

# Resarcimiento patrimonial al Estado y acción fiscal

## *Heritage compensation to the State and Fiscal action*

**Yolanda M. Guerra García<sup>1</sup>**  
**Diego Luis Ojeda Peñaranda<sup>2</sup>**

Recibido: 23.4.07

Revisado: 22.5.07

Aceptado: 1.6.07

Correspondencia: ymguerra@gmail.com

### Resumen

Con la finalidad de lograr el resarcimiento patrimonial al Estado, a través de la acción fiscal, surge la inquietud sobre la competencia del Órgano de Control Fiscal para determinar responsabilidad fiscal cuando se reconoce un derecho individual mediante un acto administrativo particular y concreto, en razón a que el mismo goza de presunción de legalidad y eficacia jurídica que obliga a su cumplimiento hasta tanto el juez contencioso administrativo no ordene su suspensión o declare la nulidad del mismo.

Como el proceso de responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento del daño patrimonial causado al Estado, en desarrollo de actos de gestión fiscal, se genera una controversia jurídica cuando la Contraloría General considera que el reconocimiento del derecho, como una pensión, una prima o bonificación, es contraria a normas superiores y reglamentarias, catalogando el reconocimiento patrimonial como daño fiscal para determinar y establecer la responsabilidad fiscal, desconociendo que el acto administrativo continua produciendo sus efectos jurídicos mientras el juez competente no disponga lo contrario.

<sup>1</sup> GUERRA GARCÍA, Yolanda M. Ph. D. es docente Investigador de la Universidad Militar Nueva Granada, Departamento de Educación. Igualmente Docente Investigador de la Universidad Libre Instituto de Posgrados.

<sup>2</sup> OJEDA PEÑARANDA, Diego Luis. Catedrático, abogado, candidato a Magíster de Derecho Administrativo de la Universidad Libre.

## Palabras Clave

Acción fiscal, resarcimiento patrimonial, control previo, Contabilidad General de la Nación

## Abstract

*With the purpose of obtaining the patrimonial compensation to the State, through the fiscal action, arises the question of whether or not the Fiscal Control unit is competent to determine fiscal responsibility when an individual right by means of a particular and concrete administrative act is recognized. This is because the same act enjoys of presumption of legality unless and until the judge does not order its suspension or declares the invalidity of the same*

## Key words

*Fiscal action, patrimonial compensation, previous control and the General Accounting of the Nation*

## Acción fiscal

La acción fiscal le corresponde a la Contraloría General de la República, Departamental, Distrital o Municipal, dependiendo de la naturaleza de los bienes públicos afectados, es decir si provienen de la Nación, del Departamento, del Distrito o del Municipio. Los fundamentos legales de la función a cargo de la Contraloría General de la República, emana de los artículos 267 y subsiguientes de la Constitución Política, disposiciones desarrolladas en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, incluyendo el decreto 267 de 2000 y las Resoluciones Orgánicas que para tal efecto expide la Contraloría General de la República. Los soportes básicos de las Contralorías Departamental, Distrital y Municipal, se encuentran en el Artículo 272 de la Constitución Política, unidades que son organizadas por la Asamblea Departamental y los Concejos Distritales y Municipales.

El proceso que procede es denominado de responsabilidad fiscal, el cual es definido en el artículo 1º de la ley 610 de 2000, como "... el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de de-

terminar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado". El aparte que se encuentra resaltado, fue declarado parcialmente exequible mediante sentencia de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840-01 de 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, "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".

El fin u objeto de la responsabilidad fiscal, está preceptuado en el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, el cual es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos o particulares que realizan temporalmente funciones públicas que realizan gestión fiscal (inclusive hasta la culpa leve), buscando el reintegro del valor que represente el hallazgo fiscal o el pago de una indemnización pecuniaria. Comprende los bienes de uso público, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 de la Constitución Política.

## Reseña histórica de la responsabilidad fiscal

Referirse al tema de la *responsabilidad fiscal*, lleva ineludiblemente asumir su estudio dentro del concepto, reglamentación y evolución del *control fiscal*, específicamente su desarrollo en el país a partir del período de la colonización. Diferentes estudios históricos, como los publicados por la Contraloría General de la República<sup>3</sup>, hacen referencia al primer vestigio de control en España hacia 1319, cuando el Rey Felipe V creó la Cámara de Cuentas, dotada de poderes administrativos y jurisdiccionales, para el control de los negocios financieros de la Corona; Además del control jurídico y financiero, poseía atribuciones administrativas de mayor alcance que la rama judicial, al poder decretar la pena de muerte para aquellas personas que defraudaran los dineros del Estado. Facultad esta última, que se constituye en el antecedente más remoto del control fiscal, tendiente a evitar, sancionar, reprimir o perseguir las actuaciones irregulares que afectaban el patrimonio público; sin olvidar que España al ser una Monarquía, todas sus instituciones públicas, judiciales o administrativas reflejaban dicha organización política.

En el período de la colonización, los Reyes de España ante los resultados positivos del descubrimiento durante el primer viaje de Colón, dispusieron para los siguientes que un funcionario acompañara a los colonizadores momento en el cual surgieron los Contadores Mayores de Castilla, encargados de vigilar las riquezas que se extraían del Nuevo Continente y lo que se le reportaba a la Corona<sup>4</sup>. Consolidado el proceso de colonización, se organizaron instituciones encargadas de vigilar el manejo de los recursos públicos, estando facultadas para realizar los llamados *juicios de residencia*, como resultado de la función principal de control fiscal

Simultáneamente con la colonización, fue surgiendo la necesidad de organizar administrativamente las nuevas colonias, estableciéndose instituciones, donde se evaluaba el cumplimiento de las funciones asignadas de quienes tenían jurisdicción y mando a partir de la rendición de las cuentas de los bienes fiscales a su cargo, que debían presentar al final de su período. Con ese propósito se instauró en el año de 1511 el "Tribunal de la Real Audiencia de Santo Domingo", con sede en la isla del mismo nombre; Posteriormente se estableció en 1524 el Supremo Consejo de Indias, como un organismo que asesoraba en la administración de las colonias, acumulando poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, que se complementaba con la facultad de fiscalizar los cargos que manejaban los recursos públicos.

Como se ha visto el ejercicio del control fiscal históricamente esta asociado con la rendición de cuentas, pero fue hasta el año de 1604 cuando el rey Felipe III al crear el Tribunal de Cuentas en Santafé de Bogotá, que estableció la atribución de examinar las funciones desempeñadas por los funcionarios de la Corona, a partir de las cuentas rendidas por ellos, estando facultado para imponer sanciones por el mal manejo de los dineros y bienes estatales. Con el mismo propósito se establecieron en 1605 tribunales en los virreinos de Perú y México, quienes para esa época proveían los mayores recursos a España.

La Revolución Francesa, con su nueva teoría política del Estado que permitió el tránsito entre los estados monárquicos a las repúblicas constitucionalistas, implementó cambios fundamentales en el ejercicio del control al asumir la Asamblea Constituyente algunas de las funciones de la anterior Cámara de Cuentas, sustituyéndola por las "Oficinas de Contabilidad", que tuvieron vigencia hasta 1807, cuando Napoleón

<sup>3</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Revista economía colombiana*. Informe financiero, evolución histórica del control fiscal.

