es en la mayoría de temas o asuntos de la administración de lo público, es decir que la ley le traza derroteros o pautas para actuar.

Todo ello nos lleva a plantear la existencia en cierta forma de un panorama en el cual no se observa claramente seguridad jurídica, entendida como ese conocimiento previo de las situaciones que eventualmente pueden ser riesgosas, como en los casos anteriormente ilustrados acerca de los rendimientos financieros que no fueron percibidos por la entidad pública al tener unos recursos en cuentas corrientes, en los casos de los alcaldes e INVIAS en los recursos del anticipo, vale anotar que para la época de este segundo caso no existía normatividad legal que exigiera que la cuenta del anticipo debiera generar rendimientos financieros. A la fecha ley de contratación estatal tampoco lo exige, sino el manejo del anticipo por medio fiducia.

Así mismo, se evidencia que se adelantó acción Fiscal en diligencias preliminares contra un alcalde por el presunto detrimento patrimonial sufrido por su municipio, al considerar que el no haber cumplido a cabalidad con los requisitos de los proyectos, necesarios para recibir unos

recursos es violatorio del principio de eficacia y con ello se generó daño fiscal, pese a que efectivamente el recuso no fue desembolsado por la entidad aportante de tales recursos.

En punto de esta situación se puede advertir dos aspectos, si es cierto el municipio perdió la oportunidad de realizar un proyecto que le representa una mejora para la población, también lo es que estos recursos no fueron menoscabados habida cuenta no salieron de la órbita de su origen y a todas luces no se advierte daño fiscal y por tanto en gracia de discusión se podrá generar otro tipo de responsabilidad diferente a la fiscal, sin embargo por la evaluación de basada en principios se dio el reproche fiscal.

En este sentido se advierte que el sistema del control fiscal colombiano, no provee la metodología o herramientas necesarias para tomar decisiones fundamentadas en principios. Por ello resulta inquietante saber ¿hasta dónde esos márgenes tan amplios para la aplicación de esos principios de manera discrecional de los Entes de Control Fiscal, en estos casos específicos objeto de análisis pudieran generarse o exponerse al riesgo de ser arbitrarios?

De otra parte, es importante tener en cuenta que, dado el nivel de corrupción evidenciado en malos manejos de los recursos públicos, malversación y desgreño administrativo se constituye en una constante en nuestro país y que le asiste a los entes de Control, en el caso específico de la Contraloría, evaluar la gestión fiscal bajo los principios de la Gestión Fiscal de conformidad con el artículo 8 de la ley 42 de 1993 y establecer la responsabilidad que de esa gestión se derive, también resulta relevante tener de presente que, so pretexto de erradicar y resarcir los recursos de la desesperante corrupción, a cambio del inicio de proceso de responsabilidad fiscal, proceda diligencias preliminares con el fin de indagar sobre la existencia de situación de incumplimiento de la ley o de las funciones y no solo a valoraciones en ausencia de técnicas para hacer una aplicación ajustada a “Principios”, situación que mina la seguridad

jurídica, la confianza en la administración y la igualdad, que son valores relevantes para la justicia de los administrados.

Ahora bien, bajo este entendido, esta propuesta sostiene que la proposición normativa de “perjuicio” establecida en el artículo 6 de la ley 610/00 como una de las formas de daño patrimonial al Estado, cuando menos debe ser concreta y precisa en su significación y alcance para que su carácter de norma sancionadora desde la perspectiva de hecho no de derecho, sea garantista y respetuosa del principio de legalidad y la seguridad jurídica así como la confianza legítima en la administración específicamente, de los servidores públicos que funjan como Gestores Fiscales, quienes al iniciarse como tales no tendrían claros los eventos en los cuales estarían expuestos a un reproche fiscal.

En desarrollo de la investigación se observó la tesis esgrimida por el Dr Ivan Dario Gómez Lee, exfuncionario de la Contraloría General de la Republica y exauditor General de la Republica quien en su libro “Responsabilidad Fiscal y Gerencia de Recursos Públicos”, expresó sus inquietudes respecto de la seguridad jurídica por el riesgo a que se exponen los Gestores Fiscales de las Empresas en las cuales debe Administrar al tiempo que debe prevenir los Riesgos de la Gestión, dadas las implicaciones fiscales que ello le puede acarrear, al respecto Gómez Lee expreso:

“Riesgo empresarial- En lo que tiene que ver con las implicaciones fiscales del cambio de naturaleza jurídica o transformación empresarial de una entidad, sus efectos patrimoniales son enormes. Una decisión equivocada puede llevar a que una empresa rentable pase a la quiebra. De ahí que los gestores fiscales que adopten la decisión, por ejemplo, una junta directiva o la asamblea de accionistas, deban valorar los riesgos del negocio futuro”.

