



ELEMENTOS DEL CONTROL FISCAL

AUTOR

URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA

BOGOTA, D.C., 2002.



Nota de entrada

Como parte de una serie de publicaciones el presente texto en su segunda edición, actualizada y corregida por su autor, sale a la luz pública como material de apoyo a las actividades del Proyecto Sistema Nacional de Capacitación Municipal, PSNCM.

Para enriquecer el debate académico sobre aspectos polémicos de la Administración Pública, la serie de publicaciones contiene no pocas veces la opinión de sus autores. Con todo, el contenido de los documentos los compromete sólo a ellos y no representan posición alguna del Proyecto.

Se hace la edición en hipertexto para facilitar su consulta y mejorar la utilidad a las administraciones municipales. Con la versión en hipertexto, el PSNCM asume el desafío de adaptarse a las tecnologías modernas y acercarlas a los servidores públicos municipales, quienes, dicho sea de paso, son los principales destinatarios de esta serie de publicaciones.

La misión del Proyecto está descrita en su nombre: construir un sistema de capacitación municipal. La labor de capacitación demanda apoyos didácticos y pedagógicos. Justo a ello quiere obedecer la serie de publicaciones del Proyecto. Por tanto sus pretensiones no son las de un “tratado” sino mas bien las de una guía, un manual o una cartilla.

El Proyecto Sistema Nacional de Capacitación Municipal es adelantado por el Gobierno Colombiano con el apoyo de la Cooperación Técnica de la Unión Europea. Sus operadores son la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- y la Federación Colombiana de Municipios -FCM- en coordinación y concurrencia con entidades de los ordenes nacional, departamental y municipal.

La revisión de los textos de esta serie estuvo a cargo de José Eduardo Gómez Figueredo, Carlos Augusto Giraldo y Rovitzon Ortiz Olaya.

ROBERTO PRIETO LADINO
Codirector Nacional

THEODOR WERNERUS
Codirector Europeo

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN Y EL CONTROL A LA ADMINISTRACION PUBLICA

CAPITULO I

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

- 1. ÓRGANO DE CONTROL**
- 2. ESQUEMA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN LA ESTRUCTURA DEL ESTADO.**
- 3. EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LAS CONTRALORÍA**
- 4. LA AUTONOMIA Y EL REGIMEN PRESUPUESTAL**
- 5. LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL**
- 6. LA PERSONERÍA JURÍDICA DE LA CONTRALORÍA**
- 7. EL RÉGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA**

CAPITULO II

LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES

- 1. RÉGIMEN JURÍDICO**
- 2. LAS CONTRALORÍAS DEPARTAMENTALES**
- 3. LAS CONTRALORÍAS DISTRITALES Y MUNICIPALES**
- 4. EL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES**

CAPITULO III

EL CONTROL FISCAL

- 1. EL CONTROL FISCAL EN EL MODELO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**
- 2. EL CONCEPTO DE LA GESTIÓN FISCAL**
- 3. EL CONTROL FISCAL COMO FUNCIÓN PÚBLICA**
- 4. EL CONCEPTO DE LO POSTERIOR Y SELECTIVO**

- 5. LOS SISTEMAS DEL CONTROL FISCAL: EL CONTROL FINANCIERO, DE LEGALIDAD, DE GESTIÓN, DE RESULTADOS Y EL CONTROL FÍSICO**
- 6. LOS PRINCIPIOS DEL CONTROL FISCAL: LA EFICIENCIA, LA ECONOMÍA, LA EFICACIA, LA EQUIDAD Y LA VALORACIÓN DE LOS COSTOS AMBIENTALES**

CAPÍTULO IV

LA REVISIÓN Y FENECIMIENTO DE LAS CUENTAS

- 1. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS MÉTODOS Y LA FORMA DE RENDIR CUENTAS DE LOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE FONDOS O BIENES DE LA NACIÓN, Y LA DETERMINACION DE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN FINANCIERA, OPERATIVA Y DE RESULTADOS**
- 2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR CUENTA?**
- 3. LA SELECTIVAD Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS**
- 4. LOS RESPONSABLES DE RENDIR CUENTAS**
- 5. LA REVISIÓN DE CUENTAS**
- 6. LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN: LA ECONOMÍA, LA EFICACIA, LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD**
- 7. LOS PRINCIPIOS DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS**
- 8. EL FENECIMIENTO DE LAS CUENTAS**
- 9. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FENECIMIENTO**
- 10. EL NUEVO ENFOQUE DE AUDITORIA INTREGAL**

CAPITULO V

LA RESPONSABILIDAD FISCAL

- 1. DIFERENTES TIPOS DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS**
- 2. LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA**

CAPÍTULO VI

EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

- 1. DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA**

2. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

CAPÍTULO VII EL TEMA AMBIENTAL Y EL CONTROL FISCAL

CAPÍTULO VIII LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y COMUNITARIA EN EL CONTROL FISCAL

CAPÍTULO IX LA CONTABILIDAD DE LA EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO Y LA FUNCIÓN DE AUDITAR EL BALANCE DE LA HACIENDA

CAPÍTULO X EL CONTROL FISCAL A LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

- 1. ETAPAS DEL CONTROL**
- 2. EL CONTROL FISCAL A LA URGENCIA MANIFIESTA**

CAPÍTULO XI LA FACULTAD DE CONCEPTUAR SOBRE LA CALIDAD Y EFICIENCIA DEL CONTROL FISCAL INTERNO DE LAS ENTIDADES Y ORGANISMOS DEL ESTADO

CAPÍTULO XII LA FACULTAD DE EXIGIR INFORMES DE GESTIÓN

CAPÍTULO XIII LA FACULTAD DE PROMOVER INVESTIGACIONES PENALES O DISCIPLINARIAS Y DE SOLICITAR LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONARIOS

CAPÍTULO XIV EL REGISTRO DE LA DEUDA PÚBLICA DE LA NACIÓN Y DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

CAPÍTULO XV

DICTAR NORMAS GENERALES PARA ARMONIZAR LOS SISTEMAS DE CONTROL FISCAL DE TODAS LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL ORDEN NACIONAL Y TERRITORIAL

CAPÍTULO XVI

LA FUNCIÓN DE PRESENTAR A LA CÁMARA DE REPRESENTANTES LA CUENTA GENERAL DEL PRESUPUESTO Y DEL TESORO Y CERTIFICAR EL BALANCE DE LA HACIENDA PRESENTADO AL CONGRESO POR EL CONTADOR GENERAL

PRESENTACION

A partir de la trascendental reforma introducida por la Carta Política de 1991 a la institución de la Contraloría y el control fiscal, se ha venido consolidando una nueva dimensión técnica que acentúa la evaluación de la gerencia pública (control de gestión y de resultados), además de los tradicionales sistemas soportados en el control del legalidad y el financiero, con lo cual se introdujeron los conceptos de eficiencia y eficacia como nuevos elementos a través de los cuales se mide el cumplimiento de las metas y objetivos de la administración pública.

Este control, que pudiéramos llamar estratégico, se integra a los modelos de gestión pública que mediante aquellos componentes, buscan reflejar –sobre todo en el nivel territorial-, no sólo el elemento central de la democracia participativa que proyecta y orienta el sentido de desarrollo local, mediante los múltiples mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la comunidad para tal fin, sino adicionalmente el proceso integral de la planeación y el ejercicio correlativo de la gestión pública, todo ello enmarcado en los principios constitucionales fundamentales del Estado social de derecho.

Adicionalmente, el control fiscal cumple un papel integrador con el propio sistema de control interno –en el cual funda sus raíces-, con lo cual se estrecha aún más la relación interfuncional entre el órgano de control externo (contraloría), y el sujeto vigilado (la administración) responsable del diseño de su propio control.

Esta perspectiva destaca el papel preventivo y de soporte del control fiscal, pues su interés medular se debe centrar en mejorar el entorno

vigilado –sobre todo mediante el ejercicio coordinado de acciones evaluativos con las oficinas de planeación y de control interno-, con lo cual se supera el simple papel policivo y represivo que antaño caracterizaba su ejercicio.

Está claro, la problemática del desarrollo y mejoramiento de la entidades públicas también es un asunto de los organismos de control, y su aporte es trascendental para producir estrategias integrales que posibiliten tales avances; y si a este enfoque le agregamos el papel sustancial que juega la comunidad mediante el ejercicio de controles ciudadanos sobre la administración de los recursos públicos, completamos un grupo conformado por la institucionalidad del Estado, el órgano de control también estatal, y la sociedad civil, como protagonistas de esa misión básica para el futuro del país.

No en vano, la misma constitución previó normativamente en su artículo 270 que *la ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados*, disposición que si bien –de manera por demás injustificada- no ha sido objeto de reglamentación específica, goza de regulaciones generales sobre todo en materia de los reglamentos del régimen municipal (ley 136 DE 1994)., la propia ley 134 de 1994 (ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana), sin mencionar las leyes que reglamentan otros aspectos de la gestión pública, como el régimen de contratación estatal, el estatuto orgánico del presupuesto, el régimen de planeación, etc.

Pero precisamente en este escenario encontramos un terreno propicio para plantear necesarias reflexiones sobre algunas de estas instituciones que operan a nivel territorial, sobre todo en el ámbito de la gestión : el esquema de la elección popular de los alcaldes y el desempeño de las contralorías.

En el primer punto, como es obvio, no está en discusión las notables bondades en términos de democracia y crecimiento local con la adopción de aquel sistema de elección, el cual se complementa con los demás mecanismos de participación ciudadana adoptados por la Constitución. Sin embargo, entre otras causas, por falta de acompañamiento y apoyo por

parte de los entes públicos centrales, la experiencia de todos estos años en muchos de los casos ha demostrado que la baja capacidad profesional y la carencia de perfiles técnicos de los mandatarios locales elegidos popularmente, han sido causa de gran parte de los descalabros en la administración municipal y, por que no decirlo, de eventos flagrantes de corrupción que no sólo desdibujan el concepto mismo del principio democrático, sino que además tergiversan el sentido de la gestión y la gerencia idónea que debe prevalecer en esas entidades por parte de las autoridades titulares del mandato popular. Ello, sin referir el profundo daño causado al patrimonio público desde el punto de vista económico y sobre todo social, por el impacto negativo en términos de inversión, éticos y de pérdida de confianza y legitimidad de los actores estatales e incluso del estado mismo. Y si a esta problemática le agregamos los distintos fenómenos que de manera violenta actúan y rodean esa gestión local, el ejercicio de tal investidura de autoridad se hace aún más compleja y difícil.

Y teniendo claro que no es viable ni admisible históricamente volver al esquema centralista, ¿será el momento de reflexionar sobre otras opciones de administración local? ¿gerentes especialistas contratados para administrar el municipio, como ocurre en otros países?. En fin, creemos que ya es hora de repensar el Estado local.

De otra parte, ¿las contralorías territoriales han cumplido cabalmente su papel de vigilar el patrimonio público y la gestión fiscal mediante la cual se administra? ¿han prevenido los eventos de comportamientos irregulares y dañinos producidos en tantos casos contra dicho patrimonio? Y, en el otro extremo, ¿han resarcido eficazmente esos daños patrimoniales producidos? ¿han aportado al mejoramiento y desarrollo administrativo de los entes vigilados?. Estos interrogantes surgen en un momento en el cual además producirse en diversos ámbitos cuestionamientos sobre el desempeño funcional de estos órganos de control, se pone de presente la politización indebida de sus titulares y por esa vía de sus funcionarios, en perjuicio de la imparcialidad y objetividad de su desempeño, así como los cuantiosos recursos que los entes públicos territoriales deben erogar para el funcionamiento de los mismos, circunstancia que ha venido siendo objeto de ajuste y disminución (ley 617 de 2000). ¿Se deben suprimir las contralorías territoriales? ¿se debe contratar el control fiscal con empresas especializadas privadas? ¿se deben entregar esa función de control a la

Contraloría General de la República, con un modelo similar al de la Procuraduría General de la Nación?

Estos planteamientos, pues, se plasman aquí como inquietudes que necesariamente deben avocarse en un profundo y serio proceso de reflexión y análisis, con el fin de que el gobierno adopte las medidas que garanticen el cumplimiento de los objetivos constitucionales asignados a esos mecanismos e instituciones públicas.

Pues bien, con este contexto introductorio, la presente monografía desarrolla los elementos jurídicos, técnicos y conceptuales básicos del control fiscal y las contralorías, mediante una metodología descriptiva, sistemática desde el punto de vista normativo, y enriquecida con el desarrollo jurisprudencial y doctrinario, todo con un énfasis en el ámbito territorial.

EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN Y EL CONTROL A LA ADMINISTRACION PUBLICA.

A. CONTEXTO

El fenómeno de la corrupción, concibiendo el término como una cualidad inferior y opuesta al valor político esencial del interés público,¹ o como la creciente incapacidad del sistema político para alcanzar el interés público, es decir, para llegar a un espacio en el cual la libertad (en tanto autonomía) y la seguridad pudieran coexistir², se ha determinado como uno de los factores relevantes en la reproducción de la violencia en Colombia (junto con el narcotráfico, los grupos armados al margen de la ley, la ineficacia de la administración de justicia -en términos de impunidad-, y la pérdida de

1 Deas, Malcolm, Siete especulaciones sobre la corrupción en Colombia, en Política Colombiana, Revista de la Contraloría General de la República, V.III, No.3., 1993, p.32.

2 Philip, M., citado por Elvira María Restrepo de Jonson, Coceptualización de la corrupción política, en La corrupción en Colombia, Fernando Cepeda Editor, TM, Fedesarrollo, Facultad de Economía de la Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 23.

cohesión social –en términos de confianza pública-). Y en el plano político, la corrupción es un “*modo de influencia política que socava el respeto hacia las reglas que regulan el ejercicio de la democracia*”,³ entendiendo por ésta una forma reglada del ejercicio del poder.

Del mismo modo, la corrupción ha sido asociada, no sin razón, a la crisis de la administración pública desde diversas causas relevantes: el fenómeno de la ineficiencia de la gestión pública; la ausencia de una ética de lo público asociada a la gestión estatal; el clientelismo político como modo de *inclusión perverso* de los sujetos sociales; ineficacia de los mecanismos de integración ciudadana; la ineffectividad de los mecanismos internos de autorregulación; la escasez de un sistema social de información sobre la gestión pública; la singularización cultural del servicio público, entre otras tantas susceptibles

B. ENFOQUE

de mención.⁴

Las causas del fenómeno, puestas de presente por los investigadores, son diversas y variadas,⁵ y desiguales también las conceptualizaciones que se ofrecen, dependiendo el enfoque a partir del cual se conciba el problema⁶.

Igualmente encontramos explicaciones múltiples sobre los complejos factores que inciden en su análisis y comprensión (modelos explicativos, tipología, actos o estados de la corrupción, definición, perspectiva de enfoque, etc.), así como disímiles *técnicas* que se proponen para combatirla,

3 Malem Seña, Jorge F., *El fenómeno de la corrupción*, en la corrupción política, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 87.

4 Según Palau Trías entre las diversas consecuencias atribuibles a la corrupción se destacan la pérdida de credibilidad en el Estado, el gobierno y la administración pública, la agudización de la crisis de legitimidad del sistema político; y el favorecimiento a que surja la insurgencia armada en donde la corrupción ha adquirido profundos niveles de penetración social. Cfr. Palau Trías, Juan Carlos, “¿cómo mejorar el estudio de la corrupción?”, en *La corrupción al descubierto*, Ministerio de Gobierno, Bogotá, 1994.

5 Recordemos la que se ha llamado la ecuación básica de la corrupción formulada por Cartier-Bresson: Corrupción=Monopolio de la decisión pública más Discrecionalidad de la decisión pública menos Responsabilidad (en el sentido de obligación de dar cuentas) por la decisión pública. Cfr. Laporta, Francisco J., *La corrupción política: introducción general*, en la corrupción política, Francisco J. Laporta y Silvina Alvarez (eds.), Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 27.

6 Estas definiciones pueden ser agrupadas en tres grandes modelos: El primero que se apoya en los deberes del funcionario y en la singularización de la función pública; el segundo en las nociones económicas –demanda e intercambio de acciones corruptas-, y el tercero define la corrupción atendiendo el interés público.

cuyo énfasis no siempre se apoya en planteamientos estructurales y estratégicos de la problemática, sino coyunturales o meramente correctivos.

C. LA SITUACIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como se ha dicho, la corrupción, sin lugar dudas, ha sido una de las causas profundas de la crisis de la administración pública. Ha sido frecuente que el país figure en la clasificación anual del IPC⁷ que desarrolla la ONG Organización Transparencia Internacional (TI), como uno de los países con mayor nivel de corrupción, de conformidad con aquella metodología.

En este cuadro de descomposición, detrás del cual se esconden diversos factores estructurales, se encuentran otras problemáticas de la misma urdimbre, como la del *clientelismo*, cuyo ámbito debe ser estudiado, como bien lo propone el profesor Rodrigo Uprimny, no sólo en el sentido del término como categoría general ligada a una perspectiva *funcionalista*, sino integrado al plano de las *relaciones Estado-capital* y al problema de la *dominación política*.⁸

"...el sistema político del clientelismo permitió la consolidación y reproducción del capitalismo, pero incubó su propia racionalidad con costos económicos crecientes que contrastan con los beneficios políticos en descenso.

7 Este índice, aplicado por Transparencia Internacional, establece un ranking de los países según el grado de percepción de corrupción que sobre ellos existe. La puntuación del IPC se construye con base en encuestas que miden las percepciones de corrupción al interior de los países, y que son realizadas a empresarios, analistas de riesgos y al público en general. La puntuación varía entre 10 y 0, mostrando 10 un alto nivel de percepción de transparencia y limpieza y 0 un nivel altamente preocupante de percepción de corrupción. Los más recientes resultados del IPC se basan en encuestas para el período que va desde el año 1998 hasta el 2000. En el IPC del año 2000, 90 países fueron ranqueados. / En el año 1998, Colombia se ubicó en el puesto No. 79 entre 85 países, con un puntaje de 2.2. En el año 1999, Colombia ocupó el puesto No. 72 al igual que la India, entre 99 países con un puntaje de 2.9. En el año 2000, ocupó el puesto 60 con Etiopía y Tailandia entre 90 países, con puntaje de 3.2. En el año 2001 ocupó el puesto 50 con un puntaje de 3.8.

8 Uprimny, Rodrigo, Legitimidad, clientelismo y política en Colombia, en Cuadernos de Economía, U.Nacional, V.X, N.13, 1989, p.127.

*Igualmente, rescató la formalidad democrática del viejo régimen, pero no trascendió la mera legitimidad de la representación electoral. Así mismo, obtuvo estabilidad, pero no la extendió al conjunto de la Sociedad. Finalmente, alentó el fortalecimiento del Estado, pero lo castró al usarlo como compensación al debilitamiento del bipartidismo. El clientelismo alimentó al sistema, desprestigió al régimen y debilitó al Estado"*⁹.

Además de las prácticas político-clientelistas, encontramos otros factores relevantes, entre los cuales se cuentan: la impunidad, con la consiguiente pérdida de credibilidad hacia el sector público; las carencias de responsabilidad política; el vacío ético de la administración pública; el *patrimonialismo*¹⁰ de la burocracia, entre tantos otros, aunado a unos entes fiscalizadores politizados, formalizados en su acción controladora (legitimante). Adicionalmente, y de alguna manera, como bien lo acota el economista Luis Jorge Garay, el Estado venía ejerciendo en forma implícita, un rol de legitimación de la misma descomposición estructural de la sociedad.¹¹

Precisamente, en uno de los mecanismos de protección de Derechos Fundamentales, la relativa a las acciones populares previstas en el artículo 88 de la Carta, contiene entre las áreas temáticas sujetas protección, el *patrimonio público* y la *moral administrativa*, con entidad de derecho colectivo, y cuya defensa constituyen una causa que ha de ser común y frente a la cual todos debemos estar legitimados para actuar.¹²

Entre las diversas estrategias que se han propuesto para combatir la corrupción, fuera de las perspectivas éticas, los analistas¹³ del tema enfatizan el fenómeno, destacando diversas variables, como la de ser un

⁹ Leal Buitrago, Francisco, El sistema político del clientelismo, en Análisis Político, No.8,1989, p.32.

¹⁰ Cfr. Weber, Max, Economía y Sociedad, F.de C.E., T.I,p.184 y ss.

¹¹ Garay, Luis Jorge, El nuevo papel del Estado, artículo publicado en El Espectador, el 15 de noviembre de 1992.

¹² Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, Alcances y perspectivas de los órganos de control, en La corrupción al descubierto, Ministerio de Gobierno, 1994, p.245.

¹³ Vásquez Caro, Jaime, Corrupción: un peso muerto de ineficiencia e inestabilidad, en Política Colombiana, Revista de la Contraloría General de la República, V.III, No.3., 1993, p.40.

problema de eficiencia económica, precisando que a nivel macroeconómico los actos corruptos se agregan como sobrecostos a la eficiencia (como déficit fiscal o como ambos), y a nivel microeconómico, el acto corrupto es producto de la presencia de relaciones intermediadas por agentes; Inclusive, se ha llegado a afirmar que parte de la solución es la *reducción del peso muerto constituido por las transferencias improductivas de la corrupción*,¹⁴ al entender la corrupción como un subproducto de los procesos administrativos del sector público, y aceptarla como un riesgo inherente, que implica la adopción de estrategias para reducirlo.

D. EL SISTEMA NORMATIVO

A este ámbito le agregamos como paradigma de contraste, la existencia de un ordenamiento jurídico dilatado e idóneo para enmarcar con solidez el comportamiento del servicio público. De una parte, soportado en un esquema de valores y principios constitucionales, de un catálogo axiológico de la función pública y la función administrativa, estructurados en los principios de la primacía de las normas constitucionales y los Derechos fundamentales; de legalidad estricta de las competencias estatales; de la responsabilidad; de la buena fe; de la prevalencia del interés general; de la igualdad; del contenido material de las normas jurídicas; de la prevalencia del derecho sustancial, entre otros tantos. De otra, predeterminados por un conjunto finalístico que se deriva de la concepción social del Estado. Todo ello, integrado a una coherente visión sistémica (Sistema de Desarrollo Administrativo, Sistema Nacional de Control Interno, Sistema General de Información Administrativa del Sector Público, etc.) y sectorizada de la gestión pública, bajo un enfoque de gerencia pública fundamentada en la gestión (eficiencia, eficacia y economía) y orientada a los resultados (equidad y costos ambientales). Del mismo modo, a este cauce regulador del servicio público, se agrega un extenso elenco de estatutos y disposiciones coercitivas, prohibitivas, sancionatorias, punitivas, resarcitorias, que reaccionan en contra de las conductas que menoscaban del bien jurídico público, mediante diversos estatutos de responsabilidad (política, penal, disciplinaria, patrimonial, fiscal), incluso dentro del marco de un sistema jurídico transnacional (Convención Interamericana de lucha Contra la Corrupción - Ley 412 de 1997-, v.gr.). Este profuso sistema de

¹⁴ *Ibidem*.

normas en lugar de producir una eficacia sustancial¹⁵, se han reducido a una simple eficacia enunciativa y argumentativa¹⁶, dentro del paradigma

E. LA CORRUPCIÓN, LOS SISTEMAS DE CONTROL Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL

funcional de la eficacia simbólica del Derecho.¹⁷

Pues bien, sin duda, un factor determinante de la corrupción gravita, de modo paradójico, en el propio escenario del control y de los propios estatutos de responsabilidad, para este caso, la *fiscal*:

En primer término, la distorsión del control que sobreviene por su inaplicación, aplicación deficiente o insuficiente, o la ausencia de integralidad de sus sistemas, circunstancias que en lugar de prevenir y corregir la corrupción, la favorecen y la propician. El control ha asumido un papel exclusivamente formal, testimonial y simbólico, y ha dejado de producir efectos preventivos y de mejoramiento en los procesos sobre lo cuales aplica. Como se aprecia en el planteamiento, el problema no radica en la *mala calidad del control*, como erradamente, a nuestro juicio, se ha

15 Normas en las cuales su proceso de aplicación da lugar tanto a la eficacia instrumental como a la eficacia simbólica. Cfr. García Villegas, Mauricio, La eficacia simbólica del Derecho, Ediciones UniAndes, Bogotá, 1993, p. 238.

16 Eficacia enunciativa: Normas que luego de su promulgación no son ejecutadas y por lo tanto no consiguen ninguna eficacia instrumental, y eficacia argumentativa: normas promulgadas y aplicadas pero que no alcanzan los fines previstos. *Ibidem*.

17 Entre las diversas y amplias herramientas jurídicas que ofrece el ordenamiento jurídico que operan dentro del marco de la transparencia de la gestión pública, y, como consecuencia de lucha contra la corrupción, aparece las siguientes, que enunciamos a modo simplemente referencial: la acción de cumplimiento (artículo 87 de la Constitución Nacional); acción de nulidad; acción de repetición (artículo 90 de la constitución nacional); acción de tutela; acciones populares; audiencias públicas; convención interamericana de lucha contra la corrupción (ley 412 de 1997); consejos ciudadanos de control a la gestión pública; el cabildo abierto; derecho de petición (artículo 23 de la constitución nacional); normas antitrámites; denuncia por corrupción ante las autoridades competentes; estatuto anticorrupción (ley 190 del 6 de junio de 1995); extinción de dominio (ley 333 del 19 de diciembre de 1997); juntas de vigilancia de servicios públicos; jurados de votación; nulidad de la elección de concejal o diputado; oficinas de quejas y reclamos, líneas y buzones transparentes; pérdida de investidura; publicación de contratos (decreto 1477 del 5 de septiembre de 1995); revocatoria del mandato; reclamaciones electorales.

enunciado¹⁸, pues dichos sistemas *per se*, son aptos técnica e institucionalmente para producir efectos relevantes en ese ámbito y externalidades positivas respecto de los entes vigilados.

En segundo término, la apreciación sobre la problemática del control en nuestro medio, debe ser vista con una visión de contexto, que incluya tanto los sistemas aisladamente considerados, como las interrelaciones y dinámicas que los entrecruzan en los diversos ámbitos técnicos, normativos, sectorizados, metodológicos, mapas de riesgo, etc.¹⁹

En efecto, fuera de la caracterización política, económica y social que se esconde detrás de la problemática de la corrupción, es evidente que la ausencia de una articulación funcional y metodológica de los sistemas de control (como lo prevé la ley 489 de 1998), se traduce en una causa que afecta la integralidad y efectividad de los sistemas de control, no sólo en el ámbito evaluativo y correctivo, sino más aún en el escenario preventivo que deben producir dichos controles como valor agregado.