<sup>4</sup> YOUNES MORENO, Diego. *Nuevo régimen del control fiscal*, segunda edición, Editorial Diké, 1995, pág. 24.

Bonaparte crea la Corte de Cuentas, institución que posteriormente fue acogida por algunos países europeos y americanos.

El modelo de control implementado en esa época por Francia, tuvo gran influencia en la Colombia recién independizada de España, ya que ante la crítica situación financiera se adoptaron drásticas medidas para controlar los gastos, fue así como el general Francisco de Paula Santander expidió en 1819 la "Ley principal contra los empleados de la Hacienda", creándose el tribunal Superior de Cuentas que durante el mismo año se transformó en la Contaduría de Hacienda, destacándose en dicha ley la reducción a la mitad los sueldos de los empleados del Estado y la pena de muerte para aquellos funcionarios que cometieran fraude o malversación de los intereses públicos o simplemente fueran objeto de alcance fiscal como resultado del examen de la cuenta, para lo cual se requería únicamente el respectivo informe del Tribunal<sup>5</sup>.

En la Constitución de 1821, como resultado de medidas de previsión en el manejo del presupuesto y la publicidad de la contabilidad nacional, se estableció por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de la vigilancia de la gestión fiscal administrativa. Por lo tanto se establecieron principios que todavía tienen vigencia, como la prohibición de destinar recursos para fines diferentes de los previstos en las mismas leyes y la publicación anual de una cuenta tanto de los ingresos como de los gastos, para el conocimiento público del manejo del presupuesto.

Los preceptos constitucionales, que debían ser reglamentados por la ley, facultaban para la creación de un organismo central y autónomo que ejerciera la vigilancia de la gestión fiscal administrativa, emitiéndose con la Ley 6<sup>a</sup> de octubre de 1821 la Contaduría General de Hacienda, conformada por cinco contadores generales y personal subalterno, nombrados todos

por el Gobierno Nacional, para garantizar el buen manejo e inversión del presupuesto. Organismo de poca vigencia, ya que en 1824 la Ley sobre el Plan Orgánico de la Hacienda Nacional, lo sustituyó por la Dirección General de la Hacienda, integrada por cinco directores quienes elegían a un presidente que coordinaba sus reuniones, simultáneamente se crearon contadurías generales de hacienda que dependían de la Dirección General, con las funciones de examinar y fenecer las cuentas de las oficinas principales de manejo y sus subalternas, estando facultadas para ejercer la jurisdicción coactiva.

La inestabilidad política que caracteriza ese período de la historia, conllevó a que en los siguientes veintitrés años la Dirección General fuera objeto de tres modificaciones en su estructura interna y retomara el nombre de Contraloría General de Hacienda, encargada del examen y fenecimiento de las cuentas de los empleados de manejo.

La influencia de la teoría francesa se materializó con la reforma en la Hacienda Pública implementada el 17 de junio de 1847, cuando se incorporaron conceptos como la rendición de cuentas tanto de ingresos como gastos públicos, la no inclusión en el presupuesto de ingresos y gastos indefinidos, los gastos nunca podrían superar los topes fijados presupuestalmente, se clasificaron los gastos de acuerdo a ministerios, capítulos y artículos, y se asignaron apropiaciones presupuestales para el reconocimiento y pago de los compromisos adquiridos en años anteriores. Resultado de dicha reforma, fue la sustitución de la Contaduría General de Hacienda por una Corte de Cuentas, integrada por un juez mayor presidente, seis jueces y personal subalterno que dependían del poder ejecutivo, con funciones eminentemente fiscales como es la revisión y fenecimiento de las cuentas mensuales rendidas por los administradores generales y particulares de Hacienda y los pagadores tanto particulares como del Distrito. La

<sup>5</sup> YOUNES MORENO, Diego. *Obr. cit.*, pág. 77.

Ley 20 de abril de 1850, en reemplazo de la anterior dependencia creó la Oficina General de Cuentas, con las mismas funciones de la Corte de Cuentas.

La reforma implementada en 1857 fue de mucha importancia por dos aspectos fundamentales. Primero, con la finalidad de garantizar su independencia se estableció que el nombramiento de los empleados de la oficina General de Cuentas lo realizara el Congreso y no el ejecutivo como era la costumbre; segundo, se definió por primera vez la responsabilidad fiscal de los funcionarios ordenadores, quienes tenían la oportunidad de ejercer el recurso de apelación contra las decisiones adoptadas en su contra por la Corte Suprema de Justicia.

Posteriormente en 1898, se regresa al concepto de Corte de Cuentas, integrada por cinco magistrados elegidos por el Senado y otros cinco por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años, con la atribución para examinar las cuentas de todos los funcionarios gubernamentales que desempeñaran funciones de recaudo, inversión o gastos de los fondos públicos. Posteriormente sufre leves modificaciones mediante las Leyes 61 de 1905, 19 y 110 de 1912, 36 de 1918 y 61 de 1921. De las anteriores normas, debe destacarse el Código Fiscal de 1912 aprobado con la ley 110 de dicho año, asignándole a la Corte de Cuentas la facultad para examinar las cuentas de los funcionarios de manejo e imponer sanciones a tales funcionarios por infracciones o delitos cometidos por ellos y hacer efectivo el cobro a deudores morosos del erario. Se podría afirmar que hasta 1923 primó para el ejercicio del control fiscal la concepción francesa de la Corte de Cuentas, que posteriormente fue reemplazada por una institución como el Departamento de Contraloría, que corresponde a instituciones de estirpe anglosajón.

### Misión Kemmerer

Con la llamada guerra de los Mil Días se generaron, al interior de la economía y de la Hacienda

Pública, una serie de desequilibrios y desórdenes, cuya solución fue el objetivo de los gobiernos imperantes.

Entre 1900 y 1920 se acudió a un leve intervencionismo reflejado en moderados aranceles, con clara intención proteccionista, así como subsidios para fortalecer la floreciente industria nacional. Se pretendió estabilizar la moneda, mantener el patrón oro y crear un banco central, pero sin ningún resultado favorable. El Gobierno Nacional creció sin modernizar sus métodos fiscales, lo que generó una ejecución creciente de sus gastos y consecuente déficit fiscal. Se llevaron a cabo elevadas emisiones que ocasionaron procesos inflacionarios y crisis en el sector financiero. Se intentaron renegociaciones de la deuda, así como fortalecer la imagen del país frente a las entidades extranjeras que otorgaban crédito, lo cual a la postre resultó infructuoso.

De otro lado, existían factores de contrapeso a la situación descrita y entre los cuales se puede citar: un despegue de la industria nacional, un crecimiento del sector público, una extensión de las bases productivas, destacándose el sector cafetero, que empezaba a percibir buenos precios por el grano, además, se esperaba un elevado ingreso de divisas provenientes de Estados Unidos, como indemnización por la pérdida de Panamá.