Así mismo, indica Gomez Lee que “ Un aspecto relevante en las situaciones jurídicas difíciles de resolver tiene relación con la definición del daño. Si una empresa en la cual el Estado tiene participación fracasa por una gestión gravemente culposa, por cuenta de una fusión u otra modalidad de actuación como las que se analizan, cabe preguntarse si el gestor fiscal le responderá al Estado patrimonialmente por el aporte real realizado en la nueva compañía, con actualización a valor presente, o le deberá responder por toda la expectativa de utilidad o de ganancia futura. Por otro lado, si con decisiones equivocadas ese gestor fiscal asumió el riesgo de invertir con un loable propósito de beneficiar al Estado, resulta proporcional que el concepto de daño se limite al monto de la inversión perdida, sin que se extienda a todas las utilidades proyectadas, comoquiera que ello podría resultar excesivo ante la situación evidente de que el Estado se hubiera beneficiado en caso de contar con suerte o éxito”.

Resulta interesante el planteamiento que hace acerca del riesgo de los negocios al expresar: que “...Cuando de buena fe se corre un albur o un riesgo en el mundo empresarial y se pierde, solo cuando se es excesivamente negligente o descuidado debe responderse por el daño. Obviamente, distinta será la óptica para evaluar la gestión empresarial en un negocio ilícito o para favorecer indebidamente a un tercero, comoquiera que en la perspectiva del dolo no se puede ser clemente ni tolerante, al momento de sancionar a los corruptos. Por ello en este último evento la racionalidad indica que la responsabilidad patrimonial comprenderá la pérdida ocasionada a la empresa y las utilidades esperadas”.

La postura de Gomez Lee frente a un riesgo que se materializó la pérdida en un negocio ilícito o por favorecer a un tercero, el gestor fiscal debe responder tanto por el daño causado como por los perjuicios. Planteamiento que confirma la propuesta en el sentido de que los

perjuicios que deben ser resarcidos son aquellos originados en eventos dañinos ocasionados con desconocimiento abierto a la ley o reglamento y que fueron realizados con intención de buscar el objetivo logrado o negligencia o desidia administrativa, lo cual resulta razonable y muy lógico.

Continúa sus planteamiento expresando que “.., reparar el daño es resarcir la cuantía de la inversión inicial trayéndola a valor presente con indicadores racionales de rentabilidad. Este planteamiento es razonable frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que recuerda a las contralorías el deber constitucional de buscar la reparación plena del daño, con criterios de proporcionalidad. Por ello la ecuación propuesta es quizá la manera de encontrar un equilibrio acorde a la Constitución y fijar criterios proporcionales para configurar responsabilidad en la gestión fiscal empresarial, en donde no toda consecuencia de un riesgo puede ser censurable.

Efectivamente en el quehacer del control fiscal se encuentran situaciones de casos difíciles, en los cuales se deben analizar con criterios de proporcionalidad, de forma tal que no se constituyan en herramienta de injusticia pero menos aún patente para la impunidad.

Finalmente, como el objetivo de la presente investigación no es concluir en el sentido que se requiere una reforma de la ley, ni mucho menos, se pretende con la respuesta al problema jurídico planteado, proponer reflexiones que contribuyan al logro de mayor eficiencia y eficacia en el ejercicio del Control, por parte de los entes de Control Fiscal mediante la adopción e implementación de mecanismos técnicos para la aplicación de los principios del control fiscal fiscales los cuales se desprenden de los establecidos para la Función Pública de arraigo constitucional, que permitan en sujeción a la legalidad una evaluación adecuada que le salga al

paso a la corrupción, al tiempo que garantice a los auditados el principio de la seguridad jurídica y la legalidad, mediante los cambios aproximaciones como contribución a la generación de reflexiones sobre las falencias en la aplicación y alcance del control fiscal y en el caso específico en el cual se pudieran estar presentando injusticias originadas de una parte en la deficiencia de la ley, toda vez que no existe un derecho fiscal y los referente normativos son pocos muy débil, con vacíos, que así como puede generar injusticias, también impunidad con los recursos que no logran ser recuperados por la misma fragilidad de la ley y deficiencias en los procedimientos.