Esta circunstancia hace que muchos comportamientos lesivos contra el patrimonio público no son detectados oportunamente por aquellos mecanismos de control tanto internos como externos, lo cual conlleva a que los daños evitables, o por lo menos previsibles, se causen, quedando en manos de las autoridades correspondientes el ejercicio de acciones reparadoras a nivel patrimonial –en nuestro caso–, sancionatorias y punitivas que no logran siempre esos propósitos reivindicativos.

Más allá, en el ámbito estricto jurídico²⁰ de la responsabilidad fiscal, a las

18 Investigación de Fedesarrollo, en la Corrupción en Colombia, Fernando Cepeda Ulloa (compilador), TM editores, Fedesarrollo, U. De los Andes, Bogotá, 1997, p.49.

19 Existen los sistemas de controles internos o intraorganicos: 1.Sistema de control interno propiamente dicho, que incluye el sistema de control interno contable; 2. Sistema de control interno disciplinario; 3. Control constitucional por vía de excepción;3.Control de tutela; 4.Control jerárquico. Sistemas de controles externos o extraorganicos: 1. Sistema de control social; 2.Sistema de control político; 3.Sistema de control; 4. Sistema de control Penal; 5. Sistema de control judicial; 6. Sistema de control administrativo; 7. Sistema de control disciplinario; 8. Sistema de control técnico y, 9.Sistema de control fiscal. Cfr. Amaya Olaya, Uriel Alberto, Los sistemas constitucionales de control en Colombia, en Primeras Jornadas de derecho constitucional y administrativo, Memorias, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 11 y ss.

20 “En estos términos puede afirmarse que desde una perspectiva jurídica, el estudio del fenómeno de la corrupción se reduce, teórica y conceptualmente, a un ejercicio de comprobación o verificación del incumplimiento o violación de

contralorías se les ha cuestionado permanentemente su baja capacidad para resarcir los daños producidos al patrimonio público, y el costo mismo que genera para el fisco estatal adelantar esos procesos,²¹ muchas veces de modo ineficiente y con una muy bajo perfil jurídico-procesal que agrava la problemática planteada.

V.gr., se ha mencionado que a ese ineficaz desempeño en la función constitucional de determinar la responsabilidad fiscal y ejercer la jurisdicción coactiva para reparar los daños patrimoniales producidos contra los fondos y bienes públicos, se la adiciona la circunstancia del casi inexistente ejercicio procesal para decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas investigadas, con el fin de evitar insolvencias patrimoniales artificiales y asegurar un resarcimiento efectivo de retorno al patrimonio público,²² o la ausencia de estrategias y técnicas de investigación fructíferas, asociadas a labores conjuntas con otros organismos del Estado de mayor especialidad en la pesquisa y exploración especializada en casos de conductas dañinas al patrimonio público, sobre todo en aquellos casos de especial refinamiento y destreza en los comportamientos lesivos.

De tal suerte que este estatuto de responsabilidad fiscal tiene serios desajustes institucionales y jurídico-procesales, que exigen a las contralorías un profundo esfuerzo de cambio, dentro del marco de una nueva herramienta legal, si se quieren alcanzar los objetivos constitucionales asignados con los propósitos resarcitorios desde la perspectiva del

las prescripciones normativas, efectivamente vigentes, en un país en particular, durante un periodo de tiempo determinado". Arcila Niño, Oscar Hernando, *Aproximación teórica y metodológica para estudiar el fenómeno de la corrupción*, en Riesgos de corrupción en la administración pública, Departamento Administrativo de la Función Pública, Bogotá, 2000, p. 7.

²¹ V.gr., se hace alusión al desequilibrio del costo representativo de las contralorías, frente a los recursos recuperados por la vía de la responsabilidad fiscal. La relación costo-beneficio indica que para el funcionamiento de las contralorías el Estado ha erogado cerca de medio billón de pesos en las últimas cinco vigencias fiscales, mientras que el efectivo retorno al patrimonio público derivado de los detrimentos patrimoniales causados y declarados en esas mismas vigencias, asciende a la cifra de 4.271 millones de pesos, es decir el 0,91%.(Fuente: Auditoría General de la República, Informe de gestión, Bogotá, 2000, p. 69.)

²² A 135.464 millones, cifra sin precedentes en la historia reciente del control fiscal en el país, asciende la suma que 3.164 personas halladas como responsables fiscales, le adeudan a el Estado, según el reporte de las contralorías del país, a octubre del 2001. (Cfr. Contraloría General de la República, Boletín de Responsables Fiscales, No. 026, 15 de Octubre de 2001).

ordenamiento jurídico, y de la lucha contra la corrupción, como componente implícito de los mismos.

CAPITULO I

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. ÓRGANO DE CONTROL

El artículo 113 de la Carta Política afirma que además de las tradicionales Ramas del poder público (legislativa, ejecutiva y judicial) existen otros órganos autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Y el artículo 117 del mismo ordenamiento superior, señala que el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación, Defensor del Pueblo, personeros distritales y municipales) y la Contraloría General de la República son órganos de control. Este nivel de la organización del Estado se complementa con la organización electoral (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil), según la previsión del artículo 120 id., el Banco de la República (artículo 371 superior), y la Comisión Nacional de Televisión (artículo 77 de la Constitución y 3o. de la Ley 182 de 1995).

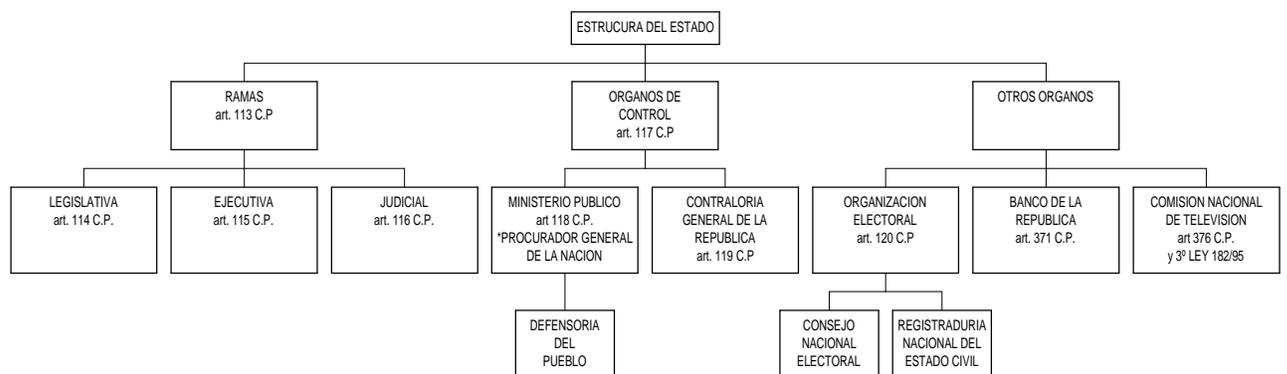
La separación de las funciones de los distintos entes enunciados, se matiza con el principio de la colaboración armónica, inserto en el artículo 113 constitucional, según el cual, “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

Este es el contexto que explica la consideración de la Contraloría - órgano unipersonal-, como Órgano de Control, declaración que a su vez determina su señalamiento como una Entidad de carácter técnico, con autonomía e independencia frente a las demás ramas y organismos del Estado y en todo caso con el talante de autoridad administrativa.

De otro lado, el carácter técnico hace relación a la simbiosis funcional que tiene la Contraloría, entre lo jurídico y lo contable-económico.

2. ESQUEMA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN LA ESTRUCTURA DEL ESTADO.

En el siguiente grafico se representará en forma esquemática la ubicación de la Contraloría General de la República, como Órgano de Control, dentro de la estructura del Estado colombiano.



* A nivel departamental esta función la ejerce la Procuraduría Delegada Departamental

En el capítulo correspondiente, se hará lo propio en relación con las contralorías departamentales, distritales y municipales, como autoridades de ese orden, en la organización territorial.

3. EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LAS CONTRALORÍA

El artículo 267 enuncia que la Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. Este precepto constitucional ha sido desarrollado por la ley, e interpretado por la jurisprudencia, en los términos que enseguida estudiaremos.

En relación con la Contraloría General de la República, el Decreto-Ley 267 de 2000, otorga autonomía administrativa, presupuestal y contractual a

dicho órgano, circunstancia que es amplificada por el estatuto presupuestal y el de la contratación estatal.

En el caso de las contralorías territoriales, la Ley 42 de 1993, precisa en su artículo 66 que en desarrollo del artículo 272 de la Carta Política, las asambleas y los concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas.

3.1.1 LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA

En primer nivel analítico, el concepto de autonomía administrativa de la Contraloría, significa que dicho ente no pertenece a ninguna de las ramas del poder público, ni a la organización electoral, sino que es un órgano de control, autónomo e independiente que aun cuando forma parte del Estado, tiene una naturaleza propia que, en razón a sus funciones, requiere de un ordenamiento y organización especiales, que difiere del común aplicable a las demás entidades²³.

En un segundo nivel, la autonomía administrativa comporta que para el cumplimiento de sus funciones la Contraloría no tiene ninguna injerencia de otro ente estatal, y como consecuencia posee una capacidad de gestión y auto-organización para manejar los asuntos propios; es decir, que esa autonomía es la facultad para gestionar con independencia de cualquier otro ente, todos los asuntos vinculados con el giro de sus funciones, y regirse por las directrices de administración que ella misma señale, dentro del marco normativo constitucional y legal.

El artículo 6º. Del Decreto-Ley 267 de 2000, precisa que en ejercicio de la autonomía administrativa, corresponde a la Contraloría General de la República definir todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de sus funciones, en armonía con los principios consagrados en la constitución y ese decreto.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-529, nov. 11/93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La facultad constitucional otorgada a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales, de organizar a las respectivas contralorías como entidades técnicas, y dotarlas de autonomía administrativa y presupuestal, es reiterada en el artículo 155 de la ley 136 de 1994, y en el inciso cuarto del artículo 105 del Estatuto de Bogotá (Decreto 1421 de 1993), en relación con la Contraloría Distrital de Bogotá.

El artículo 267 de la Constitución, en su inciso tercero, prescribe que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, delimitando aún más su accionar autónomo diferenciado.

Precisamente una de las manifestaciones de esta autonomía se refleja en el artículo 7º., inciso segundo, del Decreto 267 de 2000, el cual prescribe que en los procesos contenciosos administrativos la Contraloría General de la República estará representada por el Contralor General o por el abogado que él designe para el efecto mediante poder, capacidad que se extiende para dichos efectos a los contralores territoriales.

3.1.1.1 LIMITES A LA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA:

la autonomía administrativa de la Contraloría no faculta al contralor para reglamentar los requisitos de las primas técnicas. La Corte Constitucional²⁴ estudió el punto, con ocasión de la demanda formulada contra el ordinal 5o., artículo 113, de la ley 106 de 1993, disposición que facultaba el Contralor General de la República para señalar los requisitos mínimos que deberán cumplirse, a fin de asignar la prima técnica de los funcionarios que desempeñen los cargos comprendidos en los niveles directivo-asesor, nivel ejecutivo y los de nivel profesional.

Precisó la Corte, que la Carta Política, para desarrollar las funciones señaladas a la Contraloría General de la República -extensivas a las territoriales-, le otorgó ciertas potestades reglamentarias.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-100 de 7 de marzo de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sin embargo, agregó, la Constitución atribuyó de manera expresa al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con las leyes marco sobre prestaciones y salarios de los servidores públicos, de acuerdo con el señalamiento contenido en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución. Además, el literal f) del mismo artículo, confiere esa potestad al Gobierno en relación con todos los empleados públicos, globalidad en la cual se incluyen los funcionarios de la Contraloría.

Por esta razón, la Corte no consideró admisible que se otorgara dicha facultad al Contralor, la cual es exclusiva del Gobierno, motivo por el cual declaró exequible la norma, pero en el entendido condicionante de que corresponde al Gobierno la reglamentación de los requisitos mínimos que deben cumplirse para acceder a la prima técnica.

3.1.1.2 EN EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA, EL CONTRALOR SÍ PUEDE EJERCER LA POTESTAD DISCRECIONAL DE ADJUDICAR LAS PRIMAS TÉCNICAS.

En la misma sentencia anteriormente citada, la Corte Constitucional apuntó que el Contralor -como director del organismo autónomo de control-, sí tiene la facultad ejecutiva de conceder dichos beneficios económicos a los funcionarios que cumplan determinados requisitos, pues dicha potestad es propia de la autonomía administrativa de la Contraloría.

Además, la asignación de primas técnicas se encuentra íntimamente ligada a la atribución constitucional del Contralor de proveer los empleos de su dependencia que haya creado la ley, contenida en el artículo 268, ordinal 10o.

Agregó la Corporación, que esta facultad discrecional no entraña la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, recordando, además, que tales actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, a través de las acciones pertinentes, en el evento que los mismos se consideren violatorios de la Constitución o la ley.

Y, acotando el punto, precisó la Corte:

"Esto significa que el ejercicio de las potestades discrecionales se encuentra sometido a los principios que gobiernan la validez y eficacia de los actos administrativos, y se debe entender limitado a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados a la autoridad por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto, se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede. Por ello, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor la Corte considera que deben ser interpretadas estas facultades del Contralor, que son administrativas por su naturaleza, señala con claridad que "en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa".²⁵

4. LA AUTONOMIA Y EL REGIMEN PRESUPUESTAL

4.1. EN RELACION CON LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

El artículo 11, literal b), del Decreto 111 de 1996, *"Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto"*, precisa que el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos.

²⁵ *Ibídem.*

El referido Decreto, en el artículo 110, delimita el alcance de la autonomía presupuestal de la Contraloría en los siguientes términos:

“Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes.

En la sección correspondiente a la rama legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica”.(subrayas nuestras)

El Decreto 267 de febrero 22 de 2000, por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones, señala en su artículo 8º. el régimen presupuestal de dicho órgano de control, reglándolo de la siguiente manera:

“Autonomía presupuestal. La Contraloría General de la República tendrá autonomía para la fijación, el manejo y la administración de su presupuesto en concordancia con la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional.

La Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas que manejen fondos o bienes de la Nación, la cual se establecerá de la siguiente forma:

1. Se calculará el presupuesto total de la Contraloría General de la República para la vigencia fiscal que corresponda, incluyendo en él sus gastos de funcionamiento.

2. Se tomará la sumatoria del valor de los presupuestos de los organismos y entidades vigiladas.

3. El valor definido como el presupuesto total de la Contraloría General de la República, tal como se definió en el numeral 1), se dividirá entre la sumatoria del valor de los presupuestos de las entidades y organismos vigilados, obteniendo así un factor.

4. El factor obtenido en el numeral 3) se aplicará al valor de los presupuestos de cada organismo o entidad vigilada considerados individualmente. El resultado de aplicar dicho factor constituye la tarifa de control fiscal por organismo o entidad vigilada.

La tarifa de control fiscal será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del Contralor General de la República y dicho valor deberá presupuestarse en forma obligatoria en el respectivo presupuesto anual.

El valor total del recaudo por este concepto no podrá superar por ningún motivo el valor total de los gastos de funcionamiento e inversión que garanticen el óptimo ejercicio de la misión encomendada a la Contraloría General de la República”.²⁶

La anterior disposición determina el quantum del presupuesto de la Contraloría General de la República, presupuesto que, como se puede apreciar, se fija de conformidad con las necesidades operativas y orgánica de la entidad, con lo cual se garantiza su adecuado ejercicio funcional.

²⁶ Esta norma reproduce sustancialmente la anterior regulación contenida en el artículo 4º. de la ley 106 de 1993.

En consonancia con lo anterior, y debido a que el régimen presupuestal constitucional es desarrollado a través de una ley orgánica, a esta categoría legal (que tiene rango cuasi-constitucional, según lo ha precisado la jurisprudencia²⁷), como un eje matriz del sistema, deben someterse el presupuesto Nacional y el de las entidades territoriales, y como es patente, el de la Contraloría, dentro de su marco sustancial y procedimental²⁸, como se verá enseguida.

a) Límites a la autonomía presupuestal de la Contraloría. La Corte Constitucional²⁹ tuvo oportunidad de estudiar el punto, al analizar si el Contralor General de la República tenía facultad para presentar directamente al Congreso el respectivo proyecto de presupuesto de la Contraloría, y no a través del gobierno como lo señala el Decreto 267 de 2000.

Precisó el Máximo Tribunal Constitucional, que en el gobierno reposa la facultad de formulación del Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones, según se deduce del artículo 346 de la Carta.

Así mismo, derivado del principio de universalidad del presupuesto, se impone que en el respectivo proyecto de ley de apropiaciones estén contenidos la totalidad de los gastos del Estado para la correspondiente vigencia fiscal, según lo anuncia el artículo 347 del mismo Texto Superior.

Por esta razón -concluye la Corte- no es posible la presentación por separado, en diferentes proyectos de presupuesto, de los gastos correspondientes a los diversos órganos del Estado.

Y agrega:

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 6 de agosto de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸ Del mismo modo, se puede afirmar que el grado de autonomía presupuestal de la Contraloría, se rige por -entre otros-, el principio delineado por la Corte Constitucional, según el cual la materia propia relevante para esta entidad específica, es el límite de su competencia autonómica, en relación con aquella materia.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-592 de siete de diciembre de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"La Corte Constitucional ya se ha referido con anterioridad a la primacía del principio de unidad presupuestal sobre el principio de autonomía, en relación con las entidades territoriales. Si la autonomía presupuestal de las entidades territoriales -las cuales aportan ingresos propios al presupuesto general de la Nación- se subordina al principio de unidad presupuestal, con mayor razón este principio precede al principio de autonomía de los órganos del Estado que no perciben ingresos ni los aportan al presupuesto general"³⁰.

De tal suerte, que en ejercicio de su autonomía presupuestal, la Contraloría debe presentar su anteproyecto de gastos y apropiaciones al Ministerio de Hacienda, para ser incorporado al proyecto de presupuesto nacional, y por conducto del gobierno ser presentado ante el Congreso.

b) El Gobierno tiene la facultad de modificar el anteproyecto de presupuesto presentado por la Contraloría General de la República. Ahora bien, se pregunta la Corte Constitucional, en la sentencia últimamente citada, si el gobierno tendría la facultad de modificar el anteproyecto de presupuesto presentado por los Órganos del Control del Estado (Contraloría y Procuraduría) en ejercicio de su autonomía presupuestal, o si esa sería una facultad exclusiva del Congreso.

Al respecto, precisó la Corte que la intervención del gobierno supone la facultad de modificación de los anteproyectos presentados por las diversas entidades públicas, según se desprende del artículo 352 de la Constitución Política y 16 de la ley 179 de 1994.

"La formulación del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones supone la potestad del Gobierno de presentar el proyecto respectivo en la forma que considere debe ser aprobado por el Congreso. En esto radica precisamente la iniciativa presupuestal radicada en cabeza del Ejecutivo, como responsable de la política económica y de desarrollo. No se entendería la exclusividad gubernamental de la iniciativa presupuestal (C.P. art.154), de admitirse que hace parte de la autonomía de ciertos órganos del Estado la posibilidad de presentar al Congreso proyectos de presupuesto parciales, bien en forma separada o conjunta con el presupuesto general de la Nación. Es consustancial a la facultad de formulación del presupuesto, la potestad del Gobierno para disponer libremente en el respectivo proyecto de las

³⁰ *Ibíd.*

apropiaciones destinadas a cada sección del presupuesto. No de otra forma se explica por qué al propio Congreso le está prohibido aumentar ninguna de las partidas de gastos propuestas por el Gobierno, salvo que medie la aceptación escrita del ministro del ramo (C.P.art.351). Por otra parte, ante la eventualidad de que el Congreso no expida el presupuesto en el término dispuesto en la Constitución, rige el presupuesto presentado en tiempo por el Gobierno (C.P.art.348), disposición ésta que refuerza la tesis que reconoce potestades plenas al Ejecutivo para la formulación y aprobación del presupuesto general"³¹.

5. LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

De la autonomía general que la Carta Política reconoce a la Contraloría, se deriva la capacidad contractual, cuyo reconocimiento pertenece al ámbito de la ley, por determinación expresa de la misma Constitución.

Así mismo, el inciso final del artículo 150 del Código Superior, precisa que compete al Congreso expedir el estatuto general de la administración pública y en especial de la administración nacional. Y el artículo 352 del mismo Texto, indica que la Ley Orgánica del Presupuesto regulará, entre otras materias, la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

La aparente contradicción entre las anteriores disposiciones ha sido descartada, tanto por la doctrina³², como por la jurisprudencia:

"En la ley orgánica pueden hacerse definiciones sobre la capacidad de contratar, para efectos de la ejecución presupuestal. En el Estatuto General de Contratación, por el contrario, se hace la determinación concreta de los funcionarios que contratarán, como se ha hecho por medio de la ley 80 de 1993".³³

³¹ *Ibíd.*

³² Cfr. Montoya Medina, Luis Eduardo, La personería de los entes estatales en la ley de contratación, en Pensamiento Jurídico, Revista de la U. Nacional, No.1-1994, pág.105.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 25 de agosto de 1994, M.P.Jorge Arango Mejía.

Pues bien, el Decreto 267 de 2000, en su artículo 7º., determina que en ejercicio de la autonomía contractual, el Contralor General de la República suscribirá en nombre y representación de la entidad, los contratos que debe celebrar en cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de la delegación que al efecto realice conforme a lo dispuesto en el referido decreto.

La ley 80 de 1993, o Estatuto de la Contratación Estatal, reiteró esta facultad, en su artículo 2º., numeral 1º., literal a., al incluir en su enunciación de entidades estatales, para los efectos de dicha ley, a la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Así mismo, el artículo 11, numeral 3º., literales a) y b), de esta ley, otorga competencia al Contralor General de la República, y a los contralores departamentales, distritales y municipales, para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva, y para dirigir procesos licitatorios o concursos.

Y precisamente, el Decreto 111 de 1996, en su artículo 110, dispuso: *"Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes"*.

Y el inciso tercero del artículo referido, señala: *"En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica"* (negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en la exposición de motivos de la ley 80³⁴, se advirtió que

no necesariamente la capacidad de contratar, en relación con las entidades públicas, se identifica con el concepto de personería jurídica, criterio que fue acogido por la Corte Constitucional al declarar exequible, entre otras normas, los artículos 53 y 57 de la ley 42 de 1993, demandados parcialmente³⁵.

Según algunos analistas, lo anterior significa que la Ley 80 le otorgó personería jurídica a las Contralorías, de modo restrictivo, para los efectos del contrato estatal³⁶, o una especie de personería jurídica limitada exclusivamente para contratar,³⁷ aspecto que estudiaremos enseguida.

6. LA PERSONERÍA JURÍDICA DE LA CONTRALORÍA

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica en relación con este punto. En una primera oportunidad, acotó que dicha capacidad para celebrar contratos no supone que las contralorías tengan personería jurídica, *"ni que la representación legal esté radicada en cabeza del titular del ente a quien se le atribuye"*³⁸; es decir, que en estos casos, según esa Corporación, la representación legal le corresponde a la persona jurídica territorial (departamento o municipio), a través de su representante (gobernador o alcalde).

En idéntico sentido se había pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de 11 de diciembre de 1992, en el cual indicó:

*"...Las contralorías departamentales son dependencias de los correspondientes departamentos y las distritales y municipales de los respectivos distritos y municipios./ Los departamentos, distritos y municipios son personas jurídicas de Derecho Público (artículo 80 de la ley 153 de 1887), cuyos representantes son los correspondientes gobernadores y alcaldes (artículos 303, inciso 1o., y 315, número 3, de la Constitución). Las contralorías, por el contrario, como entidades que pertenecen a los departamentos, distritos y municipios, no tienen ni podrían tener personería jurídica"*³⁹.

Sin embargo, el consejero Libardo Rodríguez Rodríguez, en la primera decisión referida, se separó del criterio mayoritario, sosteniendo

para el efecto la tesis según la cual -y con el obvio fundamento en la Carta del 91-, la Contraloría General de la República, y las contralorías territoriales, sí tienen personalidad jurídica, derivada de la autonomía administrativa, presupuestal y contractual reconocida por la Constitución y la Ley.

Posteriormente, la misma Sección Primera del Consejo de Estado, produjo una nueva decisión, en la cual, luego de un análisis de las normas que desarrollan la autonomía de las Contralorías, y partiendo del concepto de Entidad que ellas tienen, concluyó que dichos órganos de control sí están dotados de personería jurídica, con todas las consecuencias que tal apreciación implica.

"El aspecto finalístico de todos los organismos o entidades creados por el Estado relativo a la eficiencia, en el ejercicio de las funciones atribuidas por el constituyente, o la ley, permiten afirmar que tal principio finalístico de la eficacia no tendría razón de ser, si a las contralorías no se les calificara con el atributo de la independencia, la autonomía, el ser entes, y en fin, el de ser sujetos de derechos y obligaciones, todo lo cual comporta como ya se ha visto, la esencia de una persona jurídica. Por eso, y lo resalta la Sala, la Constitución calificó a la Contraloría General de la República de entidad y la dotó de autonomía".

"...De lo anteriormente expuesto, es claro que de los atributos de autonomía administrativa, presupuestal y contractual de que se ha dotado al ente contralor a nivel nacional, surge la posibilidad de que éste sea sujeto de derechos y obligaciones, identificándose en consecuencia los atributos esenciales inherentes a la persona jurídica"⁴⁰.

Contraloría General y contralorías territoriales son personas jurídicas. "Como lo advirtió la sala en providencia de 11 de septiembre de 1995 (Exp. 3405, actor: Fabio Puyo Vasco, M.P. Nubia González Cerón), y ahora lo reitera, del contenido de los artículos 57 de la Ley 42 de 1993, que prevé que "La Contraloría General de la República estará representada por el Contralor General o por el abogado que él delegue" y 31 numeral 7º del la Ley 106 de 1993, que estatuye que es función del Contralor General "llevar la representación legal de todos los asuntos que en el ejercicio de sus funciones se presenten a favor o en contra de la entidad", se infiere que la Contraloría General de la República tiene el

atributo de la personería jurídica que la hace capaz de comparecer a los procesos en calidad de parte actora o de demanda.

Y como el artículo 65 de la referida Ley 106 prescribe que las contralorías departamentales, distritales y municipales “realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos jurídicos a los de la Contraloría General de la República, lo cual equivale a decir que también están investidas de personería jurídica y que su representante legal es el contralor.