Frente a estas circunstancias se hizo necesario instituir una comisión que enderezara la economía y las finanzas públicas; el Congreso propuso su creación con expertos extranjeros en contraposición a una de técnicos nacionales, por cuanto la primera garantizaba reformas por encima de los intereses creados de los grupos políticos, regionales y económicos. Consecuente con este planteamiento, el Presidente de la época Pedro Nel Ospina, comisionó a su Embajador en los Estados Unidos para que invitara a un grupo de profesionales de aquel país. Finalmente la comisión quedó integrada por: el profesor Walter Kemmerer, como director de la comisión, experto en moneda y banca; Howard Jefferson, como experto bancario; Fred R.

Fairchild, para trabajar sobre impuestos; Thomas Searle, para estudiar los métodos fiscales; y, el profesor Federick B. Luquiens, como secretario y traductor.

Concluidos sus estudios, la misión entregó al gobierno una Memoria con sus recomendaciones; este, a su vez, las presentó al Congreso Nacional y en 1923 fueron aprobadas con algunas modificaciones. El paquete de disposiciones incluyó las normas sobre la creación del Banco de la República, la reorganización de la contabilidad de la Nación, creación del Departamento de la Contraloría, instrumentos negociables, administración y de recaudación de las rentas nacionales, formación y fuerza restrictiva del presupuesto nacional, fijación del número y nomenclatura de los ministerios, organización del impuesto sobre papel sellado y timbre nacional y, establecimientos bancarios.

La misión Kemmerer fue respaldada en el país por un grupo asesor presidido por el Hacendista Esteban Jaramillo, de cuyas recomendaciones en materia de control fiscal amerita resaltar en este estudio la visión de rendición de cuentas que ya se tenía para esa época. Se fundamentaba la creación del Departamento de la Contraloría, en los siguientes términos:

El pueblo, que contribuye con su dinero para los gastos del Estado, muchas veces a costa de grandes privaciones, tiene el derecho de saber en todo momento cómo se recauda, maneja y administra ese dinero, qué garantía de honorabilidad y competencia dan los empleados responsables del Erario y cómo se hacen efectivas las disposiciones fiscales dictadas por el Congreso para garantizar esos fondos. Y como el pueblo por sí mismo no puede ejercer esa fiscalización y supervigilancia, necesita un delegado suyo constituido por medio de sus representantes autoriza-

dos, que es el Contralor General de la República, para que ejerza aquellas importantes funciones. Si a ese funcionario no se le reviste de las facultades necesarias para llevar a cabo una verdadera fiscalización, será imposible que éste se haga de manera conveniente y eficaz<sup>6</sup>.

El postulado de Montesquieu, según el cual el poder debe controlar al poder, halló un definitivo eco en nuestro país a comienzos de la segunda década del siglo pasado, se materializó en materia de control fiscal con la expedición de la Ley 42 de 1923 que reorganizó la contabilidad oficial y creó el Departamento de Contraloría, constaba de 15 capítulos en los que se desarrollaba los siguientes aspectos:

- 1º. Se crea el Departamento de Contraloría como un servicio nacional administrativo, con independencia de los demás departamentos administrativos.
- 2º. El Contralor es nombrado por el Presidente de la República por un período de cuatro años, nombramiento que debe llevar la aprobación de la Cámara; y los demás empleados y sus remuneraciones fijadas por el Congreso.
- 3º. El Contralor tenía competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación; examen y revisión de las deudas y reclamaciones a cargo o a favor de la República; En todos los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad y con la manera de llevar las cuentas de la Nación, la conservación de los comprobantes y el examen de los libros, registros y el examen de los libros, registros y documentos referentes a dichas cuentas.

<sup>6</sup> SANTOS MOLANO, Enrique. *La misión Kemmerer*. Revista Credencial Historia, N.º 184 de abril de 2005.

40. El Contralor General tenía facultades para llevar las cuentas generales de la Nación, las de la deuda, prescribir los métodos de contabilidad, la manera de rendir los informes financieros cualquier entidad administrativa, así como los procedimientos para presentar las cuentas de los empleados de manejo. Exigir regularmente informes a los empleados del gobierno cuando estimara conveniente. Vigilar y procurar la recaudación de las deudas que se contrajeron con el Gobierno en virtud de la revisión y liquidación de las cuentas. Revisar y verificar los caudales manejados por empleados del Gobierno, los materiales, las estampillas, papel sellado u otros valores y las entradas y licenciamientos tanto del Ejército como de la Policía Nacional. Llamar la atención del funcionario por cualquier gasto o uso de propiedades públicas que a su juicio fuera irregular, innecesario, excesivo o superfluo. Firmar los bonos o documentos de deuda pública emitidos por el gobierno. Tomar parte en la incineración del papel moneda, cédulas y bonos del gobierno.
50. Promover investigaciones fiscales o realizarlas a solicitud del Presidente, del Congreso, de un departamento o municipio, con la aprobación del Consejo de Ministros, sobre instituciones dependientes de dichas entidades.

El concepto de investigación fiscal surgió con el control fiscal, como la facultad de determinar la responsabilidad por el irregular manejo de la Hacienda Nacional; siempre con el carácter posterior, concomitante y como resultado del examen de la cuenta. La ley 42 de 1923 le garantizó la oficiosidad para el ejercicio de dicha facultad, pero igualmente permitió activarla previa solicitud de diferentes autoridades administrativas, lo que podría constituir el antecedente histórico de lo hoy conocido como el con-

trol excepcional respecto de las entidades territoriales.

60. El nombramiento de los empleados de manejo del gobierno debía ser registrado ante el Departamento de la Contraloría, y esta entidad debería fijar las cauciones a los mismos. Dictar decisiones sobre objeto o alcance de una apropiación, aplicación de una renta, legalización de una erogación, así como certificar la disponibilidad presupuestal para la realización de contratos.
70. Refrendar toda erogación de fondos públicos verificada en Bogotá. Prescribir las reglas de cómo se invertirán los fondos que recibieren los funcionarios pagadores por órdenes de anticipos para gastos oficiales.
80. Dictar las disposiciones a las que estarían sujetos todos los pagos, anticipos o trasposos de fondos públicos que debieran efectuarse fuera de Bogotá.
90. Transferir los sobrantes de partidas apropiadas cuando se certifique que existe un saldo superior a las necesidades y que no existen obligaciones pendientes por pagar con aquella partida.
100. La Corte de Cuentas, la Dirección General de Contabilidad, la Oficina Nacional de Estadísticas y la Oficina Central de Ordenaciones del Ministerio del Tesoro quedaron incorporadas al Departamento de la Contraloría.

La ley 42 de 1923 fue demandada por inconstitucional ante la Corte Suprema de Justicia, al considerar que la creación del Departamento Administrativo de la Contraloría no podía ser independiente de los demás y el nombramiento del Contralor no podía realizarlo quien iba a ser fiscalizado, o sea el Presidente de la República, declarando la norma inexecutable en providencia de agosto de 1924.