En armonía con todo lo anteriormente expuesto, se procede a resolver el problema jurídico planteado de qué manera la indeterminación del concepto de perjuicio como una forma daño patrimonial al estado lesiona el principio de seguridad jurídica de quién se le atribuye responsabilidad fiscal? Es decir lesiona o expone al riesgo la Seguridad Jurídica de un gestor Público ante un reproche fiscal, el hecho de que no se encuentre determinado el contenido y alcance del termino “perjuicio”?

La Corte Constitucional respecto al perjuicio en sentencia C-840 de 2001 instó a las Contralorías al resarcimiento integral, refiriendose al daño emergente (valor del daño) y lucro cesante (perjuicio), es decir como la ganancia o el recurso que no generó y por ende no ingresó al patrimonio.

En este sentido debe entenderse que el perjuicio de que trata el artículo 6 de la ley 610 de 2000, es el que se generó como consecuencia previa de un daño y no un perjuicio que de manera aislada establece en su análisis de valoración del principios el ente de control fiscal, sin que medie inobservancia legal.

Como respuesta al interrogante anteriormente planteado, con fundamento en el análisis realizado de la información recabada, se considera que se expone pone en riesgo la Seguridad Jurídica, por la indeterminación del concepto perjuicios, antes los casos en los cuales, un daño fiscal se valora por lo recursos que no se generaron y por ende no ingresaron al patrimonio del estado, sin que medie el desconocimiento a una norma legal o de funciones o que se produzca por descuido o negligencia grave, y en este sentido efectivamente se considera la existencia de riesgo de violación a la seguridad jurídica, habida cuenta que estos actos son susceptible de ser demandados en la jurisdicción Contenciosa Administrativa y es en esta medida en que el riesgo de vulneración de la Seguridad Jurídica y la Legalidad se puede atenuar o conjurar.

En este orden de ideas y previo, a presentar las conclusiones y recomendaciones del presente estudio, con las que se esperan una suerte de críticas y reflexiones, se realizan las siguientes acotaciones a efecto de ambientar las mismas.

En un Estado Social de Derecho, como lo es el Colombiano la consecución de sus fines, se concretizan por medio de la función pública entendida ésta como todo el conglomerado de las actividades que realiza el estado, a través de las sus entidades y particulares revestidos de facultades para su ejercicio, mediante la aplicación de principios, reglas y procedimientos a los funcionarios y servidores públicos que se encuentran investidos de función pública, según la Constitución y la ley.

De acuerdo con el mandato de la norma Superior los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, en tanto que los servidores públicos lo

son por igual causa y por omisión o extralimitación de sus funciones., de igual forma a los servidores públicos solo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución y las leyes y de ello son responsables y particulares pueden hacer lo que éstas no les prohíba. En tal sentido se evidencia que la ley resulta más gravosa para los agentes público dado que sobre éstos recae la salvaguarda del interés general.

De acuerdo con lo anterior cuando el actuar de los servidores públicos no consulte el interés general, la ley prevé distintos tipos de responsabilidades: disciplinaria, civil, fiscal y penal.

Del análisis comparativo de los distintos tipos de responsabilidades , podemos observar que la mayoría de las situaciones constitutivas de faltas o reproches de tipo disciplinario o penal se encuentran de manera taxativas en el ordenamiento jurídico, no así, en todos los ámbitos de lo fiscal, como lo es, en el caso que nos ocupa relacionado con el “perjuicio” como una de las formas de daño o detrimento patrimonial.

En el ámbito de la Vigilancia Fiscal a cargo de las Contralorías en Colombia, General de la República y territoriales, la ley 610 de 2000 sustenta la Responsabilidad Fiscal en el acaecimiento de un Daño al patrimonio económico del Estado, el cual se erige como el elemento fundamental para su atribución. Entendiéndose por daño, según la aludida ley, la lesión que ha sufrido el patrimonio del estado, representada en menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de sus recursos públicos o a sus intereses patrimoniales. Este debe ser producido una Gestión Fiscal antieconómico, ineficaz, ineficiente e inoportuna que no se ajusta al logro de los fines del estado.