Y no resulta válido el argumento del a quo en cuanto a que tal personería sólo puede entenderse referida a la materia contractual, ya que no sólo la Ley 80 de 1993 le reconoce dicho atributo a la Contraloría General de la República, sino que, como ya se vio, también lo hace la Ley 42 de 1993, que regula la organización del sistema de control financiero y los organismos que lo ejercen.⁴¹

Dichas cualidades, concluye el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, se extienden a las contralorías territoriales, por querer de la misma Carta Política, y las leyes que han venido reglamentando las autonomías de dichos Órganos.

Entonces, podemos afirmar que las Contralorías sí tienen personería jurídica y, por lo tanto, los contralores no sólo son titulares de la facultad de contratar, en ejercicio de la autonomía reconocida por la ley 42 y la ley 80, sino además de llevar la representación legal en los actos que así se requiera, entre otras virtualidades posibles.

7. EL RÉGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

El artículo 125 de la Carta Política advierte que todos los empleos en los órganos y entidades del Estado, son de carrera. Bajo esta premisa, el numeral 10o. del artículo 268 de la Constitución Política, previene que la Contraloría tendrá un régimen especial⁴² de carrera administrativa, muy de

acuerdo a ese postulado de profesionalización de la función pública. Con esta primordial finalidad, además el constituyente pretendió despolitizar la administración de personal de estos organismos, antaño socavados por la burocratización y el desarraigo corporativo.

Se debe recordar, que la Reforma Constitucional plebiscitaria de 1957, elevó a rango constitucional, por primera vez a ese nivel normativo, la carrera administrativa, en su artículo 62.⁴³

De esta forma, pues, se garantiza el propósito de asegurar el trabajo, como postulado axiológico consignado en el preámbulo de la Carta, su respeto como derecho fundamental y deber social -según lo advierte el artículo 25 id.-, y garantizar el principio mínimo fundamental⁴⁴ de la igualdad de oportunidades para los trabajadores, y demás aspectos contenidos en el artículo 53 de la Carta. Así mismo, se propende por la estabilidad laboral, la cual implica que los empleados inscritos en carrera administrativa sólo pueden ser separados de sus cargos por alguna de las causas previstas en el inciso segundo del artículo 125 de la Constitución y el artículo 42 del Decreto-Ley 268 de 2000 por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República.⁴⁵

Es decir, que mediante este sistema de selección, en igualdad de oportunidades, las calidades, los méritos y el cumplimiento estricto de los deberes, serán los únicos factores que determinen el ingreso, promoción o retiro, según el caso, de un funcionario en las Contralorías. Desde el punto de vista institucional, el sistema de carrera administrativa garantiza la vinculación de personal idóneo, con experiencia y conocimiento, requisitos que guardan proporción con la responsabilidad y el alto nivel técnico de las funciones de estos órganos de control, mejorando cualitativamente sus niveles de eficiencia organizacional.

7.1. LA CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

7.1.1. ANTECEDENTES

Para el efecto de reglar ese régimen especial de carrera administrativa, para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría, el Presidente de la República expidió el Decreto-Ley 268 de 200, por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República, estatuto que reemplazó la Ley 106 de 1993, mediante la cual se creó el sistema especial de carrera administrativa de esa entidad de control.

Esta reglamentación sigue de cerca las directrices señaladas por la Corte Constitucional sobre el alcance y naturaleza de los cargos que pueden ser considerados como de libre nombramiento y remoción, punto este de importancia sustancial de la definición del régimen.

En efecto, la Corte tuvo oportunidad de estudiar los temas a partir de la revisión que hizo de la ley 106 de 1993, sobre todo respecto de la norma que determinaba los cargos de Jefe de Unidad, Director, Jefe de Unidad Seccional, Jefe de División Seccional, Profesional Universitario grados 13 y 12 y Coordinador del régimen de carrera administrativa, ente otros como de libre nombramiento y remoción.

La Corte Constitucional declaró inexequibles dichos apartes - reiterando una jurisprudencia anterior-, por considerar que la regla general es la carrera administrativa, según los mandatos constitucionales expuestos, y que cualquier excepción legal a ese régimen debe tener sustento en la naturaleza misma de la función que desempeñe el cargo, que haga necesario un tratamiento especial para que el nominador disponga libremente del mismo, nombrando o removiendo a su titular por fuera de las normas de carrera administrativa.

"Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades...confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto

tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata...Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el intuïto personae..."⁴⁶.

Similar situación se observó en la sentencia C-405 de 1995,⁴⁷ al declararse inexecutable la consideración dentro del régimen de libre nombramiento y remoción, a otros rangos de empleos contenidos en la ley 106, relativos al secretario administrativo, director seccional, asesor, director, jefe de división, jefe de división seccional, rector, vicerrector, secretario general grado 12. De igual manera, todo el personal que dependa directamente de los despachos del Contralor General, Vicecontralor, Secretario General, Secretario Administrativo y Auditor General, son de carrera administrativa, de conformidad con la decisión de constitucionalidad que nos ocupa.

7.1.2. ALCANCE

La legislación vigente se encuentra contenida en el Decreto 268 de 2000, el cual define la carrera administrativa de la Contraloría General de la República como un sistema técnico de administración del talento humano que tiene por objeto alcanzar la eficiencia, la tecnificación, la profesionalización y la excelencia de sus empleados con el fin de cumplir su misión y objetivos.

A su vez, el artículo 2º. del mencionado decreto precisa que el objetivo de la carrera administrativa es el de mejorar la eficiencia de la administración de la Contraloría General de la República y ofrecer a todos los Colombianos igualdad de oportunidades de acceso a la entidad.

Agrega, que el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro en los empleos de carrera de la Contraloría General de la República se hará considerando exclusivamente el mérito, sin que para ello la filiación política o razones de otra índole puedan incidir de manera alguna. Su aplicación no podrá limitar ni constreñir el libre ejercicio del derecho de asociación a que se refiere el artículo 39 de la Constitución Política.

De otra parte, el mismo decreto señala en su artículo 3º., que son cargos de carrera administrativa todos los empleos de la Contraloría General de la República, con excepción de los de libre nombramiento y remoción que la misma disposición enumera así:

- Vicecontralor
- Contralor Delegado
- Secretario Privado
- Gerente
- Gerente Departamental
- Director
- Director de Oficina
- Asesor de Despacho
- Tesorero

· Los empleos cuyo ejercicio implique especial confianza o que tengan asignadas funciones de asesoría para la toma de decisiones de la entidad o de orientación institucional y estén creados en los Despachos del Contralor General, del Vicecontralor, del Secretario Privado, de la Gerencia del Talento Humano y de la Gerencia de Gestión Administrativa y Financiera.

Advierte igualmente la disposición, que en todo caso son cargos de libre nombramiento y remoción:

1. Aquellos que sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta pero que pertenezcan al ámbito de dirección y conducción institucional, de manejo o de especial confianza.

2. Los empleos cuyo ejercicio implique la administración y el manejo directo de bienes, dinero y valores del Estado.

3. Aquellos que no pertenezcan a los organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones, como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personal de los servidores de la Contraloría General de la República.

7.2. EL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA NO TIENE FACULTADES DE CREAR, SUPRIMIR O FUSIONAR CARGOS DE LA CONTRALORÍA.

En vigencia del anterior régimen de carrera administrativa, el parágrafo del artículo 56 de la ley 42 de 1993, facultaba al Contralor General de la República para "*adecuar la estructura de la Contraloría General de la República e introducir las modificaciones que considere convenientes para el cumplimiento de la presente Ley hasta tanto se expida la ley correspondiente a su estructura*".

Para dichos efectos, los artículos 2o. y 3o. de la ley 73 de 1993, establecían unos parámetros de indemnización para los funcionarios, "*a quienes se les suprime el cargo de acuerdo con las facultades de suprimir, fusionar y crear cargos otorgadas al Contralor General de la República por el artículo 56 de la ley 42 de 1993...*"

La Corte Constitucional⁴⁸ se pronunció sobre el alcance de dicha facultad, planteando, en primer término, quién es el titular de las facultades de suprimir, fusionar y crear cargos en la Contraloría General de la República.

Para dar respuesta al interrogante, el Máximo Tribunal constitucional, efectuó un recuento histórico, poniendo de presente que tanto en la Carta Política de 1886, como en la reforma de 1968, se atribuía al Congreso de la República la facultad de crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus respectivas dotaciones, así como la de determinar la estructura de la administración creando Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de prestaciones sociales, respectivamente. El Presidente de

la República, en el régimen de 1968, tenía expresas facultades para crear, suprimir y fusionar empleos.

Respecto de esa facultad, en relación con los cargos de la Contraloría General de la República, la reforma de 1968 mantuvo la competencia en el Congreso de la República.

La Corte Constitucional concluyó, al analizar la Carta Política del 91, que la facultad de suprimir, fusionar y crear cargos en la Contraloría, es competencia exclusiva del Congreso, y no del Contralor, no sólo por la cláusula general de competencia, sino porque el ordinal 10o. del artículo 268 constitucional, define como una atribución del Contralor, la de proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley.

"La Constitución ha establecido entonces un control político de la estructura administrativa de la Contraloría en cabeza del Congreso, sin que ello signifique que el Contralor esté desprovisto de instrumentos para incidir sobre la planta de personal de la entidad. De un lado, la Corte considera necesario precisar que la ley que regula la estructura y crea, fusiona o suprime los empleos de la Contraloría no es de iniciativa exclusiva del Gobierno. En efecto, ya anteriormente se mostró que esta ley no corresponde a aquellas que determinan la estructura de la administración nacional (CP art.150 ord.7), por lo cual ésta puede ser expedida o reformada a iniciativa de los miembros de cualquiera de las Cámaras (CP art.154) o del propio Contralor General de la República (CP art.156 y 268 ord 9). Por ello, si el Contralor considera necesario crear, suprimir o fusionar empleos puede presentar al Congreso proyectos de ley sobre el tema...De otro lado, el Contralor tiene la facultad de redistribuir internamente los cargos establecidos por la Ley, de acuerdo con las necesidades del servicio de la Contraloría General".⁴⁹

7.3. LA FACULTAD DE CREAR, SUPRIMIR O FUSIONAR CARGOS EN LA CONTRALORÍA, NO PUEDE SER DELEGADA POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA AL CONTRALOR.

La Corte Constitucional, en la sentencia invocada, advirtió que el Congreso sólo puede otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la

República, según lo señala el artículo 150, numeral 10, de la Carta, y, a través de una ley orgánica, puede conferir competencias normativas a las entidades territoriales, de conformidad con el artículo 151 del mismo texto Superior.

De tal suerte, que dicha facultad no puede delegarse al Contralor, y la misma debe ser ejercida directamente por el Congreso, o excepcionalmente, mediante delegación, por el Presidente de la República.⁵⁰

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 2o. y 3o. de la ley 73 de 1993, y, por unidad normativa, el párrafo del artículo 52 de la ley 42 de 1993.

CAPITULO II LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES

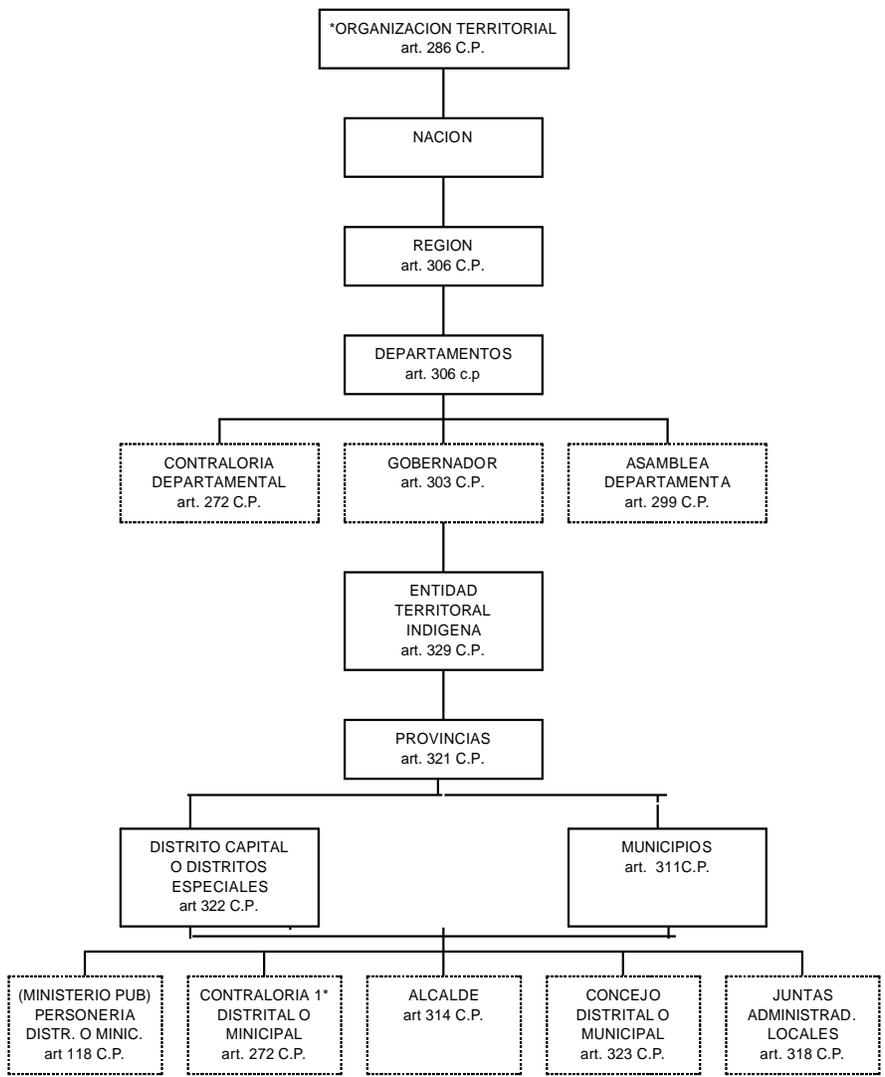
1. RÉGIMEN JURÍDICO

Por aplicación extensiva de las normas aplicables a la Contraloría General de la República, prevista tanto de la Constitución Política, como de la ley 42 de 1993, y por expresa inclusión por parte de la ley 80 de 1993, del Decreto 111 de 1996 y de la ley 330 de 1996, **ley 136** en sus correspondientes materias, las Contralorías territoriales gozan de la misma autonomía administrativa, presupuestal y contractual que tiene la Contraloría General de la República. Los supuestos jurídicos definidos atrás sobre dichos temas específicos son igualmente aplicables -bajo el alero proporcional del respectivo ámbito normativo-, a estas contralorías.

Así, v.gr., sobre el punto de la autonomía presupuestal, el Consejo de Estado ha señalado, siguiendo las directrices hermenéuticas ya invocadas:

"la autonomía presupuestal de las contralorías... implica que la ordenanza o el acuerdo de presupuesto, según se trate de contraloría departamental, distrital o municipal, debe señalar directamente los recursos indispensables para cubrir los gastos de funcionamiento de la entidad durante la vigencia fiscal; de donde se deduce que, según la Constitución, esos recursos no pueden consistir en 'porcentajes de los presupuestos de las entidades descentralizadas municipales', sino en guarismos específica y directamente asignados en el presupuesto para el funcionamiento de la correspondiente contraloría...En consecuencia, la autonomía presupuestal de las contralorías municipales y distritales exclusivamente consiste en que los recursos asignados para los gastos de funcionamiento de la correspondiente entidad se deben administrar sin ninguna injerencia extraña, pero no habilita a los contralores para proponer directamente proyectos de acuerdo que modifiquen el presupuesto municipal, de iniciativa privativa del alcalde..."⁵¹

Basta, pues, con puntualizar algunas otras materias que tienen su propia identidad reguladora, previa la configuración gráfica de estas contralorías territoriales en la organización administrativa territorial.



*Las áreas metropolitanas, comunas, corregimientos y asociaciones de municipios , junto con el CORPES, las zonas de frontera y las corporaciones autónomas regionales, son entidades administrativas con soporte territorial.

1* Siempre y cuando el municipio cumpla los requisitos para tener Contraloría propia, del articulo 156 de la Ley 136 de 1994

2. LAS CONTRALORÍAS DEPARTAMENTALES

El artículo 272 de la Carta Política, determina que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde no haya contraloría, se efectuará por la correspondiente contraloría departamental.

La legislación vigente en esta materia, que modificó el Decreto 1222 de 1986, o Código de Régimen Departamental, es la ley 330 de 1996, la ley 42 de 1993, y la ley 617 de 2000.

La misma Constitución y la Ley 42, indican que corresponde a las asambleas organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Lo anterior, a pesar de lo incontestable y a todas luces obvio, implica que las contralorías departamentales tienen origen en la Constitución Política, razón por la cual no se puede en ningún caso, ni suprimirse por un acto de naturaleza legal, o administrativo (ordenanza), ni menos ser reemplazado por otro género de control.⁵²

La Corte Constitucional ha precisado, según se vio en su oportunidad, que el control fiscal es una función pública encargada en forma exclusiva a la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, salvo en los casos que el municipio no tenga su propias contraloría, caso en el cual la competencia radica en la contraloría departamental. La Corte Constitucional dejó también a salvo la participación ciudadana en dicho control, según lo indique la ley, de acuerdo con la modulación que efectúa el artículo 270 constitucional.

En relación con las contralorías departamentales, el legislador expidió la ley 330 de 1996, estatuto que reglamenta los aspectos sustanciales del régimen de control fiscal a ese nivel territorial, incluyendo el tema presupuestal, aspecto este último que ha sido modificado por la ley 617 de 2000, contentiva del

denominado ajuste fiscal, cuestión a la cual le dedicaremos los párrafos siguientes al presente acápite.

Y con el fin de obtener una visión integral sobre los asuntos regulados en la citada ley, formularemos la siguiente presentación esquemática, con las concordancias normativas integradoras, y la jurisprudencia complementaria pertinente.

2.1 RÉGIMEN PRESUPUESTAL

Tanto para las contralorías departamentales, como distritales y municipales, el régimen presupuestal ha sido regulado en la ley 617 de 2000, por medio de la cual se reforma parcialmente la ley 136 de 1994, el Decreto 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el decreto 1421 de 1993, y se dictan normas tendientes a fortalecer la descentralización y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional. Este texto normativo reglamenta la temática presupuestal, partiendo del supuesto de la categorización de los departamentos para los exclusivos efectos de la misma ley, así:

ARTICULO 1º. Categorización presupuestal de los departamentos. En desarrollo del artículo 302 de la Constitución Política, teniendo en cuenta su capacidad de gestión administrativa y fiscal y de acuerdo con su población e ingresos corrientes de libre destinación, establécese la siguiente categorización para los departamentos:

CATEGORIA ESPECIAL: Todos aquellos departamentos con población superior a dos millones (2.000.000) de habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean superiores a seiscientos mil (600.000) salarios mínimos legales mensuales.

PRIMERA CATEGORIA. Todos aquellos departamentos con población comprendida entre setecientos mil un (700.001) habitantes y dos millones (2.000.000) de habitantes, cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales

iguales o superen ciento setenta mil un (170.001) salarios mínimos legales mensuales y hasta seiscientos mil (600.000) salarios mínimos legales mensuales.

SEGUNDA CATEGORIA. Todos aquellos departamentos con población comprendida entre trescientos noventa mil un (390.001) y setecientos mil (700.000) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean iguales o superiores a ciento veintidós mil un (122.001) y hasta de ciento setenta mil (170.000) salarios mínimos legales mensuales

TERCERA CATEGORIA. Todos aquellos departamentos con población comprendida entre cien mil un (100.001) y trescientos noventa mil (390.000) habitantes y cuyos recursos corrientes de libre destinación anuales sean superiores a sesenta mil uno (60.001) y hasta de ciento veintidós mil (122.000) salarios mínimos legales mensuales.

CUARTA CATEGORIA. Todos aquellos departamentos con población igual o inferior a cien mil (100.000) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean iguales o inferiores a sesenta mil (60.000) salarios mínimos legales mensuales.

PARÁGRAFO 1º. Los departamentos que de acuerdo con su población deban clasificarse en una determinada categoría, pero superen el monto de ingresos corrientes de libre destinación anuales señalados en el presente artículo para la misma, se clasificarán en la categoría inmediatamente superior.

Los departamentos cuya población corresponda a una categoría determinada, pero cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales no alcancen el monto señalado en el presente artículo para la misma, se clasificarán en la categoría correspondiente a sus ingresos corrientes de libre destinación anuales.

PARAGRAFO 2º. Sin perjuicio de la categoría que corresponda según los criterios señalados en el presente artículo, cuando un departamento destine a gastos de funcionamiento porcentajes superiores a los límites que establece la presente ley se reclasificará en la categoría inmediatamente inferior.

PARÁGRAFO 3º. Cuando un departamento descienda de categoría, los salarios y/o honorarios de los servidores públicos serán los que correspondan a la nueva categoría.

PARAGRAFO 4º. Los Gobernadores determinarán anualmente, mediante decreto expedido antes del treinta y uno (31) de octubre, la categoría en la que se encuentra clasificado para el año siguiente, el respectivo departamento.

Para determinar la categoría, el decreto tendrá como base las certificaciones que expida el Contralor General de la República sobre los ingresos corrientes de libre destinación recaudados efectivamente en la vigencia anterior y sobre la relación porcentual entre los gastos de funcionamiento y los ingresos corrientes de libre destinación de la vigencia inmediatamente anterior, y la certificación que expida el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- sobre población para el año anterior.

La Dirección General del Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- y el Contralor General de la República remitirán al gobernador las certificaciones de que trata el presente artículo, a más tardar el treinta y uno (31) de julio de cada año.

Si el respectivo Gobernador no expide la certificación sobre categorización en el término señalado en el presente párrafo, dicha certificación será expedida por el Contador General de la Nación en el mes de noviembre.

Cuando en el primer semestre del año siguiente al que se evalúa para la categorización, el departamento demuestre que ha enervado las condiciones para disminuir de categoría, se calificará en la que acredite en dicho semestre, de acuerdo al procedimiento establecido anteriormente y teniendo en cuenta la capacidad fiscal.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE y el Contralor General de la República, remitirán a los Gobernadores las certificaciones de que trata el presente artículo dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición de la presente ley, a efecto de que los gobernadores determinen, dentro de los quince (15) días siguientes a su recibo, la categoría en la que se encuentra clasificado el respectivo departamento. Dicho decreto de categorización deberá ser remitido al Ministerio del Interior para su registro.

Y en cuanto a la financiación de gastos de funcionamiento de las entidades territoriales, advierte lo siguiente:

ARTICULO 3º. Los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que estos sean suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas.

PARAGRAFO 1º. Para efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por ingresos corrientes de libre destinación los ingresos corrientes excluidas las rentas de destinación específica, entendiéndose por estas las destinadas por ley o acto administrativo a un fin determinado.

Los ingresos corrientes son los tributarios y los no tributarios, de conformidad con lo dispuesto en la ley orgánica de presupuesto.

En todo caso, no se podrán financiar gastos de funcionamiento con recursos de:

- a. El situado fiscal;
- b. La participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación de forzosa inversión;
- c. Los ingresos percibidos en favor de terceros que, por mandato legal o convencional, las entidades territoriales estén encargadas de administrar, recaudar o ejecutar;
- d. Los recursos del balance, conformados por los saldos de apropiación financiados con recursos de destinación específica;
- e. Los recursos de cofinanciación;
- f. Las regalías y compensaciones;
- g. Las operaciones de crédito público, salvo las excepciones que se establezcan en las leyes especiales sobre la materia;
- h. Los activos, inversiones y rentas titularizadas, así como el producto de los procesos de titularización;
- i. La sobretasa al ACPM;
- j. El producto de la venta de activos fijos;
- k. Otros aportes y transferencias con destinación específica o de carácter

transitorio;

1. Los rendimientos financieros producto de rentas de destinación específica.

PARAGRAFO 2º. Los gastos para la financiación de docentes y personal del sector salud que se financien con cargo a recursos de libre destinación del departamento, distrito o municipio, y que generen obligaciones que no se extingan en una vigencia, solo podrán seguirse financiando con ingresos corrientes de libre destinación.

PARAGRAFO 3º. Los gastos de funcionamiento que no sean cancelados durante la vigencia fiscal en que se causen, se seguirán considerando como gastos de funcionamiento durante la vigencia fiscal en que se paguen.

PARAGRAFO 4º. Los contratos de prestación de servicios para la realización de actividades administrativas se clasificarán para los efectos de la presente ley como gastos de funcionamiento.

En relación con el presupuesto de las contralorías departamentales, la citada ley prevé la siguiente escala porcentual:

ARTICULO 8º. Valor máximo de los gastos de las Asambleas y Contralorías Departamentales. A partir del año 2.001, durante cada vigencia fiscal, en las Asambleas de los departamentos de categoría especial los gastos diferentes a la remuneración de los diputados no podrán superar el ochenta por ciento (80%) de dicha remuneración. En las Asambleas de los departamentos de categorías primera y segunda los gastos diferentes a la remuneración de los diputados no podrán superar el sesenta por ciento (60%) del valor total de dicha remuneración. En las Asambleas de los departamentos de categorías tercera y cuarta los gastos diferentes a la remuneración de los diputados no podrán superar el veinticinco por ciento (25%) del valor total de dicha remuneración.

Las Contralorías departamentales no podrán superar como porcentaje de los ingresos corrientes anuales de libre destinación del respectivo departamento, los límites que se indican a continuación:

Categoría	Límite gastos Contralorías
Especial	1.2%

Primera	2.0%
Segunda	2.5%
Tercera y Cuarta	3.0%

ARTICULO 9º. Período de transición para ajustar los gastos de las Contralorías Departamentales. Se establece un período de transición a partir del año 2001, para los departamentos cuyos gastos en Contralorías superen los límites establecidos en los artículos anteriores en relación con los ingresos corrientes de libre destinación, de la siguiente manera:

Año	2001	2002	2003	2004
Categoría				
Especial	2.2%	1.8%	1.5%	1.2%
Primera	2.7%	2.5%	2.2%	2.0 %
Segunda	3.2%	3.0%	2.7 %	2.5%
Tercera y Cuarta	3.7%	3.5%	3.2 %	3.0 %

PARAGRAFO. Las entidades descentralizadas del orden departamental deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto dos por ciento (0.2%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.

En todo caso, durante el período de transición los gastos de las Contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda departamental, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo.

2.2. REGIMEN SALARIAL DEL CONTRALOR Y ESCALA SALARIAL DE LA PLANTA DE PERSONAL

El **Artículo** 27 de la Ley 617 de 2000, prescribe que en ningún caso el monto del salario asignado a los Contralores departamentales podrá superar el ciento por ciento (100%) del salario del gobernador.