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

En materia de responsabilidad fiscal el Decreto 911 de 1932, que prohibió la coadministración por parte de la Contraloría<sup>7</sup>, además de asignarle facultades de contabilidad y control fiscal, mantuvo la facultad de adelantar investigaciones fiscales pero obligó que todo empleado de manejo de fondos o bienes nacionales debían estar amparados por una fianza previa reglamentación del Contralor General; bajo el carácter de sanción estableció el arresto de dos años para los funcionarios que no rindieran sin causa justificada, las cuentas o informes en el término exigido por el Contralor y la ley. Durante la vigencia del mencionado Decreto, la Contraloría adelantaba los *juicios de cuentas* tendientes a lograr los reintegros por concepto de las glosas u observaciones aceptadas por los funcionarios de manejo.

Las facultades para adelantar la investigación fiscal y el juicio fiscal se asumían en forma independiente, permitiendo que posteriormente se consolidaran en el proceso de responsabilidad fiscal, como una sola actuación administrativa.

El Acto Legislativo N.º 1 de 1945, le otorgó independencia a la Contraloría para el ejercicio del control fiscal, pasando de ser una entidad de creación legal a tener rango constitucional, quedando definida por la propia Constitución las funciones y forma de elección del Contralor General de la República. Estableció en su artículo 59 que "La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República.", como una oficina de contabilidad y vigilancia fiscal.

La Ley 58 de 1946 al desarrollar los preceptos constitucionales, fortaleció los alcances de la responsabilidad fiscal al establecer las visitas fiscales que los funcionarios de la Contraloría podían realizar a los funcionarios de manejo, procediendo a la respectiva investigación cuando se determinaban sustracciones, fraude o malos manejos de fondos públicos, estando facultados como funcionarios de instrucción fiscal para suspender y detener preventivamente tanto a los investigados como a sus cómplices y auxiliadores, procediendo el embargo preventi-

vo de sus bienes en el evento de no lograrse el reintegro de la suma defraudada, para posteriormente entregar a las autoridades respectivas o de policía a los detenidos con los respectivos informes y pruebas; en materia de juicio fiscal, el Contralor tenía la facultad exclusiva de proferir los fenecimientos respectivos sobre la cuentas y en el evento en que fueran con alcance fiscal y estuvieran definitivamente ejecutoriados, prestaban mérito ejecutivo y se daba traslado del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales para su respectivo cobro mediante la jurisdicción coactiva.

Trece años después se expide la Ley 151 de 1959, con la cual se faculta a la Contraloría para ejercer el control del gasto público, no sólo en el nivel central, sino también en las entidades descentralizadas del orden nacional que venían apareciendo desde la década de los treinta, tales como, Ferrocarriles Nacionales, el Banco Central Hipotecario, la Caja Agraria, el Instituto de Fomento Municipal, el instituto de Fomento Industrial, entre otros. Se fortaleció la facultad que se ejercía a través de la Sección de Visitadores e Investigación, mediante un registro de los sindicados por peculado durante los últimos 20 años y se permitió la publicación de los requerimientos de quienes huían de la acción de la justicia.

Durante el período presidencial del Dr. Carlos Lleras Restrepo, se presentó al Congreso de la República una serie de proyectos de Reforma Constitucional en materia de régimen presidencial, planeación, gasto público, presupuesto, reforma al artículo 121, número de parlamentarios, reforma de la Contraloría General, entre otros. Dichos proyectos estuvieron sujetos a debates en las dos Cámaras y, al final, fueron aprobados tres, e incorporados en el Acto Legislativo número 1 de 1968 que modificó, a su vez, 73 artículos de la Constitución Nacional.

En lo que a la Contraloría General se refiere, el proyecto proponía, principalmente: permitir que la ley definiera si la contabilidad debería llevarse por esta entidad u otra oficina del Gobierno. Para la designación del Contralor debería inter-

venir el Consejo de Estado presentando tres candidatos, de los cuales el Congreso debería elegir uno; con esto se pretendía que el juego político no incidiera directamente sobre tal nombramiento. Ampliar el período del Contralor a cuatro años, dado que el vigente de dos, no generaba la estabilidad y el tiempo necesarios para iniciar reformas y llevarlas a cabo. Finalmente, en cuanto hace referencia a estos puntos, se dictaron los artículos 7 y 8 del Acto Legislativo de 1968, que se recogen en los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional, sobre la función de vigilancia fiscal de la administración.

Junto con la evolución de la economía y el crecimiento del Estado, se fueron encomendando a la Contraloría una serie de funciones a fin de cumplir el objeto para el cual fue creada, siendo necesaria una reestructuración interna y un crecimiento en sus gastos ejecutados, que no implicaron profundas modificaciones que cambiaran la eficiencia y de paso otorgaran nuevas perspectivas sobre las formas de ejercicio de control fiscal, hicieron que esta, para cumplir con las responsabilidades que desde 1923 le venía imponiendo la ley, incrementara únicamente el número de funcionarios y los recursos materiales a fin de cubrir los diferentes campos donde se requirió su presencia.

## La Ley 20 de 1975

Desde la expedición de la Ley 42 de 1923 y hasta 1975 no existió en el país un régimen jurídico-fiscal unificado, acorde con las necesidades del Estado. Con la ley 20 de abril 28 de 1975, "Por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del Control Fiscal y se dictan otras disposiciones", se logra unificar la legislación dispersa que sobre el control fiscal existía como también crear mecanismos de control que,

interrelacionados, pudieran dar como resultado positivo, una vigilancia acorde para cada una de las entidades públicas cuyo primordial objetivo fuera garantizar al mismo Estado, el adecuado rendimiento de los bienes o ingresos de la Nación y obtener de esa manera la eficiencia del gasto público. La ley fue objeto de reglamentación con los Decretos Leyes Nos. 924, 925, 926, 927, 928, 929 y 937 todos de 1976.

La reforma López Michelsen - Aníbal Martínez Zuleta, como se le conoce, constituyó una de las transformaciones más significativas e importantes en el ejercicio del control fiscal en Colombia, *constituye el hito normativo que señaló el comienzo de cardinales transformaciones dentro del proceso de modernización que el ente fiscal protagonizó con anterioridad a la nueva Carta Política*<sup>8</sup>, implementó un sistema de intervención y vigilancia previo, perceptivo y posterior, consolidando a la Contraloría como una entidad con una amplia influencia política y administrativa, ya que para el cumplimiento de sus amplias funciones tuvo que incrementar el número de funcionarios generándole a los parlamentarios una mayor participación burocrática, permitiéndole de esa manera que el poder del Contralor General fuera tan amplio que inclusive opacaba el poder presidencial. Factores estos que en últimas terminaron generando mayores niveles de corrupción de los que se pretendían controlar, haciendo ineficiente e ineficaz el control fiscal.