Conclusiones

- ✓ Como quiera que en Colombia la normatividad en materia de control fiscal es escasa, incompleta y dispersa, se hace imprescindible la formulación de una política, que se constituya y dé origen, dentro del ordenamiento jurídico nacional a un Derecho de Control Fiscal, el cual otorgue seguridad jurídica tanto para los sujetos auditados como para los entes de Control Fiscal en ejercicio de la Vigilancia Fiscal de la Gestión Fiscal.

- ✓ El ejercicio de la vigilancia fiscal se realiza bajo los principios de la gestión fiscal como de la función administrativa, eficiencia, eficacia, economía, sin embargo, para esta valoración principialista los entes de Control Fiscal no cuentan con reglas o mecanismos de ponderación para su aplicación. Esta evaluación de la gestión en ausencia de dichos mecanismos, genera, en ciertos casos, como en aquellos que la ley no tiene reglado el actuar de los servidores públicos, riesgo de vulneración de principios fundamentales, como el de la seguridad jurídica y legalidad, según los cuales la falta o conducta, por las cuales se le realiza proceso fiscal, debe encontrarse previamente establecida en norma o disposición legal, de forma específica y clara, de tal manera, que le genere certeza y convicción al funcionario, del actuar que le puede generar reproche por parte de los entes de control

- ✓ Por lo anterior, se requiere de la implementación en el Sistema del Control Fiscal en Colombia, de instrumentos para la evaluación de la gestión pública basada en la ponderación de los principios del Control Fiscal, los cuales devienen de los de la función pública.

✓ La ley sustenta la Responsabilidad Fiscal en la ocurrencia de un Daño Fiscal y define a este como la lesión que ha sufrido el patrimonio del estado, representada en menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de sus recursos públicos o a sus intereses patrimoniales. Este debe ser producido una Gestión Fiscal antieconómico, ineficaz, ineficiente e inoportuna que no se ajusta al logro de los fines del estado.

✓ Dado que el concepto de gestión fiscal si bien no es un concepto universal que se predique de todas las actividades en la administración pública, como lo expresa la jurisprudencia si constituye la mayoría estas, y en esa medida gran cantidad de servidores públicos estarían en la órbita de la gestión fiscal y los mismos no estarían concientes ni tendrían el conocimiento de que su actuar, además de ser evaluado a la luz de la sujeción rigurosa a las normas legales en sentido lato, (leyes, reglamentos, funciones etc), tambien lo será a luz de los principio de gestión y función pública (eficiencia, eficacia, economía etc) a lo cual, deberá tener en cuenta que se le exigirá una excelente gestión y unos resultados óptimos de acuerdo con los estándares de un buen gerente público, lo que requiere tener mayor o a lo sumo igual esmero en la administración de los recursos públicos, como de los propios, por cuanto esos recursos son del interés general, sopena de verse incurso de un reproche fiscal.

✓ Dado que la ley 610 de 2000 del proceso de responsabilidad fiscal el cual define el daño en su articulo 6, ni ninguna de las referentes al Control Fiscal hace alusión alguno al significado del termino perjuicio para efecto de establecer responsabilidad fiscal al igual que no lo hace de los demás términos con los cuales define el derimento patronomial del estado

se hizo necesario para su contenido y alcance acudir al significado de este vocablo al diccionario de la RAE, así como a la doctrina y a la jurisprudencia nacional, de lo cual se concluye que ese perjuicio refiere a la figura del lucro cesante que se entiende por el dinero o a la ganancia, que la entidad pública no percibe por la ocurrencia de un daño que se le han causado, como se desprende de la sentencia C-840 de 2001 en donde la Corte Constitucional expresó que “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)” y esto ha sido a consecuencia de un incumplimiento de la ley o de sus funciones.

✓ De otra parte, se requiere que al momento de la incorporación a la administración pública, los servidores públicos, y en especial los que fungan como Gestores Fiscales, se capaciten en Control Fiscal a efectos de conocer cómo se realiza la vigilancia fiscal y cuales son los criterios y parámetros con que será evaluada su gestión, como referentes de mejores prácticas para su desempeño.