En primer lugar, la norma indica que la asamblea departamental al momento de reglamentar la escala salarial de la contraloría, sólo podrá fijar como salario máximo del contralor el equivalente al 100% del respectivo gobernador.

Y en segundo lugar determina de manera implícita la disposición que dicho monto podría ser inferior al salario del gobernador.

Ahora bien, para efectos de determinar cuál sería el monto máximo, es necesario verificar la regulación establecida por el gobierno nacional, mediante la cual categoriza a los departamentos sólo para efectos de fijar las escalas salariales respectivas de los gobernadores, pues de esa escala depende la fijación del salario del contralor.

En efecto, el Decreto número 303 de 2000, por el cual se fijan los límites máximos de asignaciones salariales de los gobernadores y alcaldes y se dictan otras disposiciones, determina:

Artículo 1º. Los límites salariales establecidos en el presente decreto serán el monto máximo que podrán autorizar las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales al momento de establecer los salarios del Gobernador o el Alcalde, según corresponda.

Artículo 2º. A partir del 1º de enero del año 2000, el monto máximo salarial que podrán autorizar las Asambleas Departamentales al momento de establecer los salarios del respectivo Gobernador, será el siguiente:

1. Para los Gobernadores de departamentos cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales igualen o superen seiscientos mil un (600.001) salarios

mínimos legales mensuales, el límite máximo de la asignación salarial mensual será cinco millones novecientos once mil quinientos pesos (\$5.911.500).

2. Para los gobernadores de departamentos cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean entre seiscientos mil (600.000) y ciento setenta mil un (170.001) salarios mínimos legales mensuales, el límite máximo de la asignación salarial mensual cuatro millones setecientos veintinueve mil doscientos pesos (\$4.729.200).

3. Para los gobernadores de departamentos cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean iguales o inferiores a ciento setenta mil (170.000) salarios mínimos legales mensuales, el límite máximo de la asignación salarial mensual será tres millones quinientos cuarenta y seis mil novecientos pesos (\$3.546.900).

Parágrafo. La asignación salarial mensual a que se refiere el presente artículo comprende tanto el salario básico como a los gastos de representación del respectivo funcionario.

En cuanto a la escala salarial de la planta de personal de la respectiva contraloría, se debe tener en cuenta la reglamentación proferida por el Gobierno Nacional, en la cual, a partir del año 2000, se limitaron los límites máximos de los montos de los salarios de los empleados públicos de las entidades territoriales.

Esta regulación se produjo mediante el Decreto 2406 de 1999, expedido en ejercicio de las facultades de la ley 4ª. De 1992, cuyo texto es el siguiente:

“ART. 1º - Para Determinar el monto de los salarios de los empleados públicos de las entidades territoriales para el año 2000, las autoridades respectivas deberán tomar como límite máximo la cuantía fijada para el mismo año por el Gobierno Nacional a los distintos empleos pertenecientes a los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico y asistencial de la rama ejecutiva nacional a que se refiere el literal a) del artículo 1º de la Ley 4ª de 1992.

PAR.- Los niveles administrativo y operativo de los empleos de la entidades territoriales serán equivalentes a los del nivel asistencial de la rama ejecutiva del orden nacional.

ART. 2º- Las prestaciones sociales de los empleados públicos del nivel territorial, así como los factores salariales para su liquidación, serán determinadas por el Gobierno Nacional.

ART. 3º- Las autoridades territoriales correspondientes, al fijar la remuneración de sus empleados públicos deberán ceñirse a los parámetros señalados en los artículos anteriores.

ART. 4º- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992, todo régimen que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en el presente decreto, carecerán de todo efecto y no crearán derechos adquiridos” .

3. LAS CONTRALORÍAS DISTRITALES Y MUNICIPALES.

3.1. REQUISITOS PARA SU CREACIÓN

Como ya se vio, el artículo 272 de la Carta Política, indica que la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios incumbe a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de las Contralorías Municipales.

De tal suerte que en los municipios donde no haya contraloría, la vigilancia de la gestión fiscal corresponderá a la respectiva contraloría departamental, como lo precisa la ley 617 de 2000.

Adicionalmente, para que un municipio pueda tener su propia contraloría, debe llenar los requisitos exigidos por el artículo 21 de la citada ley 617, el cual

modificó el artículo 156 de la Ley 136 de 1994, prescribiendo que únicamente los municipios y distritos clasificados en categoría especial y primera y aquellos de segunda categoría que tengan más de cien mil (100.000) habitantes, podrán crear y organizar sus propias Contralorías.

Agrega la disposición citada que las contralorías de los municipios y distritos a que se refiere el inciso anterior deberán suprimirse cuando se establezca la incapacidad económica del municipio o distrito para financiar los gastos de funcionamiento del órgano de control fiscal, refrendada por la Contaduría General de la Nación.

Como se señaló, en los municipios o distritos en los cuales no haya Contraloría municipal, la vigilancia de la gestión fiscal corresponderá a la respectiva Contraloría departamental. En estos casos no podrá cobrarse cuota de fiscalización u otra modalidad de imposición similar a los municipios o distritos.

La misma disposición desarrolla en su párrafo transitorio que al 31 de diciembre del año 2000 las Contralorías que funcionan en los municipios o distritos de categoría 2ª, distintas a las autorizadas en el comentado artículo 3ª, 4ª, 5ª y 6ª quedarán suprimidas.

Vencido el término señalado en el presente párrafo, no podrá ordenarse gasto alguno para financiar el funcionamiento de las contralorías de estos municipios o distritos, salvo los necesarios para su liquidación.

3.2. REGIMEN PRESUPUESTAL

La misma ley 617 citada se encarga de desarrollar la materia, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 6°. Valor máximo de los gastos de funcionamiento de los distritos y municipios. Durante cada vigencia fiscal los gastos de funcionamiento de los distritos y municipios no podrán superar como proporción de sus ingresos corrientes de libre destinación, los siguientes límites:

Categoría	Límite
Especial	50%
Primera	65%
Segunda y Tercera	70%
Cuarta, Quinta y Sexta	80%

ARTÍCULO 7°. Período de transición para ajustar los gastos de funcionamiento de los distritos y municipios. Se establece un período de transición a partir del año 2001, para los distritos o municipios cuyos gastos de funcionamiento superen los límites establecidos en los artículos anteriores en relación con los ingresos corrientes de libre destinación, de la siguiente manera:

Año	2001	2002	2003	2004	
Categoría					
Especial	61%	57%	54%	50%	
Primera	80%	75%	70%	65%	
Segunda y Tercera	85%	80%	75%	70%	
Cuarta, Quinta y Sexta	95%		90%	85%	80%

ARTÍCULO 10. Valor máximo de los gastos de los Concejos, Personerías, Contralorías Distritales y Municipales. Durante cada vigencia fiscal, los gastos de los concejos no podrán superar el valor correspondiente al total de los honorarios que se causen por el número de sesiones autorizado en el artículo 20 de esta ley, más el uno punto cinco por ciento (1.5%) de los ingresos corrientes de libre destinación.

Los gastos de personerías, contralorías distritales y municipales, donde las hubiere, no podrán superar los siguientes límites:

PERSONERIAS

Aportes máximos en la vigencia
Porcentaje de los Ingresos
Corrientes de Libre Destinación

Categoría

Especial 1.6%

Primera 1.7%

Segunda 2.2%

Aportes Máximos en la vigencia en
Salarios Mínimos legales mensuales

Tercera 350 SMML

Cuarta 280 SMML

Quinta 190 SMML

Sexta 150 SMML

CONTRALORIAS

Límites a los gastos de las
Contralorías municipales.

Porcentaje de los Ingresos Corrientes de Libre Destinación

Categoría

Especial 2.8%

Primera 2.5%

Segunda (más de 100.000 habitantes) 2.8%

PARÁGRAFO. Los concejos municipales ubicados en cualquier categoría en cuyo municipio los ingresos de libre destinación no superen los mil millones de pesos (\$1.000.000.000) anuales en la vigencia anterior podrán destinar como aportes adicionales a los honorarios de los concejales para su funcionamiento en la siguiente vigencia sesenta salarios mínimos legales.

ARTÍCULO 11. Período de transición para ajustar los gastos de los concejos, las personerías, las contralorías distritales y municipales. Se establece un período de transición a partir del año 2001, para los distritos y municipios cuyos gastos en concejos, personerías y contralorías, donde las hubiere, superen los límites establecidos en los artículos anteriores, de forma tal que al monto

máximo de gastos autorizado en salarios mínimos en el artículo décimo se podrá sumar por período fiscal, los siguientes porcentajes de los ingresos corrientes de libre destinación de cada entidad:

Año	2001	2002	2003	2004
CONCEJOS				
Especial, Primera y Segunda	1.5%	1.8%	1.7%	1.6%
PERSONERIAS				
Especial	1.9%	1.8%	1.7%	1.6%
Primera	2.3%	2.1%	1.9%	1.7%
Segunda	3.2%	2.8%	2.5%	2.2%
CONTRALORIAS				
Especial	3.7%	3.4%	3.1%	2.8%
Primera	3.2%	3.0%	2.8%	2.5%
Segunda	3.6%	3.3%	3.0%	2.8%

(más de 100.000 habitantes)

PARÁGRAFO. Las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.

En todo caso, durante el período de transición los gastos de las contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda distrital o municipal, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo.

3.3. REGIMEN SALARIAL DEL CONTRALOR Y ESCALA SALARIAL DE LA PLANTA DE PERSONAL.

La citada ley 617, también avoca el tema, señalando unos nuevos parámetros salariales, en correspondencia con la tesis de ajuste fiscal planteada a nivel territorial, precisando en el artículo 22, el cual modifica el artículo 159 de la ley 136 de 1994, que el monto de los salarios asignados a los Contralores y Personeros de los municipios y distritos, en ningún caso podrá superar el ciento por ciento (100%) del salario del alcalde.

Por su parte, el monto máximo del salario del alcalde que podrá fijar el concejo distrital o municipal, se encuentra establecido en el decreto 303 de 2000, el cual señala la siguiente categorización para tales efectos salariales:

Artículo 3°. A partir del 1° de enero del año 2000, atendiendo la categorización establecida en la ley 136 de 1994, el monto máximo salarial que podrán autorizar los concejos municipales y Distritales al momento de establecer los salarios del respectivo alcalde, será:

1. En aquellos distritos o municipios de categoría especial, el límite máximo de la asignación salarial mensual de los alcaldes será de cinco millones novecientos once mil quinientos pesos (\$5.911.500).
2. En aquellos distritos o municipios de primera categoría, el límite máximo de la asignación salarial mensual de los alcaldes será de cuatro millos setecientos veintinueve mil doscientos pesos (\$4.729.200).
3. En aquellos distritos o municipios de segunda categoría, el límite máximo de la asignación salarial mensual de los alcaldes será de tres millos quinientos cuarenta y seis mil novecientos pesos (\$3.546.900).
4. En aquellos distritos o municipios de tercera categoría, el límite máximo de la asignación salarial mensual de los alcaldes será de dos millones ochocientos treinta y siete mil quinientos veinte pesos (\$2.837.520).

5. En aquellos distritos o municipios de cuarta categoría, el límite máximo de la asignación salarial mensual de los alcaldes será dos millones trescientos sesenta y cuatro mil seiscientos pesos (\$2.364.600).
6. En aquellos distritos o municipios de quinta categoría, el límite máximo de la asignación salarial mensual de los alcaldes será un millón ochocientos noventa y un mil seiscientos ochenta pesos (\$1.891.680).
7. En aquellos distritos o municipios de sexta categoría, el límite máximo de la asignación salarial mensual de los alcaldes será un millón cuatrocientos dieciocho mil setecientos sesenta pesos (\$1.418.760).

Parágrafo. La asignación salarial mensual a que se refiere el presente artículo comprende tanto el salario básico como a los gastos de representación del respectivo funcionario.

Se debe advertir que la categorización de municipios de la ley 136, invocada en el decreto, fue modificada –como se observó–, por la ley 617 de 2000, siendo entonces esta la disposición aplicable para los efectos del referido decreto.

Finalmente, en cuanto a la escala salarial del personal de esta contralorías, aplica el Decreto 240 de 1999, expedido por el Gobierno Nacional, ya citado en el acápite anterior.

3.4. REGIMEN ESPECIAL DE LA CONTRALORIA DE BOGOTA D.C.

El artículo 54 de la ley 617 de 2000, delimita el valor máximo de los gastos del Concejo y la Contraloría de Santa Fe de Bogotá, D. C., precisando que durante cada vigencia fiscal, la sumatoria de los gastos del Concejo y la Contraloría de Santa Fe de Bogotá no superará el monto de gastos en salarios mínimos legales vigentes, más un porcentaje de los ingresos corrientes anuales de libre destinación según la siguiente tabla:

Límite en salarios mínimos Porcentaje de los ingresos legales mensuales corrientes de libre destinación

Concejo	3.640 smlm	2.0%
Contraloría	3.640 smlm	3.0%

El artículo 55 id., agrega que el período de transición para ajustar los gastos del Concejo y la Contraloría de Santa Fe de Bogotá, D.C. se establece a partir del año 2001, para que Bogotá, D. C., ajuste los gastos del Concejo y la Contraloría, de forma tal que al monto máximo de gastos autorizados en salarios mínimos en el artículo anterior, se podrá sumar por período fiscal, los siguientes porcentajes de los ingresos corrientes de libre destinación:

Año	2001	2002	2003	2004
Concejo	2.3%	2.2%	2.1%	2.0%
Contraloría	3.8%	3.5%	3.3%	3.0%

En cuanto al salario del Contralor de Bogotá, dispone la ley 617 en el artículo 57 que el monto de los salarios asignados al Contralor y al Personero de Santa Fe de Bogotá, D. C. en ningún caso podrá superar el cien por ciento (100%) del salario del alcalde

Y el Decreto 303 de 2000 indica en el artículo 4º. que la asignación salarial mensual máxima, incluido el salario básico y los gastos de representación del alcalde mayor de Bogotá Distrito Capital, será de cinco millones novecientos once mil quinientos pesos (\$5.911.500).

En cuanto a la escala salarial de la planta de personal de esta Contraloría, se deben consultar los límites fijados por el Decreto 240 de 1999, expedido por el Gobierno Nacional, citado en los acápite anteriores.

4. EL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES.

Al igual que la Contraloría General de la República las contralorías territoriales gozan de un régimen de carrera administrativa especial. Pero a diferencia de aquélla, la ley aún no ha expedido dicho estatuto, situación que ha producido una afectación profunda en el proceso de gerencia del recurso humano en ese nivel.

En un primer momento, el legislador decidió aplicar de manera transitoria a las contralorías territoriales la ley 27 de 1992, régimen general de carrera administrativa del personal al servicio del Estado, mientras se expedía el estatuto especial que reclama la Carta Política. Sin embargo es aplicación transitoria se mantuvo hasta el año de 1998, con la expedición de la ley 443 de ese año, la cual una vez más aplicaba de manera transitoria ese régimen, pues aún el Congreso no reglamentaba la carrera administrativa especial de las contralorías territoriales.

Y, para colmo, la ley 443, en los artículos que reglamentaban el régimen de carrera de dichas contralorías –de forma transitoria, se insiste-, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional⁵³, dejando un vacío que sólo podrá ser llenado con la expedición de la ley especial que requieren estos órganos de control.

Con base en los efectos de la sentencia referida, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁵⁴, formuló las siguientes precisiones:

“1. En caso de estar en firme y vigentes, las listas de elegibles conformadas antes de la fecha de ejecutoria de la sentencia de inexecutable, los nombramientos en cargos de carrera se harán conforme a ellas. En caso contrario, los contralores pueden hacer nombramientos en provisionalidad o encargo para proveer empleos de carrera administrativa, en forma transitoria mientras el legislador expide la reglamentación correspondiente al régimen especial de carrera administrativa en las contralorías territoriales.

2. Las comisiones seccionales a cuyo cargo estaba prevista la administración y vigilancia de la carrera administrativa en las contralorías territoriales, desaparecieron del ordenamiento jurídico como consecuencia de los efectos de la sentencia C-372 de

1999; por tanto, no existe entidad que cumpla estas funciones y tampoco la competente para realizar los procesos de selección o concurso.

3. y 4. Los actos de registro y los archivos generados por las comisiones seccionales que fueron eliminadas como consecuencia de la sentencia C-372, deben conservarse en las respectivas entidades nominadoras, en este caso por las contralorías, mientras el legislador organiza la comisión respectiva y dispone cómo se cumplirán dichos actos de registro.

5. Los criterios para la evaluación del desempeño de los servidores de las contralorías territoriales, son los señalados en el título III de la Ley 443 de 1998, mientras se expide la ley que regule la carrera especial de las contralorías territoriales.

6. Los actos administrativos dictados por las contralorías territoriales en los procesos de selección convocados por estas entidades con anterioridad al 12 de julio de 1999, día de ejecutoria de la sentencia de la Corte Constitucional, en los cuales no hubiere quedado en firme "la lista de elegibles", por no haber sido publicada, perdieron su fuerza ejecutoria; por tal razón, no pueden surtir efectos hacia el futuro, al desaparecer el fundamento legal que los sustentaba.

El nombramiento del servidor que se encuentre en período de prueba, conserva su validez, en razón a la presunción de que las etapas para el concurso y vinculación fueron cumplidas con arreglo a la ley”.

CAPITULO III

EL CONTROL FISCAL

1. EL CONTROL FISCAL EN EL MODELO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Las variables político-económicas que se proyectaron en el proceso de reforma constitucional, así como la necesidad de ajustar la Carta Política a los nuevos paradigmas del derecho constitucional contemporáneo (alemán y español, principalmente), hicieron variar el modelo de Estado, para pasar de un Estado de Derecho, a otro Estado Social de Derecho, en donde el papel del Estado, y del ordenamiento jurídico, adquiere una dimensión mucho más material que garantiza el logro de sus fines esenciales que básicamente son de carácter social, mediante una gestión pública eficiente y eficaz.

Por estas razones, el constituyente del 91 a su vez reemplazó el esquema del control fiscal vigente a la época (control numérico-legal), por un modelo que además de tener una mayor proyección técnica⁵⁵ y evaluativa, respondiera a su vez a la dinámica de una administración pública eficiente⁵⁶, dentro del programa de modernización⁵⁷ del Estado, y el plan de desregulación y privatización de algunos sectores productivos de la administración pública.⁵⁸

En otras palabras, el esfuerzo de cambio promueve la *"transición de una cultura organizacional de carácter burocrático, a otra centrada en la responsabilidad por los resultados, la eficiencia y el reconocimiento del mérito"*.⁵⁹

Sin embargo, existen otros elementos que se deben tener en cuenta::

"...En efecto, si reconocemos, de un lado, la histórica dependencia del sistema político clientelista con respecto de la burocracia -de la que deriva la debilidad del Estado y la fortaleza electoral de los partidos, a pesar de su baja representatividad- y los escasos

esfuerzos en este modelo neoliberal para modificar efectivamente dicha situación, queda la certeza de que una modernización como la planteada es insuficiente para resolver la crisis contemporánea del Estado en Colombia, por cuanto no contempla la transformación del sistema político y la formación de una cultura acorde con una administración pública moderna".⁶⁰

Pues bien, podemos concluir, a grandes rasgos, que si para el esquema de un Estado de derecho correspondía un control numérico-legal, para desarrollar el nuevo postulado del Estado Social de Derecho⁶¹, se necesitaba de un control menos formal, que tuviera un mayor énfasis en la gestión y en los resultados.

Así lo ha advertido la Corte Constitucional:

"Con la promulgación de la Carta Política de 1991, la función pública del control fiscal adquiere una nueva dimensión en la medida de que la actividad debe orientarse dentro de la filosofía del nuevo Estado Social de Derecho en general, y específicamente dirigida a la aplicación de los principios de eficacia económica, equidad y valoración de los costos ambientales" .⁶²

Así, pues, se suprimió el control fiscal previo y perceptivo y se reemplazó por el denominado control posterior y selectivo (control ex-post).

2. EL CONCEPTO DE LA GESTIÓN FISCAL

El primer inciso del artículo 267 de la Constitución Política, señala el carácter del control fiscal, determinando el ámbito activo y pasivo de su aplicación bajo el presupuesto funcional de la vigilancia a la gestión fiscal, entendida esta como el conjunto de actividades, operaciones y procesos que desarrolla la administración en todos sus niveles, o los particulares cuando administran fondos o bienes públicos, con el fin de cumplir tanto los objetivos y metas especiales, como los fines generales del Estado.

La Corte Suprema de Justicia, en vigencia del anterior régimen constitucional, definía así la gestión fiscal, en concepto restringido:

"La gestión fiscal de la Administración se inicia con los actos de adquisición o integración de un patrimonio del Estado que se destina a satisfacer las necesidades del servicio público; prosigue con los actos propios de su conservación, mejora y explotación; y concluye con la afectación, disposición o inversión de los bienes muebles o inmuebles que de él hacen parte, para el mismo fin que le dio origen, y lo justifica".⁶³

La Carta Política de 1991, a partir de los nuevos paradigmas institucionales derivados del concepto integral del Estado Social de Derecho, trazó los elementos para concebir una gestión pública orientada a los resultados, basada en el fortalecimiento de dos aspectos esenciales: la gestión integral con participación ciudadana y la capacidad institucional de los organismos y entidades gubernamentales⁶⁴.

La gestión pública se concibe como un proceso que articula estratégicamente las acciones de una entidad a su misión y objetivos, de acuerdo a las prioridades fijadas en el Plan Nacional de Desarrollo con el propósito de garantizar la mayor coincidencia entre las decisiones derivadas de la planeación y las acciones reflejadas en el presupuesto.⁶⁵

Este conjunto de acciones de la gestión fiscal, y la gestión pública en general, orientados esencialmente a la satisfacción de las necesidades de la población (rendimiento social), se encuentra permeado por dos principios básicos: el de la planeación y la evaluación.

Para el efecto, mediante la planeación, se plantea un proceso continuo de previsión de recursos y servicios requeridos, para alcanzar los objetivos y metas, determinados y priorizados por el Plan Nacional de Desarrollo, procurando orientar la acción a partir de variables alternativas que garanticen tal fin.

La evaluación, por su parte, es un instrumento que fortalece el proceso mismo de planeación (evaluación ex ante), y permite obtener mayor eficacia en la ejecución de las acciones planificadas (evaluación de seguimiento): *"Si planificar es introducir organización y racionalidad en la acción para el logro de determinadas metas y objetivos, la evaluación es una manera de verificar esa racionalidad, midiendo el cumplimiento, o la perspectiva de cumplimiento, de los objetivos y metas establecidos y la capacidad para alcanzarlos".⁶⁶*

Es decir que el sistema de evaluación no sólo lleva consigo el análisis de la función pública, en términos de alindamiento normativo, sino sobre todo destaca su esencia finalística, en el contexto social del Estado.

La legitimidad de la gestión fiscal es concebida por la Corte Constitucional, a partir de los anteriores postulados, de la siguiente manera:

"La legitimidad de la gestión fiscal de la administración se sustenta por lo expuesto en el principio de legalidad -trasunto de la soberanía popular-, al cual se adiciona en el momento presente, la eficacia, eficiencia y economía. El interés general que en todo momento debe perseguir la administración hasta el punto de que su objeto y justificación estriban en su satisfacción y sólo se logra realizar si la administración administra los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficacia, eficiencia y economía. Igualmente el artículo 267 constitucional posibilita la reorientación del control fiscal, que además de la protección del patrimonio público, 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. ".⁶⁷

3. EL CONTROL FISCAL COMO FUNCIÓN PÚBLICA

El inciso primero del artículo 267, apuntala en forma expresa el carácter de función pública que tiene el control fiscal, categoría esta que aproxima dicha función al marco general del ejercicio de los poderes públicos -función pública (el género) y función administrativa (la especie)-, desarrollado por la misma Constitución, en el capítulo 2o. del Título V, y en el capítulo 5o. del Título VII, en aras de alcanzar los fines del Estado.

La Carta Política advierte en su artículo 123, inciso 2o., que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, consagrando un fundamento deontológico⁶⁸ a la prescripción jurídica consecuente, relativa a que el ejercicio de sus funciones se debe ceñir a la Constitución, la ley y los reglamentos.

A su vez, no podemos perder de vista el catálogo de principios codificados en el capítulo segundo, del título V de la Constitución, bajo el epígrafe de la función pública, mediante el cual no sólo se regulan los aspectos propios del régimen laboral administrativo de los servidores públicos, sino además se señalan las directrices esenciales que encausan la conducta de dichos servidores, en el contexto de las finalidades y objetivos de la acción estatal, asumiendo al servidor público en sus dos dimensiones jurídicas: como realizador de los cometidos estatales y como sujeto laboral de derechos⁶⁹

De esta manera -incluyendo los principios reguladores de la función administrativa-, el profesor Tulio E. Chinchilla,⁷⁰ sistematiza dicho catálogo, así:

1. Carácter institucional o impersonal de la potestad pública (artículos 121, 122 inciso primero y 123 inciso segundo); en el sentido de que el ejercicio del poder entraña se deriva de una competencia jurídica objetiva.

2. Carácter limitativo o restrictivo de las competencias asignadas a los órganos estatales (artículos 121, 122 inciso primero y 123 inciso segundo); relaciona los límites al ejercicio de dicho poder, derivados de las competencias procedimentales, materiales, territoriales, entre otras.

3. Carácter reglado de las competencias (artículos 121, 122 inciso primero y 123 inciso segundo); se relaciona con la regulación normativa expresa, objetiva y preestablecida que debe tener cualquier conducta oficial.

4. Carácter profesional del servicio público (artículos 125, 130 y 131); hace relación con el sistema general de carrera administrativa para el acceso a la función pública, con la correlativa asignación salarial objetiva.

5. Carácter ético de la función pública (artículos 122 inciso tercero a quinto, 126, 127 inciso primero, 128 y 129), el cual hace relación a los sistemas de control existentes en la Constitución.

En este nivel, encontramos que la Carta desarrolla los siguientes tipos de controles: Control judicial (artículos 229, 86, 87, 237-2, 241-Control administrativo o disciplinario (artículo 277-6); Control político (artículo 144); Control fiscal (artículo 267), y Control interno (artículos 209, 268-6 y 269), como

controles al interior de la administración, y como un control social externo, encontramos el control ciudadano (artículos 103, 270);.

6. Carácter responsable del servicio público (artículos 123, 124 y 125 inciso segundo), mediante la asignación de un régimen de responsabilidades, como se verá más adelante.