Como aspectos importantes de esta reforma podemos destacar:

- Las facultades para fiscalizar no sólo a las entidades estatales, sino también a las personas que a cualquier título manejen o dispongan de bienes de la Nación. Lo anterior, por cuanto muchas de las actividades del Estado se le habían entregado a los particulares, ya en virtud de suscripción de contratos, inversiones de organismos estatales,

<sup>8</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

- en sociedades privadas, en auxilios o aportes para el desarrollo regional. Fue importante, no solo al disponer de la vigilancia de las personas que a cualquier título manejen o dispongan de bienes de la nación, sino por introducir el concepto de garantizar al estado su "conservación y adecuado rendimiento", avanzando en el concepto del control numérico legal a los de eficacia y eficiencia de los recursos.
- Previó un mecanismo especial de control para las empresas industriales y comerciales del Estado, consultando principios de Auditoría Financiera. En razón de su naturaleza, se les suprimió el control previo teniendo en cuenta la agilidad que ellas requerían y la igualdad frente a las de naturaleza privada. No obstante la supresión del control previo, se previó la posibilidad de instaurarlo en el evento en que se detectaran por parte de la Contraloría General continuas irregularidades, o por solicitud de su junta directiva, para proteger los intereses de la nación.
  - Así mismo se determinó la forma y el alcance del control para las sociedades de economía mixta en las que el Estado poseía el 50% o más de su capital, dándole tratamiento de empresa industrial y comercial del Estado y en la que su participación sea menor, con lista enviada por la Contraloría para la elección de Revisor Fiscal. Lo anterior por cuanto su naturaleza lo requería para desarrollar las actividades comerciales e industriales.
  - Estableció nuevas técnicas de control fiscal para los establecimientos de crédito, compañías de seguros, almacenes generales de depósitos y demás entidades financieras del estado.
  - Otorgó la facultad al Contralor de presentar un informe financiero, sobre la ejecución presupuestal de los organismos del Estado permitiendo el cuestionamiento de sus políticas.
  - En razón a que la Contraloría lleva la deuda pública del Estado, los contratos constitutivos de deuda pública eran refrendados por el Contralor.
  - Determinó la posibilidad de creación de la Comisión Legal de Cuentas, para que realizara el análisis de la cuenta general del presupuesto y del tesoro, para ser sometida al fenecimiento de la Cámara.
  - Se determinó un sistema de control fiscal constituido por tres etapas integradas, denominadas Control Previo, Perceptivo y Posterior. Lográndose posteriormente que este último en cuanto a la Revisión de la Cuenta fuera descentralizado.
  - Sé continuó con la facultad de ejercer el control fiscal sobre las personas y entidades que a cualquier título reciban, manejen o dispongan dineros o bienes de la nación.
  - No obstante los logros, la función de vigilancia de la gestión fiscal, estaba limitada, por cuanto únicamente se orientaba a demostrar y cuantificar los perjuicios fiscales, correspondiéndole al Juzgado Único de Ejecuciones Fiscales, a cargo de la Tesorería General de la República, las medidas coercitivas para buscar el efectivo resarcimiento de los perjuicios que por la mala actuación de los ordenadores del gasto, almacenistas, tesoreros, etc., se causaran al Estado.
- Para el análisis de la ley antes mencionada debemos hacer referencia a la Constitución de 1886, en sus artículos 59 y 60 destinados al Control Fiscal que corresponden a los artículos 7º y 8º del acto legislativo número 1 de 1968, determinando en el primero, entre otros aspectos, que "La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley"; mientras que el segundo, expresaba seis atribuciones a cargo del Contralor General, llevar el libro de la deuda pública del Estado, prescribir los métodos de contabilidad, exigir informes a los empleados públicos, proveer los empleos

creados por la ley, facultándolo en el numeral 4 para "Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del erario", complementándose con la última facultad para que mediante ley se asignaran las demás atribuciones que considerara el legislativo.

Durante la vigencia de la Constitución de 1886, la facultad para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal se derivaba de la atribución para revisar y fenecer la cuenta, pero la ley 20 de 1975 al desarrollar dicha atribución dio una mayor autonomía e individualización al proceso.

La ley en mención no se ocupó específicamente de la responsabilidad fiscal, su artículo primero determinaba que la vigilancia de la Contraloría General se ejercía sobre la gestión fiscal de la administración de conformidad con las normas, sistemas y directrices que señale dicha ley, sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, destacando como la finalidad de la vigilancia y el control fiscal garantizarle al Estado su conservación y adecuado rendimiento, mediante "... los sistemas de control fiscal que ha venido empleando dentro de sus etapas integradas de Control Previo, Control Perceptivo y Control Posterior."

El control fiscal se ejercía por los *auditores fiscales* o por funcionarios designados por el Contralor, "... directamente sobre caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando."; control que recaía sobre los llamados *empleados de manejo*, quienes estaban obligados a rendir la cuenta como eran los tesoreros o pagadores y los almacenistas, expresándose en el artículo 8 que "La responsabilidad que se deduzca de la rendición diaria de las cuentas de los empleados de manejo no sujetos a control previo se hace extensiva a los ordenadores. Las glosas que se formulen por las Auditorías Fiscales con motivo del examen diario de las operaciones incluirán al ordenador y al cuentadante."

Se destacó expresamente en la Ley 20 de 1975 el control fiscal sobre las empresas industriales

y comerciales del Estado, para lo cual en su artículo 12 estableció una unidad especial de trabajo para que tramitaran los juicios fiscales de los funcionarios responsables de dichas entidades, correspondiéndole igualmente realizar el examen y fenecimiento de las cuentas observadas por las auditorías fiscales. Para ello, debían prestar fianza los ordenadores del gasto, los pagadores y los almacenistas. Los juicios fiscales de cuentas se iniciaban fundamentalmente por dos causales, la primera, como resultado de las auditorías o de las visitas fiscales en las cuales se detectaban irregularidades o informalidades en las mismas, para lo cual se procedía a revocar los fenecimientos en el evento de haberse producido con anterioridad, para formular el respectivo aviso de observaciones del cual se iniciaría dicho juicio; la otra causal, como resultado del examen de la cuenta por las glosas de fondo o de forma no subsanada en los términos fijados por las resoluciones reglamentarias.

Reitera el párrafo segundo del artículo 15 de la mencionada ley, la obligación para los funcionarios de la Contraloría cuando del resultado de las inspecciones apareciere la comisión de hechos delictuosos, para presentar inmediatamente denuncia ante los jueces competentes, lo cual constituyó una actuación con mayor claridad y responsabilidad frente a lo reglado en la actualidad, donde los auditores se limitan a remitir un hallazgo penal sin asumir la responsabilidad de una denuncia lo que genera que se envíen a la justicia penal hechos que no tendría dicho alcance, pero causando un perjuicio a los funcionarios públicos relacionados como presuntos responsables, simplemente por presentar resultados en el proceso auditor. Se hace necesario en la actualidad, para evitar perjuicios y trámites arbitrarios, que el hallazgo penal constituya y tenga el alcance de una denuncia penal, que le de elementos de juicio oportunamente al funcionario competente para adoptar las medidas que el Código Penal faculte para proteger el patrimonio público. Acorde con lo anterior, el artículo 18 de dicha ley, facultaba a los contralores para que por sí mismo o por medio de sus agentes, constituirse en parte civil den-

tro de los procesos penales que se adelanten por el delito genérico de peculado, que afecte los intereses de los institutos o entidades bajo su fiscalización; facultad vigente en la actualidad, pero en forma secundaria en razón a que la obligación de constituirse en parte civil recae primeramente en la propia entidad afectada, lo que permite considerarla dentro de los mecanismos alternativos de la acción fiscal, para garantizar por dicha vía el resarcimiento patrimonial de los perjuicios causados a la Hacienda Nacional.