✓ A este respecto las universidades como generadoras de conocimiento, tiene el reto adelantar programas para la construcción del Derecho del Control Fiscal, como un elemento primordial en el Derecho Administrativo y no solo desde el punto de vista del derecho sino desde las distintas disciplinas del saber que participan en la administración pública, administradores de Empresas, economistas, contadores públicos y en fin todas aquellas del área de las Ciencias Sociales, Administrativas, contables y Jurídicas, con lo cual en su misión de contribuir con el desarrollo del país aportarían desde la construcción del

conocimiento a la cultura de lo público a las nuevas generaciones de profesionales y a los que se encuentran en el ejercicio de lo público, con ello aportarían en gran manera, a si bien no acabar la corrupción que un fenómeno connatural de las sociedades carentes de conciencia de la cultura de lo público, si a bajar los índice de ese fenómeno, mediante la prevención.

Referencias Bibliográficas

Ley 42 de 1993 *“Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”*.

Ley 610 de 2000 *“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*

Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*.

Ley 678 de 2001 *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”*.

Ley 734 de 2002 *“por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*

Ley 599 de 2000 *“Por la cual se expide el Código Penal”*

Ley 57 de 1887 *“Código Civil Colombiano”*

Corte Constitucional, (Noviembre Once (11) De 1993) Sentencia C-529. (Mp Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional Sentencia C-320 De 1994 (Julio Catorce (14) De Mil Novecientos Noventa Y Cuatro (1994). Mp (Fabio Moron Diaz)

Corte Constitucional Sentencias C-167 De 1995 (Abril Veinte (20) De Mil Novecientos Noventa Y Cinco (1995) Mp (Fabio Moron Diaz)

Corte Constitucional C-557 De 2009 Veinte (20) De Agosto Del Dos Mil Nueve (2009). Mp (Luis Ernesto Vargas Silva)

Corte Constitucional Sentencia C-338 (Junio 4 De 2014) Mp (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Corte Constitucional Sentencia C-840 De 2001 Nueve (9) De Agosto De Dos Mil Uno (2001) Mp (Jaime Araujo Renteria)

Corte Constitucional Sentencia Su-620 De 1996 (Trece (13) De Noviembre De Mil Novecientos Noventa Y Seis (1996). Mp (Antonio Barrera Carbonell)

Corte Constitucional Sentencia Su-619 De 2002 Ocho (8) De Agosto De Dos Mil Dos (2002). Mp (Rodrigo Escobar Gil)

Consejo De Estado, (Febrero 2012, Radicación Numero: 25000-23-24-000-2001-00064-01)

Corte Constitucional Sentencia C-250 De 2012 (Veintiocho (28) De Marzo De Dos Mil Doce (2012). Mp (Humberto Antonio Sierra Porto)

Brun, P. (2015). *Responsabilité civile extracontractuelle*. Madrid: Instituto pacifico.

Cardenas, E. R. (2002). Diferencias y relaciones entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad disciplinaria de conformidad con el tipo de control. *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública* (pág. 16). Lisboa, Portugal: Universidad del Rosario.

Galvis, R. N. (2007). *Eficacia del control fiscal en Colombia, derecho comparado, historia, macroorganizacion e instituciones*. Bogota: Universidad del Rosario.

Garcia, J. S. (2003). *Diccionario Juridico*. Bogota: Libreria Juridica Sanchez R LTDA.

- Gil Botero, E. (2006). *Temas de responsabilidad extracontractual del estado*. Medellín: Comlibros.
- Gomezzi, R. M. (2016). La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 12.
- Larenz, K. (1959). *Derecho de las obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Lee, I. D. (2014). *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos Marcos normativos y preventivos. El procesos de responsabilidad y sus procedimientos* . Bogotá: Legis.
- Mesa, M. J. (2013). *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires - Bogotá: Editorial Astrea.
- Pérez, A. S. (2012). *Las Normas del derecho blando. un analisis juridico de la reserva de instruccion sobre el derecho territorial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rivera, G. D. (2001). *El nuevo control fiscal*. Santafe de Bogotá: Jurídica Díké.
- Sanchez Torres, C. A. (2015). Aspectos sustanciales de la Responsabilidad Fiscal en Colombia. *Aspectos sustanciales de la Responsabilidad Fiscal en Colombia* (pág. 35). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Torres, C. A. (2004). *Responsabilidad fiscal y control del gasto público*. Medellín: Jurídica Díké Centro Editorial Universidad del Rasario.
- Zannoni, E. A. (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.