Este amplio contexto axiológico, complementado por los particulares ejes derivados de los principios de la función administrativa, contenidos en los artículos 209 y siguientes de la Constitución, atribuyen una naturaleza específica al control fiscal, dentro del sistema institucional del Estado.

4. EL CONCEPTO DE LO POSTERIOR Y SELECTIVO

Ahora bien, en relación con la determinación del horizonte temporal que delimita lo previo de lo posterior o ex-post, se han generado algunas dificultades en la práctica, sobre todo en aquellas áreas de la gestión fiscal en donde se hace difícil deslindar el proceso de la planeación y de proyección de decisiones, de la gestión propiamente dicha. En este sentido, se afirma: *"...el punto inicial del control posterior que realizará la Contraloría en esta nueva etapa, comienza en el momento mismo en que la administración de un ente público autónomamente decide sobre la utilización de los recursos a su disposición; en este punto empieza la evaluación del cumplimiento de las metas funcionales y programáticas que la entidad se haya fijado"*⁷¹.

En relación con estos conceptos, relativos al control posterior y la selectividad, la Ley 42 de 1993, precisó que control posterior es la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control fiscal y por control selectivo, la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal.

El control fiscal posterior ya tenía antecedentes importantes en la reglamentación especial sobre la materia, con antelación a la promulgación de la Carta Política de 1991.

En efecto, como se indicó, la Ley 20 de 1975, perfilaba una nueva concepción para la evaluación fiscal de las entidades descentralizadas, y en especial de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Bajo esta visión, el artículo 3o. de la referida ley, permitía la aplicación de los sistemas de control fiscal dentro de las etapas integradas de control previo, perceptivo y posterior.

En ese sentido, la Ley 53 de 1990 señaló en su artículo 9o. (modificatorio del 309 del Código de Régimen Municipal- Decreto 1333 de 1986) que el control de la gestión fiscal de los municipios se cumpliría exclusivamente en las etapas perceptiva y posterior.

En el ámbito propio de la contratación administrativa, como se denominaba en ese entonces, el decreto 222 de 1983, en su artículo 298, circunscribió la intervención de la Contraloría al ejercicio de un control posterior, dentro del proceso de contratación, precisando esta norma que se entendía por ese tipo de control el aplicado una vez se hubiesen realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a ese control.

5. LOS SISTEMAS DEL CONTROL FISCAL: EL CONTROL FINANCIERO, DE LEGALIDAD, DE GESTIÓN, DE RESULTADOS Y EL CONTROL FÍSICO

La Ley 42 de 1993, define los nuevos controles - denominados también como los sistemas del control fiscal-, así:

1. El control financiero tiende a determinar la razonabilidad de las operaciones y estados financieros de las entidades mediante normas de

auditoria de aceptación general, verificando el cumplimiento de las normas prescritas para ello.

2. El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, etc., para corroborar su realización conforme con las normas que les sean aplicables.

3. El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia en la administración de los recursos públicos, mediante la evaluación de sus procesos administrativos, utilizando para ello metodologías tales como la de la rentabilidad pública y desempeño, la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como los beneficiarios de su actividad.

4. El control de resultados es el examen a través del cual se busca establecer en qué medida los sujetos del control fiscal logran sus objetivos y cumplen los proyectos y planes adoptados por la administración, en un período determinado.

El cambio, sin embargo, no se limitó al momento en que se produce el control y la forma del mismo, sino además se enriqueció la valoración de dicha vigilancia con unos nuevos elementos de corte económico-administrativo, configurados en el inciso segundo del artículo 267 constitucional, como controles de gestión y de resultados:

"El organismo superior de control fiscal debe asegurar a la sociedad la debida utilización de sus bienes y fondos, pero no únicamente en lo relativo al cumplimiento de unas normas y procedimientos, sino examinando que los resultados obtenidos por quienes gestionan el patrimonio público, coincidan con los objetivos de la sociedad como un todo y que dichos resultados se hayan obtenido de manera eficiente, considerando en cada caso las condiciones especiales que sin lugar a dudas existen para la actividad de los entes estatales".⁷²

Eduardo Wiesner precisa:

"En líneas generales, un sistema de evaluación de resultados tiene dos niveles o conjunto de objetivos. Uno global o macroeconómico, y otro específico al proyecto o programa bajo evaluación. Dentro del primero, se busca mejorar la calidad de la

inversión pública y la efectividad de las políticas gubernamentales. En esencia, se quiere que al más alto nivel de gobierno quienes toman decisiones sobre asignación de recursos o sobre intervención estatal dispongan de mejor y más completa información sobre lo que, en efecto, se obtiene como resultado de la acción pública. Dentro del segundo nivel de objetivos, se busca asegurar que los gerentes de proyectos de inversión pública y los administradores de políticas o programas puedan llevar un mejor control de sus actividades, sean más eficientes y, al mismo tiempo, sean ellos más medibles en el desempeño de sus responsabilidades".⁷³

El párrafo del artículo 9o. de la ley 42, prevé que el Contralor General de la República podrá adoptar, mediante reglamento especial, otros sistemas de control que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad. Igualmente, el artículo 19 de la misma ley, indica que los sistemas de control a que se refiere esa ley, podrán aplicarse en forma individual, combinada o total, y que igualmente se podrá recurrir a cualesquiera otro generalmente aceptado.

Precisamente, utilizando esta facultad, el Contralor General de la República expidió las Resoluciones Orgánicas Nos.003503, 003506 y 004546 de 1994, en las cuales tipificó el control físico, con el objeto de medir la eficiencia, economía y eficacia de las operaciones, procesos y actividades, en función de la calidad, cantidad y oportunidad en la adquisición, producción y/o prestación de bienes y servicios.

A través de este control, entre otros objetivos, se evalúa si los bienes y/servicios adquiridos cumplen con la calidad, característica y especificaciones técnicas requeridas, si su cantidad fue necesaria y la oportunidad en su adquisición; se determina y evalúa si los bienes producidos han satisfecho los requerimientos en cuanto a calidad, cantidad y oportunidad; y se verifica y evalúa si los servicios ofrecidos y/o prestados satisfacen la demanda y los requerimientos de los usuarios, en términos de calidad, cobertura y oportunidad en el ofrecimiento y/o prestación de los mismos.

Pues bien, la Contraloría General de la República ha implementado metodologías de evaluación adecuadas a las entidades públicas, diferentes a las utilizadas por las empresas privadas, las cuales se fundamentan básicamente en la evaluación financiera.

*"El excedente público sirve para cuantificar la generación de riqueza nacional a través del concepto de valor agregado y su distribución entre los diversos factores que intervienen en el proceso productivo. La rentabilidad económica valora la acción de las empresas del Estado desde el punto de vista de la sociedad, en término de la utilización de factores y recursos productivos, así como de la producción de bienes y servicios"*⁷⁴.

Estas metodologías para ejercer el control de gestión y resultados, corresponden a las siguientes, que simplemente enunciamos: análisis financiero; la metodología del excedente público y su distribución; la valoración económica de la gestión; el excedente de productividad global y el diseño de indicadores de gestión⁷⁵.

La interpretación y evaluación de los resultados se logra a través del denominado Control Total o integral (rendición y revisión de cuentas, control a la contratación, control financiero, de gestión, de resultados, evaluación del control interno, valoración de costos ambientales, etc.)⁷⁶.

Además, la cuantificación de la gestión y de los resultados se alcanza mediante la que se ha denominado por la doctrina cuantificación de las Es⁷⁷; es decir, verificando los principios del control fiscal relativos a la eficiencia, eficacia, economía, equidad y la ecología.

Para determinar cada uno de estos principios, se utilizan diversas metodologías, que van desde la francesa del surplus, del excedente de productividad global⁷⁸, del excedente de productividad interno, la tasa de productividad global de factores, la rentabilidad pública⁷⁹, el excedente público, el cálculo de la rentabilidad económica, la metodología del valor agregado⁸⁰, etc.

6. LOS PRINCIPIOS DEL CONTROL FISCAL: LA EFICIENCIA, LA ECONOMÍA, LA EFICACIA, LA EQUIDAD Y LA VALORACIÓN DE LOS COSTOS AMBIENTALES

De igual forma, el inciso segundo del artículo 267 constitucional, indicó los criterios de valoración para ejercer estos controles, relativos a la eficiencia, la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

La Ley 42 de 1993, define tales criterios así:

La eficiencia: que la asignación de los recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados.

La economía: que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo.

La eficacia: que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas.

La equidad: permite identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales.

Mediante la valoración de los costos ambientales se cuantifica el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y se evalúa la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos (desarrollo sostenible).

Entonces, la eficacia se refiere al cumplimiento de metas; para el efecto de determinarla, se compara la cantidad, la calidad, el tiempo, la oportunidad, vs. los resultados.

El profesor Agustín Gordillo, con gran precisión acota, sobre el concepto de oportunidad:

"Si el órgano administrativo actúa en el ejercicio de potestades públicas utilizando sus poderes en decisiones inconvenientes o inoportunas, parece igualmente insensato afirmar que tales decisiones, si bien inoportunas, son legales. La oportunidad, pues, no es agregado a la legalidad...oportunidad, conveniencia, mérito son elementos que integran la potestad jurídica misma que el legislador ha conferido al administrador".⁸¹

Este principio, dentro del esquema trazado por la Constitución, se encuentra plasmado, aparte de los preceptos que se comentan, en el artículo segundo, que lo contiene como uno de los fines esenciales del Estado, y en el

artículo 209, como uno de los principios de la función administrativa, entre otros.

En cuanto a la eficiencia, se parte del marco teórico de la administración de empresas, aplicada a las administraciones públicas, desarrollando para el efecto los indicadores de eficiencia. En este sentido, se verifican los recursos, el proceso al cual se aplican y los resultados obtenidos. Los resultados confrontados con los recursos aplicados, nos arroja el coeficiente de productividad.

Osborne y Gaebler -extrapolando los términos-, describen el contexto conceptual y dinámico de estos principios:

Existe una gran diferencia entre medir la eficacia y medir la efectividad. La eficacia es una medida de lo que cuesta cada unidad de resultado. La efectividad es una medida de la calidad de ese resultado: ¿Con que (sic) precisión consigue el resultado deseado? Cuando medimos la eficacia, sabemos lo que cuesta conseguir un resultado específico. Cuando medimos la efectividad, sabemos si nuestra inversión tiene valor. No hay nada más ridículo que hacer de un modo más eficaz algo que debe dejar de hacerse.

“Tanto la eficacia como la efectividad son importantes. Pero cuando las organizaciones públicas empiezan a medir sus rendimientos, a veces miden sólo su eficacia...El público evidentemente quiere un gobierno eficaz, pero aún más un gobierno efectivo. Los ciudadanos tal vez se complazcan en gastar menos en educación por alumno que el resto de Estado, pero si sus escuelas son las peores del país, no tienen muchas razones para estar felices por mucho tiempo...El centrarse en la eficacia más que en la efectividad también tiende a alienar a los funcionarios. Cuando los gobiernos acentúan el coste de cada unidad de trabajo, a menudo desarrollan una mentalidad de antifaz que menosprecia la inteligencia y destreza de sus trabajadores. La mayoría de los empleados quieren ser efectivos. La mayoría gustosamente haría lo que fuera necesario para aumentar el impacto de su organización. Pero si sus superiores únicamente se concentran en su eficacia -en lo rápido que hacen cada unidad de trabajo- empezarán a sentirse como si estuvieran en una cadena de montaje”⁸².

Este principio, de igual manera tiene otros desarrollos normativos en la Carta: el artículo 48, en relación con la seguridad social; el 49, respecto de la

salud; el artículo 365, como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; el 277, numeral 5o., en relación con las funciones del Procurador General de la Nación, entre otros.

"...Pero la Constitución no menciona únicamente la eficacia, sino que incorpora en varias de sus disposiciones el concepto de eficiencia, que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros -casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias".⁸³

En cuanto a la economía, por su parte, se busca determinar si con los recursos disponibles, se obtiene el máximo de desempeño de la entidad y, adicionalmente, se verifica el parámetro de los costos mínimos.

La equidad se refiere a la proporcionalidad de la gestión, al concepto de justicia, de igualdad, a la caracterización socio-económica de los ingresos y las inversiones aplicadas a satisfacer las necesidades de la comunidad.

En cuanto a la determinación de la equidad en las entidades -concebida a través de los valores trazados por el preámbulo de la Carta-⁸⁴, entre otros preceptos constitucionales, y su medición frente al gasto público⁸⁵, se propone la aplicación del principio del gasto inversamente proporcional, pues la proporcionalidad mantiene las desigualdades existentes.⁸⁶

"...Ya no se trata de eliminar las causas estructurales de la pobreza, sino de concentrar la capacidad de acción del gobierno en unas áreas muy selectas, donde el efecto del gasto público sobre el crecimiento y la equidad es mayor; es decir, orientar la inversión pública hacia aquellas actividades con más altas externalidades positivas⁸⁷, como sería el caso de la educación y la salud. Con estos lineamientos, el gasto social se considera como un medio para incrementar la productividad, y con ello mejorar la distribución del ingreso entre los distintos estratos de la población del país"⁸⁸.

De estos parámetros, también denominados los principios del control fiscal, se destaca el correspondiente a la economía, a través del cual la Contraloría puede pronunciarse en términos cualitativos sobre el uso del gasto público⁸⁹, como se pudo observar.

CAPÍTULO IV

LA REVISIÓN Y FENECIMIENTO DE LAS CUENTAS

El numeral 2o. del artículo 268 de la Constitución Política, atribuye al Contralor General de la República la función de revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

Y, dentro de los límites reglamentarios del artículo, por remisión normativa posterior, dicha función es extensiva a los contralores territoriales.

La ley 42 de 1993, por su parte, señala que la Contraloría General de la República indicará los métodos, formas y plazos, para esa rendición.

1. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS MÉTODOS Y LA FORMA DE RENDIR CUENTAS DE LOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE FONDOS O BIENES DE LA NACIÓN, Y LA DETERMINACION DE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN FINANCIERA, OPERATIVA Y DE RESULTADOS

La facultad prevista en el numeral 1o. del artículo 268 de la Carta Política - como la del numeral 12o.-, es de tipo reglamentario, la cual permite que el Contralor General de la República expida reglamentos generales mediante los cuales se prescriban dichos métodos y la forma de rendición de cuentas, así como la indicación de los criterios técnicos de evaluación financiera, operativa y de resultados, cuyo campo de aplicación se extiende a nivel nacional y territorial.

De tal suerte, y a pesar de la remisión que hace el artículo 272, inciso quinto, de las facultades del Contralor General de la República a los contralores territoriales, consideramos que la facultad del numeral que se comenta -que

anteriormente exigía ley previa-, es exclusiva del Contralor General de la República, pues justamente su carácter es el de homologar y armonizar los sistemas y procedimientos establecidos por el legislador.

Por lo tanto, esta facultad sugiere⁹⁰ un papel de coordinación de la Contraloría General de la República frente a las contralorías departamentales, distritales y municipales.

2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR CUENTA?

La ley 42 de 1993, entiende por cuenta, en su artículo 15, *"el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario, en un periodo determinado"*.

Fijémonos que el informe acompañado de sus soportes, hace relación a las operaciones realizadas por los responsables del erario, en un período determinado. Por esa razón, la Contraloría al reglamentar estas materias, señala el período en el cual deben rendirse las cuentas, por parte de los responsables fiscales, como se verá luego.

3. LA SELECTIVIDAD Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Una de las primeras discusiones hermenéuticas suscitadas en torno al alcance de la revisión y fenecimiento de las cuentas, dentro del contexto del control fiscal, fue la de determinar si el principio general de la selectividad⁹¹ - aplicable al control fiscal-, era extensivo a dicho proceso.

El Consejo de Estado absolvió una consulta sobre este particular, en la cual afirmó:

"Con fundamento en el anterior artículo constitucional⁹² y teniendo en consideración la importancia que reviste el sistema de revisión de cuentas (que dentro del desarrollo de la gestión integral de vigilancia fiscal debe ser complementada con otros

sistemas de control, tales como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, etc.), la Sala estima que el mismo no puede ni debe ser selectivo, pues tiene carácter obligatorio. La condición de selectivo se predica del control fiscal entendido en su concepción general, macro fiscalizadora, de ejercicio de una competencia jurídico técnica, pero no en cuanto a la especificidad del examen de cuentas, por cuanto el mandato constitucional es imperativo: 'Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario..'la Sala considera, con fundamento en el numeral 2o. del artículo 268 de la Carta Política, que el examen de cuentas no debe forma parte integrante de un control selectivo y que, por tanto, la obligación de la entidad fiscalizada es la de llevar todas las cuentas y la del organismo de control la de revisarlas en su totalidad".⁹³

Se concluye, pues, que la selectividad, principio del control fiscal posterior, no es aplicable a la rendición y revisión de las cuentas, razón por la cual la Contraloría debe revisar y fenecer todas las cuentas.

4. LOS RESPONSABLES DE RENDIR CUENTAS

La ley 42 de 1993, en su artículo 16, advierte que el Contralor General de la República, determinará las personas obligadas a rendir cuentas. Dicha facultad se hace extensiva a los contralores territoriales, según lo precisa el artículo 65 consagrado en la misma ley.

De esta forma, los responsables de rendir cuentas son los denominados responsables del erario, es decir, los representantes legales de las entidades vigiladas por las contralorías, pues en cabeza de ellos recaen las facultades generales de recibir, invertir, administrar y/o recaudar fondos o bienes públicos, y a su vez, la de custodiar los bienes o fondos de ese carácter.

En este sentido, dichos responsables del erario, son entonces los jefes o directores de las entidades de orden nacional, departamental, y municipal, según sea el caso y los particulares que manejen, administren, recauden o inviertan recursos públicos.

Ahora bien, se denominan cuentadantes, a aquellas personas que en virtud de un vínculo contractual o nombramiento, son responsables de manejo,

y a las personas que administrativamente se les haya asignado esa responsabilidad, como es el caso de los tesoreros o los pagadores. Dichos funcionarios también están obligados a rendir cuentas.⁹⁴

Estos aspectos son muy importantes, pues el nuevo control fiscal desarrollado por la Carta Política y reglamentado por la ley 42 de 1993, extendió la responsabilidad en la administración y el manejo de los recursos públicos no sólo a los cuentadantes o empleados de manejo -como ocurría antaño-, sino también a los directores de las correspondientes entidades.

La ley 42, al delimitar el campo de la responsabilidad fiscal de los servidores públicos, la hizo extensiva a los directivos de la entidades y todo aquel que produzca decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y también a los contratistas y particulares, en el evento que ellos causen detrimentos al patrimonio público que se les ha confiado por razones contractuales o de administración delegada.

El mismo Contralor, entonces, tiene la facultad de señalar el término y la forma de la rendición de cuentas, por parte de los responsables fiscales, efecto para el cual puede expedir las respectivas resoluciones reglamentarias.

La auditoría gubernamental con enfoque integral (Audite 2), define el deber de rendir cuenta como deber legal y ético que tiene todo funcionario o persona de responder e informar por el uso, administración y rendimiento de los recursos públicos asignados para el cumplimiento del mandato que le ha sido conferido.

5. LA REVISIÓN DE CUENTAS

La ley 42 de 1993, en su artículo 3o, define la revisión de cuentas, así:

"La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables

del erario durante un periodo determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones".

De acuerdo con lo anterior, la revisión de cuentas es, en primer término, un estudio especializado, derivado precisamente del nivel técnico de las materias que reglamentariamente se plasman en los documentos, mediante los cuales se certifica las operaciones realizadas por los responsables del erario, en relación con la administración presupuestal, financiera y contable de los recursos públicos, de conformidad con las disposiciones pertinentes.

Para efectuar ese estudio especializado se requiere, por lo tanto, de la aplicación de específicos conocimientos técnicos, según sea la materia objeto de dicha revisión. Si se trata de determinar la conformidad de las operaciones adelantadas por los responsables fiscales a las reglas establecidas para ello, la revisión debe tener un estricto carácter de legalidad; si se trata de verificar el alcance de la inversión en determinadas áreas técnicas, v.gr. de ingeniería civil, de sistemas, etc., ese tipo de conocimientos se debe aplicar para tal efecto; si corresponde analizar las cuentas en sus aspectos contables, o financieros, son esos conocimientos técnicos derivados de tales materias, los que se deben aplicar en el estudio especializado.

Se concluye, pues, que la revisión de cuentas es un proceso administrativo tendiente a verificar la legalidad de las operaciones, sus aspectos técnicos, financieros y contables, para comprobar, de una parte, la exactitud de los ingresos y el gasto de los bienes y fondos públicos, y de otra, el grado de rendimiento social que con ellos se produjo, de conformidad con los criterios de evaluación previstos en las normas. Es decir, se trata de una ecuación relativa a los ingresos=egresos=procedimientos= rendimiento social.

La Resolución 4998, precisa en su artículo 16o., que la Contraloría General de la República, mediante el proceso de auditoría gubernamental con enfoque integral, revisará al información que los responsables fiscales presenten sobre su gestión fiscal, con el propósito de emitir pronunciamientos articulados e integrales sobre la misma.

6. LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN: LA ECONOMÍA, LA EFICACIA, LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD

Los criterios de evaluación adoptados por la Constitución para la revisión de las cuentas, son el de la eficiencia, eficacia y economía.

Como se puede apreciar, el constituyente olvidó incorporar otro de los también denominados principios del control fiscal, relativo a la equidad, principio que el mismo constituyente enuncia en relación con el control fiscal.

La ley 42 de 1993, corrigió el olvido, y agregó como criterio de evaluación el de la equidad. Las definiciones legales de estos criterios ya fueron vistas, bajo el epígrafe de los principios del control fiscal, a cuyo contenido nos remitimos.

Bajo tales supuesto podemos agregar que la eficacia se refiere al cumplimiento de metas; para el efecto de determinarla, se compara la cantidad, la calidad, el tiempo, la oportunidad vs. los resultados.

En cuanto a la eficiencia, se parte del marco teórico de la administración de empresas, aplicada a las administraciones públicas, desarrollando para el efecto los indicadores de eficiencia. En este sentido, se verifican los recursos, el proceso al cual se aplican y los resultados obtenidos. Los resultados confrontados con los recursos aplicados, nos arroja el denominado coeficiente de productividad.

Con la economía, por su parte, se busca determinar si con los recursos disponibles, se obtiene el máximo de desempeño de la entidad y, adicionalmente, se verifica el parámetro de los costos mínimos.

La equidad se refiere a la proporcionalidad de la gestión, al concepto de justicia, de igualdad, a la caracterización socio-económica de los ingresos y las inversiones aplicadas a satisfacer las necesidades de la comunidad.

7. LOS PRINCIPIOS DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Se parte de dos principios:

Que la disposición de los bienes o fondos públicos se debe hacer conforme a las reglas señaladas en las normas legales, pues se trata de actos administrativos reglados y no discrecionales.

Y que esa disposición de bienes o fondos debe alcanzar unos objetivos, que se identifican esencialmente con el logro de las finalidades sociales del Estado.

8. EL FENECIMIENTO DE LAS CUENTAS

Si de la revisión se deduce que la cuenta está correcta, en cuanto al manejo reglamentario de sus operaciones, desde el punto de vista legal, financiero, contable y técnico, y además se han alcanzado los fines valorativos propios de esa gestión, relativos a la eficacia, la economía, la eficiencia y la equidad, la Contraloría procede a fenecer la cuenta.

Entonces, fenecer la cuenta, es aprobar las operaciones que ella contiene.⁹⁵

9. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FENECIMIENTO

El fenecimiento es un acto administrativo, contra el cual, de conformidad con los principios generales del derecho administrativo, cabrían los recursos de ley, por la vía gubernativa. Aunque, en la práctica, serían escasas las situaciones en que ello ocurriera, pues un fenecimiento implica una aprobación, situación favorable que excluiría algún reclamo por parte de los responsables de rendir cuentas, por vía de los recursos.

10. EL NUEVO ENFOQUE DE AUDITORIA INTREGAL

La Contraloría General de la República ha producido un nuevo enfoque de auditoría gubernamental con enfoque integral (denominada Audite 2), la cual tiene la siguiente caracterización:

“En el esquema de Responsabilidad de Dar Cuenta, cuyo significado trasciende la tradicional Rendición de Cuentas, al igual que la Revisión por parte de la Contraloría General de la República, supera en la administración pública actual la tradicional verificación numérico legal.

Por eso la preocupación de poder ejecutar eficazmente procesos de auditoría en tiempo real y lograr además la articulación de este proceso con la Revisión de la Cuenta y el de Responsabilidad Fiscal, de manera que se posibilite la operación coordinada del ciclo de fiscalización.

Con este propósito se adoptó mediante acto administrativo, un nuevo enfoque para la rendición de cuenta e informes, que deben realizar los sujetos de control sobre la administración y manejo de los fondos, bienes y / o recursos públicos.

Bajo este contexto, se incluye un cambio sobre la conceptualización de la rendición de cuenta y su revisión, es así como se contemplaron aspectos fundamentales, como:

- La definición de “rendir cuenta”, la cual esta orientada como la permanente obligatoriedad que tienen los responsables fiscales de informar y responder por el adecuado manejo de los fondos o bienes de la nación.*
- La forma y términos de la información, resaltando la sustitución de los formatos preestablecidos, por la presentación de la información tal y como la producen los sujetos de control fiscal, siempre y cuando sigan los lineamientos mínimos previamente establecidos por la Contraloría General de la República.*
- El contenido de acuerdo a una clasificación de los sujetos de control, según el origen / participación de los recursos y su especialidad.*
- El establecimiento de informes de gestión de los Representantes legales de los sujetos de control, por el período comprendido al frente de la administración y manejo de los fondos, bienes y recursos públicos; sin detrimento de la información anual rendida.*
- La recepción de la información en copia dura y medio magnético o transferencia electrónica de información vía módem.*

- *La revisión que se realizará aplicando y desarrollando el proceso metodológico de la auditoría gubernamental con enfoque integral y el fenecimiento a través de los informes de auditoría.*
- *La información que suministran las entidades públicas de cualquier orden territorial, que no se constituye en rendición de cuenta propiamente, pero que si apoya el desarrollo del control macro a cargo de la Contraloría General de la República.*
- *La integración de la información que soporta la actividad micro de la vigilancia del control fiscal que se realiza a través del proceso auditor y la que sirve para los fines propios de los negocios misionales de la vigilancia macroeconómica del Estado.*
- *La reglamentación de las causales y las sanciones correspondientes, en las que pueden incurrir los responsables fiscales dentro de su obligación ética y legal de rendir cuenta; reconociendo y remitiendo la aplicabilidad del proceso sancionatorio” 96*

CAPITULO V

LA RESPONSABILIDAD FISCAL

El principio de la responsabilidad, aparece registrado como uno de los principios jurídicos reguladores del Estado de Derecho, según apreciación de algún sector de la doctrina⁹⁷, y el mismo se fundamenta en el artículo 6o. de la Carta Política, según el cual los servidores públicos⁹⁸ son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la Ley, o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

"La responsabilidad ya no está ligada a la violación de un derecho subjetivo constitucional sino a la trasgresión de cualquier norma del derecho. Se trata ahora de una garantía objetiva -protectora de derecho objetivo-".⁹⁹

Este principio tiene una relación inescindible con el principio de legalidad¹⁰⁰, razón por la cual el inciso segundo del artículo 122 de la Carta Política previene que ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

El artículo 124 de la Constitución establece que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, precepto este que proviene de la Constitución de 1886, el cual configura la denominada reserva legal de la responsabilidad, es decir que sólo la ley puede trazar el ámbito normativo de dicho principio.