El artículo 27 asomaba la facultad de adelantar *investigación fiscal*, cuando de realizarse dicha actuación en las entidades de carácter financiero se debía preservar las normas sobre sigilo y secreto bancario. Se ocupó la ley en su artículo 42 de establecer los requisitos para quienes ocuparan los cargos de Auditor o Revisor Fiscal o Visitador o Inspector, correspondiéndole a los visitadores fiscales adelantar la *investigación fiscal*.

Merece destacar respecto del tema del acto administrativo que se estudiara en el capítulo II de este trabajo, que el artículo 57 facultaba a cualquier ciudadano y en cualquier tiempo demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la nulidad de los nombramientos hechos a personas que no reunían las calidades señaladas en la ley, lo cual constituía el reconocimiento de un principio básico del Derecho Administrativo como es la presunción de legalidad del acto administrativo, que reconoce un derecho particular y concreto, cuya vigencia puede ser afectada únicamente por la decisión del juez natural, pero que no le permite a la Contraloría su desconocimiento para establecer presuntas responsabilidades mientras tenga vigencia jurídica.

Los artículos 65 y 66 establecían una Comisión Interparlamentaria, conformada por cuatro representantes y cuatro senadores, para que conceptuara sobre los decretos reglamentarios de la ley, revistiéndose, en el segundo de ellos, al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir los decretos leyes que

estableciera la estructura, funciones y organización de la Contraloría, los procedimientos, la Carrera Administrativa y lo relacionado con el régimen de personal.

De los decretos expedidos debemos señalar sobre el tema de la responsabilidad fiscal el 924 de mayo 11 de 1976, que establecía la estructura orgánica, creando la Dirección de Examen de Cuentas, Juicios Fiscales, Investigaciones y Contabilidad Nacional, de la cual dependían las Divisiones de Juicios Fiscales y la de Investigaciones que tenía a su cargo las Sección de Investigaciones Fiscales y la Sección de Intervención Judicial.

A la División de Juicios Fiscales y sus seccionales le correspondía adelantar los respectivos juicios fiscales de cuentas como resultado de las glosas, fenecimientos con alcance, exigir la efectividad de las pólizas de seguros y tramitar las solicitudes de exoneración de responsabilidad, de su competencia, entre otras. Mientras que a la División de Investigaciones le correspondía, entre otras, adelantar las visitas e investigaciones fiscales y formular las observaciones a las entidades o funcionarios visitados, de su resultado se podría iniciar el respectivo juicio fiscal de cuentas o no.

De otra parte, el Decreto Ley 925 de mayo 11 de 1976 establecía "... los procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, el alcance que debe tener el control previo y la Contabilidad General de la Nación y se dictan normas sobre estadísticas.", para aplicar los sistemas de control en sus etapas integradas de Control Previo, Perceptivo y Posterior a fin de garantizar al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los fondos, valores y bienes nacionales. El Control Posterior, al cual siempre perteneció la acción resarcitoria a cargo de la Contraloría, "... consiste en la comprobación de las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades bajo su control y de sus respectivas cuentas y registros, y en determinar si se ajustan a las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos".

Bajo el amparo de las normas anteriores, se expidió la Resolución Orgánica No. 07008 de abril 13 de 1978, sustitutiva de la Resolución Reglamentaria 1700 de 1957, "Por la cual se dictan normas para la tramitación y procedimiento en la rendición y examen de cuentas, juicio fiscal, juicio administrativo y juicio de exoneración y para la practica de visita e investigaciones fiscales.". Constituyó la última reglamentación del proceso de responsabilidad fiscal, que a pesar de estar asociado a la revisión y fenecimiento de la cuenta, supo interpretar su naturaleza y finalidad mediante una actuación y practicas de pruebas que correspondían a la esencia de la vigilancia de la gestión fiscal, garantizaba plenamente el debido proceso y el derecho a la defensa, se adelantaba oportunamente y en términos ágiles teniendo en cuenta que el título ejecutivo constituido del fallo con responsabilidad fiscal se profería al poco tiempo de ocurrido el faltante de fondos o bienes públicos.

El juicio fiscal de cuentas se iniciaba como resultado del examen de la cuenta o de la visita e investigación administrativa fiscal. En el primer evento, cuando las glosas de forma contenidas en los *Avisos de Requerimientos* no eran aclaradas o corregidas satisfactoriamente o cuando las seccionales territoriales de Examen de Cuentas proferían *Avisos de Observaciones* donde se plasmaban las irregularidades fiscales o glosas de fondo, se profería el auto de apertura del respectivo Juicio Administrativo de Cuentas, el cual se le comunicaba al cuentadante, representante de la entidad y a la Compañía Aseguradora para que en un término no superior a 30 días cuando la glosa era producto del examen de la cuenta o de 10 días cuando provenían de visitas o diligencias fiscales, dieran explicaciones y presentaran los documentos que respaldaran sus descargos; tanto el aviso como las respectivas repuestas le permitían a la Sección Territorial de Examen de Cuentas proferir el Auto de Cesación de Responsabilidad Fiscal, cuando la cuenta no se estudiaba durante el año siguiente a su presentación o cuando los descargos desvirtuaban la glosa formulada, de lo contrario se remitían a la Oficina competente para iniciar el *Juicio Fiscal o de Cuentas*.

De otra parte, la *Visita Fiscal* tenía por finalidad comprobar el correcto manejo de los fondos, valores y bienes nacionales puestos a cuidado de los funcionarios de manejo o de las personas encargadas de la gestión fiscal, mientras que la *Investigación Fiscal* se orientaba a esclarecer los hechos irregulares detectados en la visita fiscal o denunciados por la ciudadanía; las actuaciones podían adelantarse simultáneamente, elaborándose las respectivas actas y profiriéndose los autos de apertura o de cierre o de practicas de pruebas, como los arqueos de fondos, especies y demás valores, las conciliaciones bancarias, pruebas selectivas o inventarios, las cuales constituían las pruebas fiscales propias del ejercicio del control fiscal bajo la normatividad vigente para la época, además de las declaraciones juramentadas o versiones libres. Como resultado de lo anterior, se presentaban las denuncias penales del caso, al existir mérito para ello, o al demostrarse la irregularidad fiscal se remitía la actuación a la respectiva Seccional Territorial de Examen de Cuentas y de Juicios Fiscales, para que procedieran a revocar los fenecimientos de plano o los fallos sin responsabilidad fiscal y ordenar la reapertura del exámen o del juicio fiscal.

El *Juicio Fiscal o de Cuentas*, se definía en la resolución en comento, como el proceso que se adelantaba "... con el objeto de definir y determinar la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo, cuyas cuentas hayan sido materia de observaciones de fondo."; por lo tanto, el objeto y alcance del mismo buscaba "... definir mediante el estudio jurídico y contable de las glosas que hayan sido formuladas, de los descargos presentados y de las pruebas allegadas al proceso, la responsabilidad fiscal a que hubiere lugar, a efecto de fenecer o crear un título ejecutivo a favor del Tesoro Público.". Título que correspondía al fallo con responsabilidad fiscal, que dejaba a cargo del responsable y favor del Tesoro Público una cantidad determinada de dinero, debidamente ejecutoriado una vez se surtieran los recursos de reposición y/o apelación prestaba mérito ejecutiva que se hacía efectivo por el Juzgado Único de Ejecuciones Fiscales a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito

Público, como el competente para realizar el cobro coactivo.