De igual forma, el artículo 210 del mismo Estatuto Superior, advierte que la ley determinará la responsabilidad de los presidentes, directores o gerentes, de las entidades descentralizadas.

Ya hemos dicho en otra parte, que no se puede perder de vista el catálogo de principios codificados en el capítulo segundo, del título V de la Constitución, bajo el rótulo de la función pública, mediante el cual no sólo se regulan los aspectos propios del régimen laboral administrativo de los servidores públicos, sino además las directrices esenciales que encausan la conducta de dichos servidores, en el contexto de las finalidades y objetivos de la acción estatal, asumiendo al servidor público en sus dos dimensiones jurídicas: como realizador de los cometidos estatales y como sujeto laboral de derechos¹⁰¹

De esta manera -junto con los principios reguladores de la función administrativa-, dicho inventario -ya sistematizado y referenciado en el aparte alusivo al carácter de función pública que tiene el control fiscal-, incluye el carácter responsable del servicio público (artículos 6, 123, 124 y 125 inciso segundo), el cual implica la existencia de un régimen de responsabilidades para el servidor público.

1. DIFERENTES TIPOS DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

En este aspecto, el servidor público puede ser sujeto de los siguientes tipos de responsabilidad, independientes entre sí -e incluso simultáneas¹⁰²-, y correlativos con los sistemas de control:

1) La responsabilidad política; Para ello, el artículo 114 de la Carta, prescribe que corresponde al Congreso de la República, entre otras funciones, la de ejercer control político sobre el gobierno y la administración, facultad que no se limita ni siquiera por los estados de excepción, regulados en el capítulo 6, del título VII, superior.

En ese sentido, el constituyente del 91 introdujo en la reforma de la Carta, la figura de la moción de censura¹⁰³, cuya proposición es competencia de la Cámara de Representantes (art.135-8,9).

2) La responsabilidad penal; cuando en el ejercicio de las funciones, o con ocasión de ellas, el servidor público comete un hecho punible; de aquellos cuyo bien jurídico pertenece a la protección - directa, o indirecta- de la administración y la función pública.

3) La responsabilidad administrativa o disciplinaria; derivada del incumplimiento de los deberes o prohibiciones administrativas;¹⁰⁴ o por la omisión o extralimitación de las funciones, o la violación del régimen de inhabilidades, o incompatibilidades, entre otros supuestos.

4) La responsabilidad civil o patrimonial; que consiste en la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o económicas de un hecho o acto¹⁰⁵ dañino.

5) La responsabilidad fiscal, que se analizará más adelante, y

6) La responsabilidad ciudadana o social; de tipo externo a la administración, fundada sobre los vínculos compromisorios del servidor público frente a la comunidad, la cual principalmente se refleja en el voto programático y en la revocatoria del mandato, en los eventos previstos en la Constitución y ley.

2. LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Pues bien, en el anterior régimen constitucional se consideraba que la responsabilidad civil era el género, y la responsabilidad fiscal, aparecía como una especie de ella.¹⁰⁶

A partir del nuevo esquema constitucional sobre el control fiscal y la contraloría, dicha responsabilidad fiscal adquirió su propia identidad jurídica, diversa de la responsabilidad civil, aunque, desde el punto de vista técnico, compartan los mismos elementos.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, al punto que incluso se ha afirmado del advenimiento de una nueva disciplina jurídica: la del Derecho Fiscal.

Ha dicho el Consejo de Estado, sobre el punto:

"Todo ello permite deducir que la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencian de los demás tipos de responsabilidad, incluyendo la civil, de donde se desprendió para adquirir su propia personalidad...En nuestro país la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumplen el tipo de gestión pública a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su específico fundamento...Por tanto, la responsabilidad fiscal no debe ser tratada como una especie de responsabilidad civil, sino más bien como uno de los distintos tipos que emanan del género responsabilidad, cuya fuente directa es, como se dejó expresado, el artículo 60. de la Constitución".¹⁰⁷(subrayas fuera del texto).

Es decir que la responsabilidad fiscal está relacionada con la administración de los recursos públicos del Estado, por parte de los servidores públicos que ejercen la gestión fiscal, o los particulares cuando administran bienes o fondos públicos.

Su fundamento constitucional se apoya en el artículo 60. de la Carta, como ya se dijo, y en el numeral 5o. del artículo 268 del mismo Texto, el cual atribuye

al Contralor General de la Nación -y a las contralorías territoriales, por remisión del artículo 272, inciso 5o.-, la competencia para establecerla. Complementariamente, el desarrollo legal de la materia aparece desarrollado en la ley 610 de 2000108, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

2.1. ELEMENTOS

Los elementos de la responsabilidad fiscal son los mismos de la responsabilidad de carácter civil, ya vistos, pues a pesar de tratarse de dos estatutos de responsabilidad independientes y autónomos, técnicamente comparten los mismos elementos, dado su esencial contenido patrimonial.

El artículo 5º. De la ley 610 de 2000, precisa que la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Un daño patrimonial al Estado.

Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Es decir, se requiere de la existencia de una conducta, activa u omisiva, dolosa o culposa, por parte de un servidor público o un particular, según el caso, que produzca un daño sobre los fondos o bienes públicos, y que entre una y otro exista un relación de causalidad.

Hay que agregar que el nuevo espectro del control fiscal, y la amplitud de los elementos contenidos en la gestión fiscal, permite a su vez, una ampliación de la responsabilidad fiscal, pues ahora no sólo se concibe el detrimento que un servidor público le pueda causar al patrimonio público sobre la base simple de actos u omisiones dañinas, sino de igual forma la afectación producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, in equitativa o, en términos generales, que no se aplique al cumplimiento de los cometidos estatales,

particularizados por el objeto funcional y organizacional de la respectiva entidad o programa.

2.2. LA CONDUCTA

Con la expresión conducta se designa la manera de actuar del ser humano; su comportamiento que refleja la manera como él gobierna sus actos vitales.

Este proceder se determina de dos modos: llevando a cabo un acto (acción), o absteniéndose de hacer una cosa (omisión).

Por eso se ha dicho que la conducta en sus distintas manifestaciones no es una creación artificial de ningún filósofo o legislador, sino un concepto extraído de la vida real, que se expresa en el continuo tráfico social, pues los hombres son seres que viven y actúan en un determinado contexto histórico¹⁰⁹.

El concepto conducta es más restringido que el término hecho, por el cual se entiende cualquier acontecimiento de la naturaleza o de carácter humano (voluntario o no), que produce efectos jurídicos. Por esta razón, la doctrina afirma que la conducta es una forma de hecho, o mejor un hecho humano voluntario: “a su turno, la dicción acto equivale en sentido jurídico a una variedad de hecho, esto es, el hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derecho”¹¹⁰.

En nuestro contexto, entonces, la conducta es la acción u omisión imputable al sujeto (servidor público o particular) que funcionalmente ejerce actos de gestión fiscal frente al patrimonio público.

2.3. GRADO DE IMPUTACIÓN

Para efectos de deslindar los aspectos sustanciales de la conducta, y así mismo determinar el grado de imputación a partir del cual se determina la responsabilidad¹¹¹, la ley 610 de 2000, en el inciso primero del artículo 5º., precisa que la conducta deberá ser dolosa o culposa. Y para los efectos de la determinación del grado de la culpa, el parágrafo 2º. Del artículo 4º. de dicho

estatuto legal indica que el grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad será de la culpa leve.

Este grado de imputación no estaba definido en la ley 42 de 1993, y su caracterización como tal había sido fruto de la doctrina del Consejo de Estado:

"...el grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse responsabilidad fiscal, es el de culpa leve que define el artículo 63 del C.C. como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, lo que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. En efecto, los servidores públicos que tienen a su cargo no sólo la toma de decisiones que determinan la gestión fiscal sino la ejecución presupuestal a través de la ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, así como los contratistas y particulares que manejan recursos o bienes del Estado, actúan como gestores de la administración. De conformidad con el artículo 2155 del C.C. el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo" (subrayas nuestras).

Agregó:

"Por otra parte, el fallo con responsabilidad fiscal que concluye con la determinación de un daño patrimonial causado al Estado y que es exigible por la jurisdicción coactiva, implica que el funcionario se constituye en deudor del Estado en la cuantía del daño. En tal caso, es responsable de la culpa leve porque la relación funcional que lo une con la administración genera un beneficio recíproco para las partes. Además, como ya se afirmó la culpa o descuido sin otra calificación, como ocurre en relación con las responsabilidades fiscales, en la que la ley guarda silencio sobre la gradación de la culpa, significa que se aplica el principio general de culpabilidad cual es el de que se ha incurrido en culpa o descuido leve".

Y concluyó:

"En este tipo de responsabilidad el grado de culpabilidad difiere del consagrado en el artículo 90 de la Constitución en relación con el daño antijurídico causado a terceros e imputable a título de dolo o culpa grave, porque el ejercicio de la gestión fiscal implica obligaciones específicas referidas a la administración de bienes ajenos como son los del Estado, que resulta afectado con la actuación irregular del funcionario"¹¹².

De conformidad con el último inciso del artículo 63 del Código Civil, el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

De otro lado, esta misma disposición distingue tres tipos de culpa y “descuido”:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa, dice la norma citada.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha advertido las características y diferencias de estas figuras así:

"Las voces utilizadas por la ley (C.C. art. 63) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye, pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.

De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (C.C. art. 1516), ni su

tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual, salvo la condonación del pretérito (C.C. art. 1522), acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad, y agrava la posición del deudor aun enfrente de eventos imprevisibles (C.C. art. 1616); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual y en varios casos de responsabilidad extracontractual, de que es ejemplo el artículo 2356 del Código Civil. las partes pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignarle diferentes efectos a sus diversos grados (C.C. art. 1604), y, por último, no agrava la posición del deudor sino ante lo que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato (C.C. art. 1616).

Tanto el dolo como la culpa generan la responsabilidad civil en el campo extracontractual y en el de la formación y la ejecución de los contratos, pero sin que sea dable confundirlos, atribuirles consecuencias indiferentes, o tutelar el uno por normas aplicables sólo a la otra, o viceversa". (CSJ, Sent. ago. 9/49).

2.4. LA GESTION FISCAL

Con el fin de determinar la responsabilidad fiscal, se requiere que la conducta desplegada por parte del servidor público o el particular, funcional o contractualmente, se encuentre en el ámbito de la gestión fiscal.

En efecto, la Carta Política señala como atribución del Contralor General de la República, y por extensión normativa del mismo Estatuto Superior de los contralores territoriales, en su artículo 268, numeral 5o. la de establecer la responsabilidad que *se derive de la gestión fiscal*.

Por su parte, la ley 610 de 2000, en su artículo 3º., determina que, para los efectos de dicha ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia,

economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Lo anterior significa que para poder establecer la responsabilidad fiscal derivada de una conducta, ésta debe tener una relación directa con el ejercicio de actos de gestión fiscal. Si la conducta que produce el daño sobre el patrimonio público se despliega por fuera de dicho concepto, estaríamos en presencia de un simple responsabilidad patrimonial (y de los demás estatutos de responsabilidad que puedan configurarse), pero no de una de carácter fiscal.

Y a pesar de la amplitud del concepto de la gestión fiscal desarrollado por la ley, a más de la simple *disponibilidad material* que tienen los servidores públicos sobre el patrimonio público para el cumplimiento de sus funciones (o los particulares, según el caso, cuando administran o custodian dicho patrimonio), se debe poseer una *disponibilidad jurídica* sobre los mismos, esto es, que el sujeto tenga la capacidad *funcional* (o contractual) de ejercer actos de gestión fiscal sobre ese patrimonio. Sino no tiene dicha disponibilidad jurídica sobre los fondos o bienes públicos (así tenga la disponibilidad material), no habría gestión fiscal, y por lo tanto no habría responsabilidad fiscal, sino patrimonial, lo cual obligaría a que la reparación se surtiera por otra vía diversa (v.gr. acción patrimonial ordinaria, o contractual, o a través de la acción civil dentro del proceso penal si lo hubiere, etc.).

2.5. EL DAÑO

Se ha dicho que la conducta se refiere al comportamiento funcional, reglamentario o contractual de un servidor público (o de un particular, según el caso), en ejercicio del cual causa un daño sobre el patrimonio público, siempre dentro del contexto de la gestión fiscal.

El daño, entonces, es la lesión al patrimonio público, del cual se deriva el perjuicio, que no es otra cosa que el menoscabo patrimonial producido como consecuencia del daño, y del cual, a su vez, emana la obligación de reparación.

La ley 610, en su artículo 6º., precisa que para efectos de la misma ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, in equitativa 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.

Y agrega la disposición que dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

Este precepto legal, que tiene un mero carácter enunciativo, incluye dentro del concepto de daño, los *perjuicios*, con lo cual se supera la discusión doctrinaria existente hasta la expedición de la ley, en el sentido de que la contralorías no tenían facultad para liquidar los perjuicios derivados del daño principal, competencia que se hacía radicar en la jurisdicción contencioso administrativa.

Para el efecto, se entendía por perjuicio, entendidos por tales la ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionen por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo- que pueda sufrir la Nación o el establecimiento público, como lo había entendido el Consejo de Estado¹¹³ , criterio reiterado por la misma Corporación.¹¹⁴

Entonces, la ley ha resuelto el punto de discusión, en el sentido de incluir dentro del concepto de daño, el tema de los perjuicios, motivo por el cual se deben incluir en la cuantificación del mismo tanto el daño directo como el indirecto, y así mismo se debe producir su actualización, es decir traer el daño al valor presente en el momento que se produzca la decisión de responsabilidad, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los

períodos correspondientes, en la forma como lo ordena el artículo 52 de dicha ley.

El artículo 7º., de la citada ley, prescribe además sobre el punto que en los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables.

Y agrega que en los demás eventos de pérdida, daño o deterioro de este tipo de bienes, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el Código Disciplinario Unico o a los delitos tipificados en la legislación penal.

2.6. LA RELACION DE CAUSALIDAD

Y la relación de causalidad, implica que entre la conducta y el daño debe existir una relación determinante y condicionante de causa-efecto. El nexo causal se rompe cuando aparecen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.

CAPÍTULO VI

EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

1. DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

Etimológicamente el vocablo proceso proviene del latín *processus* o *procedere*, que significa, marchar, avanzar, desarrollar. El término es extensible a todas las actuaciones (ya sean administrativas, judiciales e incluso legislativas) dirigidas a la aplicación de las normas, de modo general o particular, o la creación de las mismas, según el caso. Carnellutti, en estricto sentido, y para significar exclusivamente el alcance jurisdiccional del término, lo denomina proceso procesal.¹¹⁵

Sin embargo, el alcance del concepto, para los efectos de la responsabilidad fiscal, no es el mismo que se le otorga a nivel judicial, dado justamente su carácter de actuación administrativa,¹¹⁶ con todas las consecuencias que esa categorización implica.

Justamente, al avocar el conocimiento del tema, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han partido del presupuesto del carácter de actuación administrativa del proceso de responsabilidad fiscal, remitiéndose a suplir los vacíos -por expreso querer de la misma ley 42-, al Código Contencioso Administrativo, dada la "afinidad y naturaleza de la materia"¹¹⁷.

Se debe agregar que las contralorías no son los únicos órganos competentes para adelantar procesos de responsabilidad fiscal, pues, de conformidad con el numeral 4o. del artículo 88 de la ley 106 de 1993, el Auditor externo de la Contraloría General de la República, a través de la unidad de acciones jurídicas, tiene la función de adelantar los procesos de responsabilidad

fiscal de su competencia; es decir, de aquellos que cursan contra servidores públicos, o particulares, según el caso, de ese órgano de control.

Pues bien, la ley 610 de 2000, en su artículo 1º., define el proceso de responsabilidad fiscal como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Esta definición se encuentra encauzada con el carácter patrimonial resarcitoria de la acción fiscal, y dentro del contexto de la gestión fiscal, cuyo ejercicio, como marco de la conducta dañina, determina el alcance de este estatuto de responsabilidad, como ya se observó.

1.1. EL OBJETO.

La misma ley 610, en su artículo 4º. Señala que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Agrega, además, que para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

De la misma manera, advierte que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

El postulado normativo reitera el carácter patrimonial o resarcitorio de la acción fiscal, en el sentido de que mediante la misma se obtenga la reparación patrimonial efectiva que indemnice el daño o deterioro producido sobre el patrimonio público.

2. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

El proceso de responsabilidad fiscal se orienta por una serie de principios materiales, que connotan no sólo el obvio marco constitucional, sino que además atrae los postulados esenciales del derecho administrativo, procesal penal y civil, dependiendo de la naturaleza específica de la actuación reglada. Además, no se debe olvidar que el control judicial de legalidad sobre los actos adelantados por la Contraloría -incluyendo las del proceso de responsabilidad fiscal-, es ejercido por la jurisdicción Contenciosa Administrativa, dado precisamente el carácter de sus actuaciones. Bajo esta perspectiva, analizaremos los más relevantes, destacando su esencia jurídica reguladora.

2.1. EL DEBIDO PROCESO

El artículo 2 de la ley 610 de 2000, enuncia como uno de los principios orientadores de la acción fiscal, el del debido proceso, de conformidad con el derecho fundamental¹¹⁸ del artículo 29 de la Carta Política, disposición que hizo extensivo el debido proceso a las actuaciones administrativas.

Adicionalmente la misma ley, considera como una causal de nulidad, o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, según el tenor del artículo 36.

La Corte Constitucional ha destacado el contexto axiológico y los elementos de este principio, así:

"Colombia, como Estado de Derecho, se caracteriza porque todas sus competencias son regladas (arts.3o.,6o y 123 de la Constitución).

" Por Estado de Derecho se debe entender el sistema de principios y reglas procesales según las cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo. Surge entonces el derecho de defensa del individuo frente al Estado.

"Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen.

"La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los intervinientes o partes procesales. Es decir que cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico¹¹⁹".

Esta garantía básica encuentra su apoyo en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, el cual prevalece sobre el orden interno, según lo declara el artículo 93 de la Carta Política.

Como principio axiomático hace relación a los procedimientos - administrativos, en nuestro caso-, que deben cumplirse para que una actuación procesal sea formalmente válida (aspecto adjetivo), y a que el contenido que se plasme en dicha actuación *"se constituya en garantía del orden, la justicia, sin lesionar de manera indebida la seguridad jurídica propuesta como intangible para el individuo en el Estado Liberal (aspecto sustantivo)"*.¹²⁰

Así lo ha explicitado nuestra Corte Constitucional:

"La garantía del debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena

observancia de las formas propias de cada proceso según sus características. Todo ello descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible la imposición de penas o sanciones administrativas".¹²¹

En relación con el derecho de defensa, entendido como un aspecto particular del debido proceso, según lo ha concebido la doctrina¹²², podemos agregar que se estructura en un todo con los demás elementos constitutivos del debido proceso, en una especie de relación progresiva y consecucional. Es evidente que si se reconoce a plenitud el ejercicio de la controversia probatoria y se observan las formas propias del proceso, v.gr., se está a su vez garantizando el derecho de defensa del presunto responsable.

Este planteamiento nos conduce a precisar, entonces, que el ejercicio de ese derecho se puede llevar a cabo no sólo con la presencia directa en el proceso del presunto responsable, sino también a través del apoderado que para el efecto sea designado por él, o en forma oficiosa por la Contraloría, cuando no es posible la notificación personal del auto de apertura a juicio fiscal, evento en el cual, como se verá, es posible incluso el nombramiento de un miembro de los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho, o de un auxiliar de la justicia de las listas del respectivo Tribunal según lo admite la ley 610 de 2000.

Con sobrada razón se advierte que el ejercicio del derecho de defensa, como la garantía constitucional de la persona, es condición de validez del proceso, de donde se deriva su carácter continuo y unitario, dado que no puede existir un solo momento de la actuación procesal en que pueda ser restringido o negado.¹²³

A tal punto se extrema la garantía fundamental, que, en criterio que prohijamos, se ha afirmado:

"El juez debe formar su juicio de responsabilidad...que debe ofrecer públicamente a las partes en el razonamiento lógico de la sentencia, es decir que parte de la conformación democrática de las decisiones judiciales se basa en el concepto de publicidad del proceso que consiste no solamente en la posibilidad de que los sujetos procesales conozcan de la actuación, las pruebas, los alegatos y peticiones del proceso, sino que igualmente tienen derecho a saber de las maneras y modos de razonar del juez para llegar a la conclusión

final de la sentencia. Es por ello que la exteriorización de los raciocinios lógicos sobre la prueba, y de los estados mentales del juez frente a ella, son parte del debido proceso y su publicidad, que es el fundamento de la nulidad de la sentencia por falta de motivación..."¹²⁴

Empero, debe advertirse que no obstante la rígida formulación de los antedichos principios en el esquema del proceso de responsabilidad fiscal, no debe perderse de vista que el carácter de esta actuación no es judicial sino administrativo, y que en ese sentido la contraloría asume el papel de un órgano que objetivamente investiga unos hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad fiscal, a través de un proceso, en el cual no aparecen los conceptos de partes procesales, en el sentido jurídico del término, a tal punto que, como ya se advirtió, dicho proceso no tiene sentido declarativo.

Por esta razón, la potestad inmersa en este tipo de investigaciones -similar, guardadas las proporciones a la investigación disciplinaria-, permite al contralor, incluso, hacer uso de la atribución contenida en el numeral 8o. del artículo 268 de la Carta Política, de exigir, bajo su responsabilidad, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios, sin que con ello se menoscabe el debido proceso, pues se entiende que este mecanismo busca remover los obstáculos que circunstancialmente pueda oponer un servidor investigado aprovechando esa condición activa del servicio público, para manipular u ocultar las pruebas que eventualmente lo comprometan.

2.2. LA RESERVA PROCESAL

El artículo 20 de la ley 610 de 2000, prescribe que las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservadas hasta su culminación. En consecuencia, hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal, ningún funcionario podrá suministrar información, ni expedir copias de piezas procesales, salvo que las solicite autoridad competente para conocer asuntos judiciales, disciplinarios o administrativos.

Agrega al norma que el incumplimiento de esta obligación constituye falta disciplinaria, la cual será sancionada por la autoridad competente con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales.

Y señala, a su vez, que los sujetos procesales tendrán derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos, con la obligación de guardar reserva sin necesidad de diligencia especial.

Por su parte, el artículo 33 de la ley 190 de 1995, denominada Estatuto Anticorrupción, indica:

"Harán parte de la reserva las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos; los fallos serán públicos".

Y agrega la norma en sus párrafos, que la violación de la reserva será causal de mala conducta.

La Corte Constitucional se pronunció sobre el alcance de esta última disposición, y en principio señaló que la fórmula legal si bien busca evitar que las investigaciones pudiesen fracasar por inoportunas revelaciones, la misma establece una restricción desproporcionada al derecho de ejercer control político, *"pretensión e interés legítimo protegido por los derechos consagrados en los artículos 40, 20, 23, 25, 29, 73 y 74 de la C.P."*.¹²⁵

Consideró la Corte que era comprensible mantener la reserva en las investigaciones preliminares, pues allí aún no existe certeza sobre la comisión y autoría de la falta investigada, evento en el cual la publicidad puede afectar su desarrollo *"y anticipar sin justa causa imputaciones personales"*.

"Inclusive, hasta que se reciban los descargos por parte de las personas inculpadas y se practiquen las pruebas a que haya lugar, podría fundamentarse la reserva en los aludidos principios de la eficiencia y de la presunción de inocencia".

Sin embargo, consideró aquella Corporación, que a partir de ese momento es excesivo mantener la reserva, desde el punto de vista del derecho ciudadano al control del ejercicio del poder público, y concluyó:

"La disposición demandada ha introducido una restricción desproporcionada para el ejercicio de los mentados derechos fundamentales y será, por lo tanto, declarada exequible sólo bajo el entendido de que la reserva deberá levantarse tan pronto se practiquen las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado para su práctica. En estas condiciones, el público puede libremente ser informado sobre los cargos y los descargos y las pruebas que los sustentan y, para el efecto, acceder al respectivo expediente, inclusive antes de que se expida el fallo de primera instancia, lo cual asegura que si a raíz del escrutinio público surgen nuevos elementos de prueba éstos podrán ser aportados antes de que se adopte la decisión final".¹²⁶

Bajo este criterio, la Corte declaró exequible la norma, pero condicionando su aplicación al anterior criterio hermenéutico.

Es decir, que en el proceso de responsabilidad fiscal la reserva del proceso, debe mantenerse hasta agotada la etapa probatoria del proceso. A partir de ese momento procesal, cualquier persona, en ejercicio del derecho del control al poder público, y a través del derecho de petición, puede tener acceso libremente al expediente, momento desde el cual la actuación procesal se torna pública.

2.3. CARÁCTER DE POLICÍA JUDICIAL

El artículo 10 de la ley 610 de 2000, señala que los funcionarios de los organismos de control fiscal que realicen funciones de investigación fiscal tienen el carácter de autoridad de policía judicial.

Este ejercicio de facultades especiales de policía judicial, permite que los investigadores fiscales puedan ejercer las funciones previstas en el Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, como la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, son los únicos órganos facultados constitucionalmente para tener funciones autónomas y permanentes de policía judicial, la Carta

Política atribuyó a la Fiscalía la función general, prevista en el numeral 3o. del artículo 250, de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

Por tal razón, los funcionarios de las contralorías que ejerzan ese tipo de facultades especiales, deberán coordinar sus actuaciones con la Fiscalía, y aplicar para el efecto las específicas reglas contenidas en el Código de Procedimiento Penal¹²⁷.

Adicionalmente, y de conformidad con el numeral 8o. del artículo 268 y el artículo 271, de la Carta, las pruebas aportadas por los investigadores fiscales a los procesos penales o disciplinarios, tendrán valor probatoria (prueba trasladada), con los efectos procesales que corresponde. Ya no se hace necesario -como ocurría antaño-, que los funcionarios de las contralorías actúen como peritos en los referidos procesos, o que se les llame a que se ratifiquen sobre el contenido de las pruebas trasladadas, justamente por aquel efecto jurídico promovido desde la misma Constitución.

De la misma manera, el artículo 11 de la referida ley, prevé la posibilidad de creación de grupos conjuntos de investigación entre las contralorías, la Procuraduría, la Fiscalía, las personerías, y otras entidades de control, con el fin de realizar una vigilancia integral del manejo de los bienes y fondos públicos, así como de las actuaciones de los servidores públicos.

2.4. LA PARTE CIVIL

El artículo 18 de la Ley 20 de 1975, facultaba al Contralor General y los contralores territoriales, para constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelantaban por el delito genérico de peculado.

Esta atribución originó una controversia jurídica, pues se advertía que la Contraloría debía hacer una previa e inconveniente calificación de los hechos, en razón a que sólo se admitía la parte civil respecto del delito genérico de peculado.¹²⁸

Se afirmó también¹²⁹ que dicha facultad era inconstitucional, pues las Contralorías no pueden ejercer funciones administrativas diferentes a las inherentes a su propia organización; además, que las funciones ejercidas por el órgano de control son imperativas (debe¹³⁰ ejercerlas) y no facultativas (podrá ejercerlas).

Ahora, la Ley 610 de 2000, en su artículo 65, precisa que los contralores, por sí mismos o por intermedio de sus apoderados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos que atenten contra intereses patrimoniales del Estado, tales como enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contrato celebrado sin requisitos legales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, siempre y cuando la entidad directamente afectada no cumpliera con esta obligación, según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995.

Las entidades que se constituyan en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados.

Y el párrafo de la citada norma dispone que la parte civil al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva no prestará caución.

Entonces, la Contraloría se debe constituir en parte civil solamente en el caso en que la entidad obligada a constituirse en parte civil no lo haga, ya sea por simple omisión o por imposibilidad procesal, en el evento en que el representante legal de la misma, quien tiene la capacidad de constituirse en parte civil por sí mismo o a través de apoderado, sea precisamente la persona investigada penalmente.

2.5. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

La ley 610 de 2000, zanja de manera definitiva la polémica surgida en vigencia de la ley 42 de 1993, respecto de la caducidad de la acción fiscal, sobre la tesis doctrinal y jurisprudencial¹³¹ sentada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, a través de la cual, y ante la ausencia de norma expresa

que la fijara, se dedujo que dicho término de caducidad era de dos años, inferidos de la similitud entre esa acción y la de reparación directa regulada en el Código Contencioso Administrativo. A la dudosa comparación *mutatis mutandis*, se agregó a la polémica el punto de determinar a partir de qué momento debía contarse el referido término, situación en la cual también hubo tesis mezcladas.

La nueva ley, como se dijo, prescribe en su artículo 9º. que La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

2.6. LA PRESCRIPCIÓN PROCESAL DE LA ACCIÓN FISCAL

Del mismo modo, en vigencia de la ley 42 de 1993, el Consejo de Estado,¹³² había interpretado la determinación de la prescripción de la acción fiscal, en el evento de que no se cumplieran los términos legales para la tramitación y culminación del respectivo proceso.

Precisó, que para el efecto de la etapa de la investigación, los términos señalados en la ley 42 (de 60 días, máximo) son preclusivos, mientras que para la etapa del juicio no se hizo una determinación expresa, evento para el cual deberá "recurrirse a otras situaciones análogas como las que garantizan el debido proceso, o las que rigen el ejercicio de la acción fiscal o la función pública (artículos 29, 209 y 267 de la C.N.)".

Agrega la Corporación, que se debe tener en cuenta el precepto contenido en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, el cual establece un término de caducidad de tres años, para que las autoridades administrativas puedan imponer sanciones.

La ley 610 de 2000, reguló de manera expresa la temática, advirtiendo en su artículo 9º. Que la responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

2.7. LAS MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 12 de la mentada ley, precisa que en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe.

Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.

Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia. También se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del presunto detrimento y aprobada por quien decretó la medida.

El párrafo de la disposición citada anuncia que cuando se hubieren decretado medidas cautelares dentro del proceso de jurisdicción coactiva y el deudor demuestre que se ha admitido demanda y que esta se encuentra

pendiente de fallo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aquellas no podrán ser levantadas hasta tanto no se preste garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado más los intereses moratorios.

2.8. LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS EN EL PROCESO

En vigencia de la ley 42 de 1993, no existía la figura de la suspensión del proceso. De manera irregular, pues se trata de una materia que contiene reserva legal (artículo 124 superior), mediante algunos actos administrativos reglamentarios, algunas contralorías habían regulado esa situación procesal, en abierto menoscabo al ordenamiento jurídico.

La nueva ley ha suplido el vacío existente, y de manera expresa ha previsto las situaciones fácticas externas y jurídicas internas que permiten la suspensión del proceso, cuyo efecto fundamental no sólo es el de permitir justamente superar dichas causas que limitan el normal avance del curso procesal, sino adicionalmente interrumpir el término de prescripción del mismo proceso.

El artículo 13 de la ley 610, indica que el cómputo de los términos previstos en dicha ley se suspenderá en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. En tales casos, tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente y contra el cual no procede recurso alguno.

2.9. LA UNIDAD PROCESAL

El principio general del proceso es la unidad procesal, es decir que por un hecho investigado se surta un solo proceso; la excepción a dicho principio es la ruptura de la unidad procesal, según la cual es posible acumular procesos por efectos de la denominada conexidad sustancial o procesal según el caso.

El artículo 14 de la ley 610 así lo precisa, al indicar que por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de implicados; si se estuviere adelantando más de una

actuación por el mismo asunto, se dispondrá mediante auto de trámite la agregación de las diligencias a aquellas que se encuentren más adelantadas. Los hechos conexos se investigarán y decidirán conjuntamente.

El artículo 15, ibídem, agrega que habrá lugar a la acumulación de procesos a partir de la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal y siempre que no se haya proferido fallo de primera o única instancia, de oficio o a solicitud del sujeto procesal, cuando contra una misma persona se estuvieren adelantando dos o más procesos, aunque en ellos figuren otros implicados y siempre que se trate de la misma entidad afectada, o cuando se trate de dos o más procesos por hechos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente.

Contra la decisión de negar la acumulación procede el recurso de reposición.

2.10. CESACIÓN DE LA ACCION FISCAL.

En vigencia de la ley 42 no estaba reglamentada esta figura. En la práctica, a pesar de que existieran los supuestos fácticos y procesales para cesar el proceso de responsabilidad fiscal a favor del sujeto en quien recayeran dicha situación jurídica, las áreas competentes de la contraloría no lo hacían, so pretexto de no existir la norma que lo permitiera, y entonces esperaban hasta que se produjera el calificadorio de la investigación para archivarla, o el fallo definitivo para proferir un fallo sin responsabilidad fiscal. Esta situación era una clara violación de los aspectos sustanciales que debe prevalecer sobre los meramente formales, y por supuesto de las normas constitucionales que amparan el principio del debido proceso y la igualdad.

Por estos motivos la nueva ley de manera expresa reguló la materia, el prever en el artículo 16 que en cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de

responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

Hay que señalar que la ley no contempla la existencia de causales eximentes de responsabilidad de manera expresa, motivo por el cual se debe recurrir a la teoría general de la responsabilidad fiscal, en lo pertinente, ámbito en el cual aplicarían los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.

En este sentido, se entiende por fuerza mayor el hecho o acontecimiento externo que produce o causa de manera directa e inmediata el daño irresistible¹³³.

La doctrina indica como elementos determinantes del concepto, la existencia de un hecho o acontecimiento conocido, exterior a la causa directa: “La esencia de la fuerza mayor radica, por consiguiente, tanto en la exterioridad del hecho respecto del bien o patrimonio que resulta dañado, como en la imposibilidad de evitar o resistir su producción, y no ciertamente en su imprevisibilidad, dado que la víctima del acontecimiento pudo haber imaginado que este se produjera (una tempestad, la gota fría que desencadena graves inundaciones, etc.)”¹³⁴.

De igual manera, se ha considerado jurisprudencial y doctrinariamente que el hecho de un tercero rompe la relación de causalidad entre el daño al patrimonio público y la acción u omisión del servidor público (o el particular, según el caso), siempre y cuando no se haya infringido el deber de cuidado y vigilancia del agente fiscal.

2.11. GRADO DE CONSULTA.

La nueva ley también establece el grado de consulta, en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

El artículo 18 precisa que procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con

responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.

Se debe precisar que sólo en el caso de la Contraloría General de la República, por efectos del desarrollo que hace la misma ley, mediante el decreto 267 de 2000, particularmente en los artículos 27 y 28, es posible que el superior jerárquico del funcionario que haya tomado la decisión de primera instancia no sea el Contralor General, sino otro de inferior categoría, precisamente de desconcentración territorial que la mencionada ley prevé.

En el caso de las contralorías territoriales, el superior jerárquico siempre será el Contralor respectivo, pues es él quien atribuye la competencia por vía de delegación al funcionario de menor jerarquía.

Igualmente, agregamos que los tres días señalados en la norma para remitir el expediente, se deben contar a partir del día que adquiriera firmeza el acto administrativo contentivo de la decisión susceptible de consulta, con lo cual no se advierte ninguna contradicción entre esta norma y la del artículo 55 el cual precisa que transcurridos cinco días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, las providencias quedarán ejecutoriadas.

Se debe tener en cuenta que la consulta, como figura procesal que es, tiene entre sus características la de impedir la ejecutoria de la decisión que es objeto de la misma, es decir que el acto correspondiente se convierte apenas en un acto preparatorio, cuyos efectos se condicionan a la decisión del superior jerárquico o

funcional que lo revisa; mientras se surte la consulta, entonces, se suspenden los efectos del acto.

2.12 APERTURA DEL PROCESO EN EL EVENTO DE OPERACIONES FRAUDULENTAS O IRREGULARES, EXISTIENDO DICTAMENES SATISFATORIOS DE AUDITORIA

El párrafo del artículo 40 de la ley 610, regula la siguiente hipótesis: “*si con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control fiscal cuyos resultados arrojaran dictamen satisfactorio, aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal analizada, se desatenderá el dictamen emitido y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal*”.

La presente disposición amplia y genérica, copia sustancialmente el contenido del levantamiento de los fenecimientos de las cuentas del artículo 17 de la ley 42 de 1993, que por descuido de los publicistas de la ley 610 no fue incluido en las normas derogadas expresamente por ésta, en su artículo 68.

Sin embargo, consideramos que la ley 610 en esta materia derogó implícitamente el artículo 17 de la ley 42, por virtud de las siguientes reglas de solución de *antinomias*: la regla “*jurídico-positiva*”¹³⁵ de temporalidad (*lex posterior derogat legi priori*), según la cual cuando dos normas que contienen el mismo nivel o rango normativo regulan una misma materia de modo diverso, prevalece la norma posterior en el tiempo, tal y como lo determinan los artículos 45 de la ley 57 de 1887 y 2º. de la ley 153 de 1887 (el último precepto citado indica: “*La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior*”). Y de otro lado, la regla de la especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), contenida en el artículo 5º., numeral 1º., de la ley 57 de 1887, según la cual “*la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general*”.

Retomando el punto, si se ha aplicado uno cualquiera de los sistemas de control fiscal¹³⁶ previstos en la Constitución, la ley o los reglamentos especiales del Contralor General de la República, cuyo resultado final es un dictamen

satisfactorio, y en forma posterior a ese control fiscal aparecen pruebas de operaciones irregulares o fraudulentas relacionadas con la gestión fiscal evaluada, la Contraloría desatenderá el correspondiente dictamen para dar inicio al respectivo proceso, si se cumplen los requisitos sustanciales exigidos para ello (gestión fiscal, daño patrimonial, etc.).

En esta situación, se parte del supuesto hipotético por la norma, que al ejercer el respectivo control fiscal la Contraloría no tuvo oportunidad de detectar el carácter fraudulento o irregular de la gestión fiscal analizada, bien porque se le ocultó, o ella se tradujo en documentos o soporte adulterados o írritos, o simplemente porque tales operaciones no estuvieron contenidas en las muestras selectivas estudiadas.

En tal circunstancia, y de conformidad con el precepto citado de la ley 610, la Contraloría simplemente desestima el dictamen emitido y ordena la iniciación del correspondiente proceso.

El concepto determinante es que surjan de manera posterior a dichos dictámenes, pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con a gestión fiscal auditada de manera satisfactoria. Es decir, se debe tratar de elementos fácticos que determinen sin lugar a equívocos esa naturaleza engañosa y anómala que justifica dar origen al proceso.

Todo lo anterior, claro está, dentro del límite de los cinco (5) años como máximo, correspondientes al término de la caducidad de la acción fiscal, contados a partir de la producción del daño, el cual seguramente coincidirá con tales operaciones fraudulentas e irregulares de que habla la norma.

De otro lado, los sistemas de control referidos por la disposición legal -que pueden dar origen a dictámenes satisfactorios-, son: el control financiero;¹³⁷ de legalidad;¹³⁸ de gestión;¹³⁹ de resultados;¹⁴⁰ la evaluación del control fiscal interno¹⁴¹ y el control físico.¹⁴² A ellos debe agregarse la auditoría del balance.

Sin embargo, el actual enfoque metodológico del control fiscal, refunde los sistemas enunciados a través de la técnica que se ha denominado *Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral*.¹⁴³

En este contexto, el *fenecimiento* de la cuenta *revisada* por la Contraloría (derivada de la *responsabilidad de dar cuenta* del gestor fiscal, o excepcionalmente del particular), es el concepto favorable emitido en cuanto a la gestión realizada, el cumplimiento de la normatividad, la calidad y eficiencia del sistema de control interno y la opinión expresada sobre la razonabilidad de los Estados Contables.¹⁴⁴

El principal efecto jurídico del *fenecimiento* es que este acto administrativo, contenido implícitamente en el pronunciamiento de auditoría que expresa una opinión razonable y un concepto satisfactorio, no hace tránsito a cosa juzgada o cosa decidida en materia fiscal, por efecto justamente de la prescripción del párrafo del artículo 40 de la ley 610, en la medida en que si con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control aparecieran pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas, se deberá desestimar el dictamen para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal.

Por estas razones, la Corte Constitucional¹⁴⁵ ha señalado con acertada agudeza, que el *fenecimiento* es un *derecho relativizado por una verdadera condición resolutoria*, consistente en la aparición de hechos nuevos.

Adicionalmente, esta situación jurídica se encuentra soportada en el artículo 66, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, el cual regula la figura de la *pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos*.

Según esta tesis, contemplada en la norma, un acto administrativo pierde fuerza ejecutoria, entre otras causas, cuando desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho. Y, en el caso que nos ocupa, si desaparecen los fundamentos de hecho o derecho del dictamen emitido que constituye el *fenecimiento* (que ya dijimos es un acto administrativo), por la aparición de las pruebas nuevas que demuestran las operaciones fraudulentas o irregulares, el *fenecimiento*, como acto administrativo, *decae*, o mejor, *pierde su fuerza ejecutoria*.

Bajo estas directrices, en los eventos de los supuestos contenidos en la norma *sub examine*, se desestima el dictamen (*fenecimiento*) y se ordena la apertura del proceso de responsabilidad fiscal para que se determinen la responsabilidades derivadas de las operaciones fraudulentas e irregulares que causaron el deterioro del patrimonio público.

2.13 LAS CONSECUENCIAS DE LA TRANSICIÓN DE LA LEY 610 DE 2000-10-24

Para efectos de determinar los efectos de la transición de la ley 610, respecto de los aspectos procesales amparados por la vigencia de la ley 42 de 1993, en primera instancia tenemos que recurrir a los principios generales sobre la materia, previstos principalmente en la ley 153 de 1887, en cuyo artículo 2º. sienta la premisa según la cual la ley posterior prevalece sobre la anterior, y que en caso en que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

Este principio, además, es la primera regla que debe aplicarse para desatar una incongruencia u oposición entre una ley anterior y otra posterior (art.1º. *Id.*)

Además, el artículo 40 de la referida ley advierte que “*las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas., se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación*”.

Este principio se complementa con el fenómeno de la *derogación*: derogar una ley, dice la doctrina, significa dejarla sin efecto, sea que se le reemplace por otra o no (*lex posterior derogat priori*).¹⁴⁶

Pues bien, la ley 610 de 2000, en primer lugar no sólo dejó sin efecto de manera expresa en su integridad las normas que regulaban el proceso de responsabilidad fiscal contenidas en la ley 42 de 1993 (*derogación*), sino que adicionalmente las sustituyó por un nuevo texto normativo (*subrogación*).

Sin embargo, ya en el plano de la aplicación de la ley en el tiempo, surge la situación denominada de la *intertemporalidad* o *transitoriedad* ¹⁴⁷de la relación jurídica cobijada por el fenómeno de la ultraactividad de la ley 42 de 1993, en las circunstancias que normativamente –y de manera transitoria- regula la misma ley 610.

Precisamente este último Estatuto, precisa en su artículo 67 respecto de las actuaciones en trámite, que: *“En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigencia la presente ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en la etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la ley 42 de 1993. En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley”*.

El precepto transcrito prevé, entonces, que cuando ya se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal –primera hipótesis-, o cuando el proceso se encontrare en la etapa del juicio fiscal –segunda hipótesis-, en ambos casos se continuará el trámite bajo los supuestos normativos reglamentados en la ley 42 de 1993, hasta que se produzca la ejecutoria o firmeza del respectivo fallo. Para estos eventos, estaríamos en presencia de una aplicación *ultraactiva* de la ley 42, que implica a su vez una aplicación *diferida* de la ley 610. En todos los demás eventos se aplicará de manera incondicionada la nueva ley 610 de 2000.

El segundo inciso de la citada disposición agrega que *“en todo caso, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran en curso, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*.

La norma no hace más que reproducir el tenor literal contenido en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, que expresa la prevalencia inmediata de las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios sobre las anteriores, desde el momento en que empiezan a regir, agregando que *los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas., se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.*

Esta disposición, a su vez, tuvo relevancia normativa con la expedición del Código de Procedimiento Civil, en cuyo artículo 699 se reprodujo el texto advertido, indicando que *“...en los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación”*.

La jurisprudencia acotó los efectos de la norma precisando:

"Para dilucidar la cuestión atinente al conflicto de leyes por el tránsito de legislación operado con la reforma que a la ley rituaría civil introdujo el Decreto 2282 de 1989, determinante y de primerísimo orden resulta recordar que respecto a la ley procesal, entendida como la que va dirigida a reglamentar la función jurisdiccional como potestad del Estado, y de ahí su señalado carácter de orden público, cobra especial valor el postulado de que la ley rige hacia el futuro, que en ningún caso puede ser retroactiva. Su aplicabilidad es, pues, inmediata. De donde se infiere que los procesos ya concluidos, para nada son tocados por la ley nueva; y que los que se inicien luego, estarán regulados íntegramente por la nueva legislación. Hipótesis estas que en verdad ninguna dificultad ofrecen. No ocurre lo propio, en cambio, con los procesos pendientes, que están en trámite cuando aparece la nueva ley, problemática que ha dividido a la doctrina entre los que sostienen que deben seguir regulados, por la ley antigua, con la que comenzaron, y los que proclaman que deben adecuarse en un todo a la nueva. De las dos, es la segunda la que siguió el legislador colombiano, al disponer el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 lo siguiente: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir". No hay duda: según la ley colombiana, las normas procesales tienen aplicación inmediata aun respecto de los procesos pendientes. Pero si bien es un principio de carácter general, tolera algunas concesiones, toda vez que la misma ley ha exceptuado, rindiendo con ello culto a la doctrina que distingue los actos procesales consumados de los no consumados, algunas situaciones, así: "Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación". Estas excepciones están significando, entonces, que la ley antigua tiene, respecto de ellas, ultractividad; de suerte tal que si una actuación, una diligencia o un término, ha empezado a tener operancia y no se han agotado cuando adviene la ley nueva, ellas y él terminarán regulados por la antigua. Salvedades que se muestran imperiosas y plenamente justificadas en aras del orden procesal.

... La actuación a que alude la norma no puede ser sino aquella parte o fracción que dentro de un proceso tiene identidad propia, que es fácilmente identificable en su comienzo como en su fin, de modo tal que superada ella, es remplazada por otra que, ostentando igualmente las características mencionadas, la hacen inconfundible con la anterior. Así las cosas, y centrando aún más el estudio al caso por resolver, se tiene que por incontados que sean los esfuerzos dialécticos que se hagan para fusionar, con los fines vistos, la notificación de una sentencia con su ejecutoria, esa fusión resulta inalcanzable. Basta ver que notificada la providencia, ahí fenece esa precisa actuación y que lo que sigue guarda en relación con ella la independencia de que se viene hablando; tanto, que a partir de entonces empieza es a transcurrir un término de ejecutoria, que, no supone necesariamente actuación procesal alguna.

Entonces, no hay duda que se trata de dos cosas que bajo la perspectiva comentada se pueden desligar perfectamente; y siendo más exactos todavía, son dos cosas diferentes: por un lado, una actuación, y, por el otro, un término".148

En este sentido, la doctrina ha señalado que el interés del legislador es el de buscar que el empalme de las legislaciones procesales no se realice de manera abrupta: *“en suma, efectuado el empalme el proceso continuará y concluirá con base en la nueva legislación pues, reiteramos, la ultraactividad consagrada en la ley es eminentemente restringida”* 149.

Lo anterior significa que, en la tercera hipótesis, en los eventos en que se encuentren términos que ya hubieren empezado a correr o actuaciones y diligencias ya iniciadas, éstas y aquéllos finalizarán bajo el amparo normativo de la ley 42, y una vez terminados los efectos temporales de los términos, o la integralidad o unidad de la actuación o diligencia, se debe aplicar de manera plena la ley 610 al respectivo proceso.

Está claro que cualquier institución procesal reguladas por la ley 610 (caducidad y prescripción), operan de manera exclusiva atadas a la vigencia de la misma ley, y que respecto de ellas no cabe la aplicación retroactiva, por no estar contemplados en los eventos exceptivos que de manera expresa prevé dicha ley.

De otro lado, se ha hecho la siguiente observación sobre el punto que nos ocupa, la cual merece una glosa específica:

“Frente a procesos en curso que se hayan iniciado con más de cinco (5) años de antelación al 18/08/00, la prescripción opera inmediatamente: por ende, puede ser alegada por el procesado y la Contraloría deberá proceder, sin tardanza, al archivo del expediente. Esta conclusión se apoya tanto en el principio de aplicación inmediata de la ley procesal como en el principio de favorabilidad de la ley posterior” 150.

No compartimos la afirmación doctrinaria reseñada, según la cual si un proceso ya iniciado tuviera más de cinco años de actuación procesal antes de la vigencia de la ley 610 (18 de agosto de 2000), al entrar a regir ésta operaría automáticamente el término de prescripción, pues este instituto, en relación con el tiempo previsto para su acaecimiento, sólo entra a aplicar a partir de la

vigencia de la nueva ley, es decir con efectos hacia futuro. En esto consiste justamente la aplicación inmediata de la ley procesal.

Igualmente, no debe olvidarse que el principio constitucional de la *favorabilidad*, únicamente aplica en materia penal, de conformidad con la preceptiva del artículo 29 Superior, el cual indica que *en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*, principio que corresponde a la denominada *retroactividad benigna*, el cual es un reflejo de la moderna política criminal. Este principio en materia penal es tan estricto que inclusive la misma Corte ha aplicado ultractivamente disposiciones favorables al procesado, no obstante haber sido declaradas inexequibles¹⁵¹.