Las actuaciones relacionadas con la responsabilidad fiscal constituían un control posterior, como en la actualidad, pero permitía una actuación oportuna a través de la visita o investigación fiscal y el daño patrimonial se demostraba con pruebas de carácter fiscal, propias del Control Fiscal.

Durante la década de 1980 Colombia sufrió uno de los períodos más difíciles de la historia, con una agudización del conflicto interno y una pérdida de legitimidad del Estado, al percibir los ciudadanos como no se atendían oportunamente sus necesidades por lo altos niveles de corrupción y burocratismo, lo cual favoreció la implementación de un nuevo modelo, el Neoliberal, en reemplazo del Estado Interventor ineficaz e ineficiente. La Contraloría General no estuvo ausente de críticas y en descrédito por su excesiva burocratización y politización, al ser los contralores designados por el Congreso de la República y las respectivas Corporaciones Públicas, convirtieron a las contralorías en fortines políticos que desdibujaron su función constitucional de un control fiscal objetivo e imparcial. Lo anterior llevó a revisar el alcance y las atribuciones para el ejercicio del Control fiscal, modernizar y disminuir el tamaño de sus estructuras administrativas.

En los años siguientes surgieron iniciativas de reforma que no lograron ser materializadas por el Legislativo, de las cuales amerita hacer mención, por la relación con el tema, el Acto Legislativo dos de 1988, que pretendió restablecer el *Tribunal de Cuentas* en reemplazo de la Contraloría General de la República, con la función, entre otras, de definir y determinar la responsabilidad fiscal junto con los procedimientos para hacerla efectiva, que culminaba en un fallo definitivo no revisable judicialmente, pero que

permitía el ejercicio del Cobro Coactivo. Se plasmaba en dicha reforma el concepto de *control de gestión* mediante el cual se establecía si el manejo de los fondos o bienes públicos se realizó de manera económica, eficiente y ajustándose a las normas legales vigentes. Propuesta que fue recogida por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991<sup>9</sup>.

En 1989 la Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado, permitió la elaboración de varias ponencias entre las cuales se menciona la elaborada por Jesus Perez Gonzalez Rubio, presentada posteriormente como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, donde se sustentaba la necesidad que la Contraloría expusiera "... cual es el resultado que alcanza el Estado con sus recursos, y como ese resultado se compara con los objetivos propuestos", para ello se establecería un control que le informe al ciudadano "... como se invierten sus impuestos, que objetivos se alcanzaron por los distintos organismos públicos en la ejecución de sus planes y proyectos..."; objetivos que permitieron la implementación del control de gestión y de resultado<sup>10</sup>.

El resultado del ejercicio del control fiscal bajo la vigencia de la ley 20 de 1975 y los efectos negativos de la coadministración, impulsó proyectos de reforma, como los expuestos anteriormente, que se materializaron en 1991; balance que resume la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La dinámica de los controles previo y perceptivo fue mostrando en el tiempo las falencias inherentes a su propia naturaleza, toda vez que paulatinamente esos controles se erigieron como factores lesivos de la autonomía e independencia de los ordenadores del gasto, y en general,

<sup>9</sup> GÓMEZ LEE, Iván Darío. *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental*, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 38.

<sup>10</sup> PEREZ GONZALEZ-RUBIO, Jesús. *I Seminario el Estado de derecho*. Tomo I, Comisión Presidencial para la Reforma a la Administración Pública del Estado Colombiano. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, págs. 373 y 374.

de todos aquellos funcionarios que tuvieran facultades decisorias frente al recaudo, administración, manejo y disposición de bienes y rentas estatales. De esta suerte se fue configurando un hacer coadministrativo que a su vez devino en fuente de irresponsabilidad de los cuentadantes para la toma de decisiones frente al gasto y manejo de bienes, amén de las resoluciones contradictorias que la Contraloría ostentaba al tenor de los controles practicados sobre una misma cuenta en forma previa y posterior. De otra parte la práctica fiscalizadora se centraba fundamentalmente en el control numérico legal, esto es, privilegiando las formas y ritualidades sobre todo concepto de gestión. Cuadro de cosas que a manera de diagnóstico le sirvió al Constituyente de 1991 para refundar el instituto del control fiscal en la forma que pasa a verse<sup>11</sup>.

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, la Contraloría General propuso respecto de la responsabilidad fiscal, la creación de una jurisdicción penal fiscal que hiciera parte de la rama judicial del poder público y se encargara de la investigación y el juzgamiento de la totalidad de los delitos que afectaran el patrimonio público<sup>12</sup>, en forma complementaria de las funciones asignadas a las contralorías. En el marco de un control fiscal que trascendió el exclusivo criterio económico-formalista dándole primacía a lo sustancial sobre lo procedimental en un *Estado gestor, por definición más cercano a la comunidad, a la promoción de la prosperidad general y a la garantía de los principios, derechos y deberes contemplados en la Constitución, aspirando los habitantes del país a un control fiscal representativo de sus intereses, y por tanto*

*vindicativo del derecho que tienen a conocer la suerte de los recaudos, la administración y disposición sobre los bienes estatales, y por supuesto, la forma, oportunidad y cuantía con que se ejecutan los gastos*<sup>13</sup>.

## Ley 42 de 1993

La Constitución de 1991 introdujo cambios fundamentales en el ejercicio del control fiscal, como integrante de una nueva Rama del Poder Público junto con otros órganos de control, que en forma autónoma e independiente, pero colaborando armónicamente con las otras Ramas para lograr los fines del Estado, ejerciera el control fiscal como un servicio público a favor de la población quien debe conocer como se administran los recursos y bienes estatales, los cuales fueron desarrollados mediante la Ley 42 de 1993, Orgánica del Control Fiscal, y se determinó la nueva estructura de la Contraloría General de la República mediante la Ley 106 del mismo año.

El artículo 119 de la Constitución Política de Colombia, atribuyó a la Contraloría General "... la vigilancia de la gestión y fiscal y el control de resultado de la administración", asignándole como atribución al Contralor General de la República en su artículo 268.6 la de "Establecer la responsabilidad que derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma", permitiéndole en el numeral 8 promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

El nuevo alcance de la responsabilidad fiscal esta soportado fundamentalmente en dos atribuciones, sin pretender desconocer las otras, como

<sup>11</sup> Sentencia C-840 de 2001, ya citada.

<sup>12</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *La posición de la Contraloría frente a la propuesta gubernamental en materia de control fiscal*. Revista Economía Colombiana, pág. 12.

<sup>13</sup> Sentencia C-840 de 2001 ya citada.

el control de gestión que implica una valoración que permita determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía en la administración y disposición de recursos y bienes públicos con la consecución de los resultados, fines y metas establecidos en los proyectos y programas de desarrollo económico y social<sup>14</sup>; como lo menciona la Corte Constitucional, la responsabilidad fiscal es el resultado de la violación de los principios de eficiencia, economía, equidad, eficacia o valoración de costos ambientales, que ocasione al patrimonio público un detrimento patrimonial<sup>15</sup>. En resumen, se pasó de un control fiscal numérico legal a uno más moderno que se ejerce en forma posterior y selectiva, orientado a evaluar la calidad con la cual se hace uso de los recursos y bienes públicos.

En desarrollo de la facultad reglamentaria de los preceptos antes mencionados, el Congreso de la República expide la ley 42 de enero 26 de 1993, que en el Título II, Capítulo III, artículos 72 a 89, regula el Proceso de Responsabilidad Fiscal como una actuación de naturaleza administrativa y la más importante dentro de los procedimientos jurídicos<sup>16</sup> a cargo de las contralorías.

Como mérito de la ley habría que señalar la reglamentación específica del proceso de responsabilidad fiscal, como una actuación independiente del examen de la cuenta, como fue tradicional en el pasado. Por el contrario, no fue afortunado de la ley establecerle un trámite procesal a la acción fiscal similar al vigente para la época para la acción penal, un fiscal investiga y acusa ante un juez que debe fallar como se explicará más adelante, con lo cual se desconocieron procedimientos, actuaciones y prue-

bas propias del control fiscal y por ende de la responsabilidad fiscal, que fueron reemplazadas por pruebas y procedimientos propios de otras actuaciones administrativas más no de lo fiscal; de otra parte, no estableció un procedimiento y término para la etapa del juicio fiscal, lo cual permitió que su trámite se dilatara injustamente en el tiempo, conspirando contra la oportunidad de establecer la responsabilidad fiscal (fallo con responsabilidad fiscal), para constituir el título ejecutivo que permitiera real y efectivamente resarcir los perjuicios patrimoniales causados al Estado, lo que justificó posteriormente su reforma.

Regulaba el proceso como una actuación relacionada con el ejercicio del control fiscal, que se adelantaba de oficio o a solicitud de parte, en forma íntegra y objetiva, garantizando el debido proceso para determinar las responsabilidades fiscales. Establecía como etapas del proceso, la Investigación y el Juicio Fiscal.

La Investigación era una etapa de instrucción dentro del proceso, que permitía allegar y practicar las pruebas que sustentaban las decisiones adoptadas, con un término no mayor de treinta (30) días, prorrogables hasta por otro tanto; vencido el término inicial o su prórroga, se profería su archivo o si dictaba auto de apertura del juicio fiscal. El juicio fiscal, correspondía a la etapa que se adelantaba con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación, el cual se le notificaba personalmente o por edicto a los presuntos responsables y al asegurador si lo hubiere, en los términos del Código Contencioso Administrativo<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-046 del 10 de febrero de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muóz.

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>16</sup> La ley 42 de 1993 según la estructura de la misma y el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, permite distinguir que el Título I de la misma fue destinado a los principios, sistemas y procedimientos técnicos del control fiscal, como la actuación para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración a través del proceso auditor; mientras que el Título II contiene, entre otros, los procedimientos jurídicos como son: el Proceso de Responsabilidad Fiscal, el Proceso de Jurisdicción Coactiva y el Proceso Sancionatorio.

<sup>17</sup> Posteriormente la Corte Constitucional en la Sentencia SU 620 de 1996, considero que al no hacer parte a los presuntos responsables durante la investigación fiscal se violaba el derecho a la defensa y por ende el debido proceso, amparados en el artículo 29 de la Constitución de 1991, lo cual obligo a comunicarle el auto de apertura de investigación, para que se constituyeran en parte durante todo el proceso, contrario a lo señalado por la ley que se les notificaba el Auto de apertura del juicio fiscal.

La ley estableció figuras procesales muy importantes, que siguen vigentes a la fecha, como la reserva procesal, la facultad para decretar medidas cautelares, el carácter de policía judicial de los funcionarios que realizaban funciones de investigación fiscal, la posibilidad de establecer grupos conjuntos de investigación con los otros órganos de control del Estado, considerar la responsabilidad fiscal sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que hubiere lugar y la posibilidad para constituirse en parte civil en los procesos penales que se adelanten por delitos contra intereses patrimoniales del Estado, entre otras.

Otro de los aspectos que merece destacar de la ley, es la del artículo 83, que hizo extensiva la responsabilidad "... a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, también a los contratistas y particulares que, vinculados al proceso, hubieren causado perjuicios a los intereses patrimoniales del Estado, de acuerdo con lo que se establezca en el juicio.". Lo anterior permitió ampliar la órbita de la responsabilidad fiscal, con una mayor justicia y realidad, en razón a que la normatividad anterior permitía dejar dicha responsabilidad en los cuentadantes que en la mayoría de los casos no intervenían en las decisiones administrativas que originaban o causaban el daño patrimonial al Estado; de otra parte, incorporó por primera vez en la normatividad el concepto de *gestión fiscal*, que hasta la fecha había tenido su alcance o definición un desarrollo jurisprudencial.

Los artículos 72 a 89 y el párrafo del artículo 95 de la ley 42 de 1993, que reglamentaba el proceso de responsabilidad fiscal, fueron derogados por la ley 610 de agosto 15 de 2000 "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", que llenó el vacío fijando términos para la actuación procesal, definió legalmente los conceptos de gestión fiscal, daño patrimonial al Estado y determinó concretamente los elementos de la responsabilidad fiscal, en lo correspondiente al trámite procesal alejó la acción fiscal de su naturaleza y propósito resarcitorio del daño patrimonial causado al Es-

tado, al trasladar el trámite procesal de la acción disciplinaria de la extinta ley 200 de 1995 al proceso de responsabilidad fiscal, confundiendo una acción sancionatoria con otra resarcitoria, que no le imprimió procesalmente identidad, certeza y contenido como se mencionaba en la exposición de motivos y como lo demostraremos en los capítulos siguientes; por el contrario, generó mayores vacíos interpretativos con la necesidad recurrente de tener que acudir a otras fuentes remisorias, dilató exageradamente la actuación procesal pretendiendo amparar el debido proceso, derecho a la defensa, con lo cual se violan los preceptos que se pretenden amparar.

## Bibliografía

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Revista economía colombiana. Informe financiero, evolución histórica del control fiscal.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Sentencia C-046 del 10 de febrero de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
  - Sentencia SU 620 de 1996.
- GÓMEZ LEE, Iván Darío. (2006). *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental*. Universidad Externado de Colombia.
- Ley 42 de 1993.
- PEREZ GONZALEZ-RUBIO, Jesús. I *Seminario el Estado de derecho*. Tomo I, Comisión Presidencial para la Reforma a la Administración Pública del Estado Colombiano. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- SANTOS MOLANO, Enrique. La misión Kemmerer. *Revista Credencial Historia*, No. 184 de abril de 2005.
- Sentencia C-840 de 2001, ya citada.
- YOUNES MORENO, Diego. (1995). *Nuevo régimen del control fiscal*. Segunda edición. Editorial Diké.