ESQUEMA DESCRIPTIVO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

-LEY 610 DE 2000¹⁵²

“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO	
<i>Principios orientadores de la acción fiscal.</i>	Artículo 2°. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.
<i>Gestión fiscal .</i>	Artículo 3°. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las

	<p>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.</p>
<p><i>Objeto de la responsabilidad fiscal.</i></p>	<p>Artículo 4°.. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.</p> <p>Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.</p>
<p><i>Autonomía de la responsabilidad fiscal.</i></p>	<p>Parágrafo 1°. Artículo 4°. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.</p>
<p><i>Caducidad de la acción.</i></p>	<p>Artículo 9°.. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y</p>

	para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.
<i>Elementos de la responsabilidad fiscal.</i>	Artículo 5°. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: – Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.- Un daño patrimonial al Estado.- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.
<i>Grado de imputación.</i>	Parágrafo 2°. del artículo 4°. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve.
<i>Definición de daño patrimonial al Estado.</i>	Artículo 6°. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.
<i>El daño por pérdida, daño o deterioro de bienes.</i>	Artículo 7°. En los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal

	<p>cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables. En los demás eventos de pérdida, daño o deterioro de este tipo de bienes, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el Código Disciplinario Unico o a los delitos tipificados en la legislación penal.</p>
<p><i>Garantía de defensa del implicado.</i></p>	<p>Artículo 42. Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado. En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.</p>
<p><i>Nombramiento de apoderado de</i></p>	<p>Artículo 43. Si el implicado no puede ser localizado o citado no comparece a rendir la</p>

<i>oficio.</i>	versión, se le nombrará apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso. Para este efecto podrán designarse miembros de los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho legalmente reconocidas o de las listas de los abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia conforme a la ley, quienes no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes.
----------------	---

<p><i>Definición del proceso de responsabilidad fiscal.</i></p>	<p>Artículo 1°. El proceso de responsabilidad fiscal es el de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías para determinar y establecer la responsabilidad de los servidores de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o en la de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o negligente daño al patrimonio del Estado.</p>
<p><i>Funciones especiales de policía judicial</i></p> <p><i>Regulación por el Código de Procedimiento Penal.</i></p>	<p>Artículo 10.. Los servidores de las contralorías que realicen funciones de investigación o de indagación, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, tienen el carácter de autoridad de policía judicial.</p> <p>Inciso 2°. Artículo 66. En materia de policía judicial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.</p>
<p><i>Facultades especiales de policía judicial.</i></p>	<p>Inciso segundo <i>Id.</i> Para el anterior efecto, además de las funciones previstas en el Código de Procedimiento Penal, tendrán las siguientes:1. Adelantar oficiosamente las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra los intereses patrimoniales del Estado.2. Coordinar sus actuaciones con las de la Fiscalía General de la Nación.3. Solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal o para las indagaciones o investigaciones en trámite, inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los hechos generadores de daño patrimonial al Estado, sin que al respecto les sea oponible reserva alguna.4. Denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes, sin necesidad de prestar caución. Parágrafo. En ejercicio de sus funciones, los servidores de los organismos de control fiscal a que se refiere este artículo podrán exigir la colaboración gratuita de las autoridades de todo orden.</p>
<p><i>Grupos interinstitucionales de investigación.</i></p>	<p>Artículo 11. Las Contralorías, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, las personerías y las entidades de control de la administración, podrán</p>

<p><i>Cesación de la acción fiscal.</i></p>	<p>Artículo 16. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.</p>
<p><i>Reapertura.</i></p>	<p>Artículo 17. Cuando después de proferido el auto de archivo del expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso. Sin embargo, no procederá la reapertura si después de proferido el auto de archivo, ha operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal.</p>
<p><i>Grado de consulta.</i></p>	<p>Artículo 18. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.</p> <p>Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la</p>

	<p>estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador. Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.</p>
<p><i>Muerte del implicado y emplazamiento a herederos.</i></p>	<p>Artículo 19. En el evento en que sobrevenga la muerte del presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, se citarán y emplazarán a sus herederos con quienes se seguirá el trámite del proceso y quienes responderán hasta concurrencia con su participación en la sucesión.</p>
<p><i>Reserva y expedición de copias.</i></p>	<p>Artículo 20. Las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservadas hasta su culminación. En consecuencia, hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal, ningún funcionario podrá suministrar información, ni expedir copias de piezas procesales, salvo que las solicite autoridad competente para conocer asuntos judiciales, disciplinarios o administrativos. El incumplimiento de esta obligación constituye falta disciplinaria, la cual será sancionada por la autoridad competente con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales. Los sujetos procesales tendrán derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos, con la obligación de guardar reserva sin necesidad de diligencia especial.</p>
<p><i>Traslado a otras autoridades.</i></p>	<p>Artículo 21. Si con ocasión del adelantamiento de los procesos de que trata la presente ley se advierte la comisión de hechos punibles o faltas disciplinarias, el funcionario competente deberá dar aviso en forma inmediata a las autoridades correspondientes.</p>
<p><i>Iniciación del</i></p>	<p>Artículo 8°. El proceso de responsabilidad fiscal podrá</p>

<i>proceso.</i>	iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000.
<i>Prescripción del proceso.</i>	La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.
<i>Acumulación de procesos.</i>	Artículo 15. Habrá lugar a la acumulación de procesos a partir de la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal y siempre que no se haya proferido fallo de primera o única instancia, de oficio o a solicitud del sujeto procesal, cuando contra una misma persona se estuvieren adelantando dos o más procesos, aunque en ellos figuren otros implicados y siempre que se trate de la misma entidad afectada, o cuando se trate de dos o más procesos por hechos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente. Contra la decisión de negar la acumulación procede el recurso de reposición.
<i>Unidad procesal y conexidad.</i>	Artículo 14. Por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de implicados; si se estuviere adelantando más de una actuación por el mismo asunto, se dispondrá mediante auto de trámite la agregación de las diligencias a aquellas que se encuentren más adelantadas. Los hechos conexos se

	investigarán y decidirán conjuntamente.
--	---

<p>ACTUACION PROCESAL</p> <p>Pruebas.</p>

<i>Necesidad de la prueba.</i>	Artículo 22. Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso.
<i>Prueba para responsabilizar.</i>	Artículo 23. El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.
<i>Petición de pruebas.</i>	Artículo 24. El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas. La denegación total o parcial de las solicitadas o allegadas deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación.
<i>Libertad de pruebas.</i>	Artículo 25. El daño patrimonial al Estado y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.
<i>Apreciación integral de las</i>	Artículo 26. Las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión

<i>pruebas.</i>	racional.
<i>Comisión para la práctica de pruebas.</i>	Artículo 27. El funcionario competente podrá comisionar para la práctica de pruebas a otro funcionario idóneo.
<i>Pruebas trasladadas.</i>	Artículo 28. Las pruebas obrantes válidamente en un proceso judicial, de responsabilidad fiscal, administrativo o disciplinario, podrán trasladarse en copia o fotocopia al proceso de responsabilidad fiscal y se apreciarán de acuerdo con las reglas preexistentes, según la naturaleza de cada medio probatorio. Los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tendrán validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales de ley.
<i>Aseguramiento de las pruebas.</i>	Artículo 29. El funcionario de la Contraloría en ejercicio de las facultades de policía judicial tomará las medidas que sean necesarias para asegurar que los elementos de prueba no sean alterados, ocultados o destruidos. Con tal fin podrá ordenar entre otras las siguientes medidas: disponer vigilancia especial de las personas, de los muebles o inmuebles, el sellamiento de éstos, la retención de medios de transporte, la incautación de papeles, libros, documentos o cualquier otro texto informático o magnético.

<i>Pruebas inexistentes.</i>	Artículo 30. Las pruebas recaudadas sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecten los derechos fundamentales del investigado, se tendrán como inexistentes.
------------------------------	--

<i>Visitas especiales.</i>	Artículo 31. En la práctica de visitas especiales, el funcionario investigador procederá a examinar y reconocer los documentos, hechos y demás circunstancias relacionadas con el objeto de la diligencia y simultáneamente irá extendiendo la correspondiente acta, en la cual anotará pormenorizadamente los documentos, hechos o circunstancias examinados y las manifestaciones que bajo la gravedad del juramento hagan sobre ellos las personas que intervengan en la diligencia. Cuando lo estime necesario, el investigador podrá tomar declaraciones juramentadas a las personas que intervengan en la diligencia y solicitar documentos autenticados, según los casos, para incorporarlos al informativo.
<i>Oportunidad para controvertir las pruebas.</i>	Artículo 32. El investigado podrá controvertir las pruebas a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar, o a partir de la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Impedimentos y recusaciones

<i>Declaración de impedimentos.</i>	Artículo 33. Los servidores públicos que conozcan de procesos de responsabilidad fiscal en quienes concurra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de la misma.
<i>Causales de impedimento y recusación.</i>	Artículo 34. Son causales de impedimento y recusación para los servidores públicos que ejercen la acción de responsabilidad fiscal, las establecidas en los Códigos Contencioso Administrativo, de Procedimiento Civil y

	Procedimiento Penal.
<i>Procedimiento en caso de impedimento o recusación.</i>	<p>Artículo 35. El funcionario impedido o recusado pasará el proceso a su superior jerárquico o funcional, según el caso, fundamentando y señalando la causal existente y si fuere posible aportará las pruebas pertinentes, a fin de que el superior decida de plano si acepta el impedimento o la recusación y en caso afirmativo a quien ha de corresponder su conocimiento o quien habrá de sustituir al funcionario impedido o recusado.</p> <p>Cuando haya dos o más funcionarios competentes para conocer de un mismo asunto y uno de ellos se declare impedido o acepte la recusación, pasará el proceso al siguiente, quien si acepta la causal avocará el conocimiento. En caso contrario, lo remitirá al superior jerárquico o funcional, según el caso, para que resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento o recusación.</p>

Nulidades	
<i>Causales de nulidad.</i>	Artículo 36. Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La nulidad será

	decretada por el funcionario de conocimiento del proceso.
<i>Saneamiento de nulidades.</i>	Artículo 37. En cualquier etapa del proceso en que el funcionario advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo, para que se subsane lo afectado. Las pruebas practicadas legalmente conservarán su plena validez.
<i>Término para proponer nulidades.</i>	Artículo 38. Podrán proponerse causales de nulidad hasta antes de proferirse el fallo definitivo. En la respectiva solicitud se precisará la causal invocada y se expondrán las razones que la sustenten. Sólo se podrá formular otra solicitud de nulidad por la misma causal por hechos posteriores o por causal diferente. Contra el auto que resuelva las nulidades procederán los recursos de reposición y apelación.
Medidas cautelares.	
<i>Medidas cautelares.</i>	En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe. Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal. Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la

	<p>medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia. También se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del presunto detrimento y aprobada por quien decretó la medida.</p>
<p>Trámite del proceso</p>	
<p><i>Indagación preliminar.</i></p>	<p>Artículo 39. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.</p>
<p><i>Apertura del proceso de responsabilidad fiscal</i></p>	<p>Artículo 40. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de</p>

	<p>un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno. Parágrafo. Si con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control fiscal cuyos resultados arrojen dictamen satisfactorio, aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal analizada, se desatenderá el dictamen emitido y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal.</p>
<p><i>Requisitos del auto de apertura.</i></p>	<p>Artículo 41. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente: 1. Competencia del funcionario de conocimiento. 2. Fundamentos de hecho. 3. Fundamentos de derecho. 4. Identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales. 5. Determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía. 6. Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes. 7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables. 8. Solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad</p>

	personal y su última dirección conocida o registrada; e igualmente para enterarla del inicio de las diligencias fiscales. 9. Orden de notificar a los presuntos responsables esta decisión.
<i>Vinculación del garante.</i>	Artículo 44. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.
<i>Término.</i>	Artículo 45. El término para adelantar estas diligencias será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado.
<i>Decisión.</i>	Artículo 46. Vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso.

<i>Auto de archivo.</i>	Artículo 47. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no
-------------------------	---

	<p>comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.</p>
<p><i>Auto de imputación de responsabilidad fiscal.</i></p>	<p>Artículo 48. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. El auto de imputación deberá contener: 1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado. 2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas. 3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.</p>
<p><i>Notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal.</i></p>	<p>Artículo 49. El auto de imputación de responsabilidad fiscal se notificará a los presuntos responsables o a sus apoderados si los tuvieren y a la compañía de seguros si la hubiere, en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo. Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, surtida la notificación por edicto se les designará apoderado de oficio, con quien se continuará el</p>

	trámite del proceso. Para estos efectos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 43.
<i>Traslado.</i>	Artículo 50. Los presuntos responsables fiscales dispondrán de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer. Durante este término el expediente permanecerá disponible en la Secretaría.
<i>Decreto y práctica de pruebas.</i>	Artículo 51. Vencido el término anterior, el funcionario competente ordenará mediante auto la práctica de las pruebas solicitadas o decretará de oficio las que considere pertinentes y conducentes, por un término máximo de treinta (30) días. El auto que decrete o rechace las pruebas deberá notificarse por estado al día siguiente de su expedición. Contra el auto que rechace la solicitud de pruebas procederán los recursos de reposición y apelación; esta última se concederá en el efecto diferido. Los recursos deberán interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo.
<i>Término para proferir fallo.</i>	Artículo 52. Vencido el término de traslado y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, denominada fallo con o sin responsabilidad fiscal,

	según el caso, dentro del término de treinta (30) días.
<i>Fallo con responsabilidad fiscal.</i>	Artículo 53. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. 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.
<i>Fallo sin responsabilidad fiscal.</i>	Artículo 54. El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.

<i>Notificación del fallo.</i>	Artículo 55. La providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra ella proceden los recursos allí señalados, interpuestos y debidamente sustentados por quienes tengan interés jurídico, ante los funcionarios competentes.
<i>Ejecutoriedad de las providencias.</i>	Artículo 56. Las providencias quedarán ejecutoriadas: 1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso. 2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos. 3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.
<i>Segunda instancia.</i>	Artículo 57. Recibido el proceso, el funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes. El funcionario de segunda instancia podrá decretar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias para decidir la apelación, por un término máximo de diez (10) días hábiles, libres de distancia, pudiendo comisionar para su práctica.
CONSECUENCIAS DE LA DECLARACION DE RESPONSABILIDAD FISCAL	
<i>Mérito ejecutivo.</i>	Artículo 58. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.
<i>Impugnación ante</i>	Artículo 59. En materia del proceso de

<p><i>la jurisdicción de lo contencioso administrativo.</i></p>	<p>responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme.</p>
<p><i>Boletín de responsables fiscales.</i></p>	<p>Artículo 60. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él. Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta. Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas</p>

	en el boletín.
<i>Caducidad del contrato estatal.</i>	Artículo 61. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

DISPOSICIONES FINALES	
<i>Aplicación extensiva.</i>	Artículo 62. El procedimiento establecido en la presente ley para el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, le será aplicable a la Auditoría General de la República.
<i>Control fiscal excepcional.</i>	Artículo 63. La Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para adelantar hasta su culminación los procesos de responsabilidad fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de la facultad excepcional de control establecida en el artículo 267 de la Constitución Política.
<i>Delegación.</i>	Artículo 64. Para establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, los contralores podrán delegar esta atribución en las dependencias que, de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad, existan, se creen o se modifiquen, para tal efecto. En todo caso, los contralores podrán conocer de los recursos de

	apelación que se interpongan contra los actos de los delegatarios.
<i>Constitución en parte civil.</i>	Artículo 65. Los contralores, por sí mismos o por intermedio de sus apoderados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos que atenten contra intereses patrimoniales del Estado, tales como enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contrato celebrado sin requisitos legales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, siempre y cuando la entidad directamente afectada no cumpliera con esta obligación, según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995. Las entidades que se constituyan en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados. Parágrafo. La parte civil al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva no prestará caución.
<i>Remisión a otras fuentes normativas.</i>	Artículo 66. En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

CAPÍTULO VII

EL TEMA AMBIENTAL Y EL CONTROL FISCAL

A. ASPECTOS GENERALES¹⁵³

La temática ambiental adquirió amplia relevancia en el contexto de la Carta Política del 91¹⁵⁴, al punto que los especialistas han signado su impronta bajo el rótulo de la *Constitución ecológica*¹⁵⁵ o *Constitución verde*¹⁵⁶.

La articulación constitucional del tema ambiental, se proyecta de varias maneras: el primero parte del enunciado general del artículo 79 según el cual toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano¹⁵⁷, y en esa medida las personas tienen derecho a participar en las decisiones que lo afecten; derecho colectivo de tercera generación; el segundo atañe a la instrumentación de una serie de mecanismos de protección; el tercero corresponde a la adopción del modelo de desarrollo sostenible; y el cuarto se relaciona con el diseño del sistema nacional ambiental cuya funcionalidad radica en cabeza de las autoridades ambientales, las cuales asumen la *gestión ambiental*.

Expedida la Carta Política de 1991, se presentó una discusión jurisprudencial sobre la consideración del medio ambiente, en un principio como un derecho fundamental autónomo, y en otras ocasiones decisiones de manera opuesta. Posteriormente la Corte Constitucional una conocida sentencia unificadora de la jurisprudencia¹⁵⁸, en la cual se precisó el alcance y su titularidad, desde la óptica del *derecho colectivo*. Así mismo se afirmó que el mecanismo de protección constitucional corresponde a las acciones populares y las acciones de grupo o clase, y que la acción de tutela procede cuando, por vía de la conexidad, al resultar vulnerado el derecho a gozar de un ambiente sano, se vulnera a su vez un derecho fundamental constitucional.

Así las cosas el derecho a un ambiente sano se encuentra plasmado como un derecho colectivo¹⁵⁹, derecho fundamental¹⁶⁰ de *tercera generación*, o *derecho de los pueblos*.

Estos derechos surgen en la normativa internacional, a partir de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos de 1976, promovida por el movimiento de países no alineados, y tienen como finalidad la preservación de la especie humana, considerada como un todo (Estado, ser social, individuos, etc.), razón por la cual también se les denomina *derechos de la solidaridad*.

La doctrina suele clasificar los derechos humanos de tercera generación así: el derecho a la paz; el derecho de los consumidores y usuarios y el derecho al medio ambiente, recursos naturales y espacio público¹⁶¹.

Otros autores agrupan los derechos humanos de tercera generación, en el derecho a la paz; el derecho al patrimonio común de la humanidad; el derecho al desarrollo; derecho a la libre autodeterminación y el derecho al medio ambiente¹⁶², aunque se discute doctrinariamente la inclusión del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos en esta categoría (*Grotss Espiell*), por considerarse que él es inmanente a la noción del derecho al desarrollo, y a su vez, condición esencial para el ejercicio de los derechos de primera y segunda generación.¹⁶³

Justamente, la ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, indica en su artículo 2º., que las Acciones populares, son los medios procesales para la protección de los derechos e *intereses colectivos*; y el Artículo 4º. Precisa que entre los Derechos e intereses colectivos, se encuentran, entre otros relevantes para el tema, el goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; y la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;

Pues bien, de otro lado, se ha advertido que del enunciado normativo de este derecho, se derivan dos situaciones jurídicas: de un lado, la *legitimación colectiva del grupo social*, para exigir al Estado las obligaciones correlativas derivadas de dicha condición, y de otro, un *carácter normativo programático*, que se condiciona a un específico desarrollo instrumental de status legal: "*Su ejecución depende en una medida considerable del grado de desarrollo económico de la sociedad, y de las disponibilidades a que en ese orden, puedan recurrir los poderes públicos*"¹⁶⁴.

El carácter programático de las normas ambientales, supone que "*el legislador no es un instrumento de acción política libre dentro de los límites negativos que la Constitución le impone, sino que él desarrolla el programa que la Carta Política contiene, es decir, es el programa de lo que el Estado debe hacer, aquí y ahora, para crear condiciones más justas y libres*".¹⁶⁵

Lo anterior se entiende a partir del supuesto de que las normas programáticas contienen un concepción finalística del ordenamiento, a partir de los valores políticos y sociales que legitiman la estructura estatal. Por eso se afirma que ellas más que regular la materia de que se trata, dirigen la actividad estatal en lo que concierne a la consecución de tales fines, y adicionalmente, determinan en forma genérica los medios para alcanzar tales efectos, "*reduciendo así la capacidad discrecional del normativismo legislativo*"¹⁶⁶.

Sin embargo, podemos afirmar que el catálogo de derechos ambientales, expresados a través de normas programáticas, que reclaman un desarrollo ulterior (*sea mediante normas subconstitucionales, o mediante estructuras materiales y organizativas de funcionamiento*), tiene un contenido mínimo, el cual implica la inmediatez aplicativa de la fuerza normativa de la Constitución.¹⁶⁷

B. LOS MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

En el Derecho internacional de los derechos humanos, no existen instrumentos o mecanismos específicos de protección de los derechos de tercera generación¹⁶⁸, salvo las obligaciones generales derivadas del derecho Internacional clásico.¹⁶⁹

En el derecho interno (fuera de la protección por vía administrativa o policiva, plasmada en el Código Nacional de Protección al Medio Ambiente y a los Recursos Naturales renovables), derivado del carácter de derecho colectivo, el principal mecanismo jurídico de protección, es el de las *acciones populares*¹⁷⁰, según se dijo, previstas en el artículo 88 de la Carta Política.

La Corte Constitucional precisa el contenido de las acciones populares de la siguiente manera:

*"La Carta Política consagró dos especies de acciones populares, claramente diferenciables: la primera, que corresponde al inciso 1o. del art. 88, es jurisprudencialmente conocida como "acción popular con fines concretos", y otorga a una o varias personas dentro de una comunidad, legitimación activa para defender los derechos e intereses de la totalidad de dicha comunidad; la segunda, incorporada en el inciso segundo de la misma disposición, y reconocida como "acción popular de grupo o de clase", legitima a su turno, a cualquier miembro de un grupo definido de personas, para exigir la reparación económica por un perjuicio (daño) ocasionado a los individuos del grupo afectado".*¹⁷¹

La *acción popular con fines concretos*, es diferente de la *acción popular o ciudadana con fines abstractos*, figura de connotado arraigo en nuestro sistema jurídico, como lo destaca la misma Corporación Constitucional:

*" Las Acciones Populares y Ciudadanas con fines abstractos se conocen en Colombia desde los mismos orígenes de la República como instrumentos para asegurar la legalidad y la constitucionalidad de los actos jurídicos de carácter legislativo y administrativo; aquellas acciones han sido, en su desarrollo práctico, uno de los instrumentos procesales más destacados en toda nuestra historia jurídico-política y aparecen reiterados en el nuevo texto constitucional del mundo occidental; entre ellos basta mencionar la Acción Pública Ciudadana de inexecutable y la Acción Popular de Nulidad."*¹⁷²

De otra parte, la Carta Política no hace distinción entre intereses colectivos (los cuales radican en un grupo organizado) e intereses difusos (recaen en comunidades indeterminadas), lo que implica que dichos conceptos se encuentran conglobados en el término colectivos¹⁷³.

La Ley 472 de 1998, reglamentaria de la materia de acciones populares, en sus artículos 2º. y 3º, advierte que estas acciones son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos¹⁷⁴, y las define así:

“Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. “Acciones de grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”.

En todo caso, en nuestra legislación ya existían antecedentes de aquel tipo de acciones; en efecto, el Código Civil, en su artículo 1005, regula las acciones populares en favor de los bienes de uso público y de los usuarios, cuyo fundamento reside en la protección del interés general, y del derecho que tienen los habitantes al uso de las vías públicas, e incluso, de la posibilidad de resarcimiento del eventual daño sufrido,¹⁷⁵ y en el título XXXIV del mismo Estatuto, aparecen otros casos de acciones populares. En el Estatuto del Consumidor, Decreto 3466 de 1982, en su art.36, regula una acción del consumidor, a través de la cual se persigue una finalidad indemnizatoria, razón por la cual se asemeja más a una acción de grupo. En la ley de Reforma Urbana, ley 9o. de 1989 contempla en su artículo 8o., una acción popular de protección del espacio público. En la jurisdicción agraria, el Decreto 2303 de 1989, contiene una acción popular de carácter ambiental, y de defensa de los bienes de uso público, ubicados en zonas rurales, entre otras. La Ley 45 de 1990, contempla una Acción de Clase, a través de la cual se busca obtener una reparación patrimonial a las personas perjudicadas por prácticas irregulares, determinadas en la ley, del sector financiero y asegurador. En el mismo sentido regulador se pronuncia el Decreto 653 de 1993, o Estatuto Orgánico del mercado público de valores. El Decreto 2651 de 1991, de descongestión judicial, por su parte,

determinó -temporalmente, como era su efecto condicional-, un trámite de proceso abreviado para las Acciones Populares.

La Corte Constitucional, del mismo modo, ha señalado, a través de múltiples decisiones, que el amparo judicial del derecho a gozar de un ambiente sano, se protege a través de las *acciones populares*, cuya rasgo fundamental es el de tener un carácter preventivo¹⁷⁶, y en caso de daño subjetivo, pero plural, de las *acciones de grupo o de clase*.

Ya se dijo, la *acción de tutela* no es procedente de manera *autónoma* para obtener su protección, salvo si en la situación específica se trata de proteger un derecho constitucional fundamental, cuya amenaza se derivada de un problema ambiental (derecho a la vida e integridad personal, afectado por una fuente de contaminación ambiental, v.gr.), o cuando se trate de impedir un perjuicio irremediable¹⁷⁷.

La perspectiva valorativa de la protección del medio ambiente como derecho colectivo, ha sido precisada jurisprudencialmente así:

*"Los principios y valores constitucionales y las características de los hechos adquieren aquí una importancia excepcional. Mientras que en el caso de los derechos fundamentales de aplicación inmediata se suelen mirar los hechos desde la perspectiva de la norma, en el caso de los derechos difusos o colectivos, la norma constitucional que los consagra y su coexistencia con el derecho fundamental para desatar el mecanismo protector de la tutela, se descubre bajo la óptica de los valores, de los principios y de las circunstancias del caso".*¹⁷⁸

Es importante acotar, según lo ha admitido la misma Corte Constitucional, que el derecho al ambiente sano puede ser vulnerado por la omisión o el incumplimiento de las normas que permiten su protección, a pesar de que no existe un daño específico: *"Por lo tanto, el incumplimiento de una norma que asegura o protege un derecho pone en peligro dicho derecho".*¹⁷⁹

El otro mecanismo constitucional de protección, corresponde a la acción de cumplimiento, enunciada en el artículo 87 de la Carta Política, según el cual: *"Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el*

cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

La acción de cumplimiento fue reglamentada por la ley 393 de 1997, la cual derogó la existente para asuntos ambientales en la ley 99 de 1993,¹⁸⁰ ley que por su naturaleza es un estatuto de carácter procedimental¹⁸¹ que desarrolla el artículo 87 constitucional, determinando los principios, los requisitos y el procedimiento propios de la acción.

Técnicamente es un mecanismo protector del ordenamiento jurídico de rango infraconstitucional, ¹⁸² y el interés protegido es público. Y aunque no es una acción supletoria sino principal, la Corte Constitucional¹⁸³, al declarar exequible parcialmente el artículo 9º de la ley 393, confinó su ejercicio a un contorno accesorio, en el caso que la mencionada norma regula:

“Artículo 9º.- Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez la dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de tutela. Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante”. (subrayado nuestro).

El enunciado constitucional (toda *persona* podrá acudir...) le permitió a la Corte Constitucional concluir que incluso los mismos servidores públicos pueden interponer dicha acción,¹⁸⁴salvo, claro está, de que se trate del mismo servidor que incumple lo ordenado en la ley o el acto administrativo.

El Consejo de Estado ha señalado los requisitos mínimos para que se aplicable la acción de cumplimiento: 1) Que la obligación que se pida hacer cumplir esté consignada en una ley o en un acto administrativo 2)Que el mandato sea imperativo, inobjetable, y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad frente a la cual se aboga por el cumplimiento, y 3) Que se pruebe la renuencia del exigido a cumplir, o se pruebe que el cumplimiento se ha pedido directamente a la autoridad de que se trate.¹⁸⁵

Estos mecanismos de protección ambiental se complementan con las acciones¹⁸⁶ (y estatutos de responsabilidad)¹⁸⁷ que el ordenamiento jurídico

regula para tutelar dicho bien jurídico, y que corresponden a la *acción penal*; la *acción civil en el proceso penal*; la *acción de responsabilidad civil* y la *acción de responsabilidad fiscal*.

C. EL CONCEPTO DE DESARROLLO SOSTENIBLE

El concepto desarrollo sostenible, ha sido una preocupación mundial, manifestada desde la Conferencia de Estocolmo de 1972, hasta la última Conferencia sobre Desarrollo y Medio Ambiente de Río de Janeiro en 1992.

El informe Brundtland¹⁸⁸ lo define como "*el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias*".¹⁸⁹

Hoy en día se complementa el concepto con el adjetivo "*humano*", para subrayar aún más la indisoluble unión entre la problemática ambiental y el concepto de lo social. Según el Conpes, el desarrollo humano sostenible se fundamenta en la incorporación de consideraciones ambientales a las políticas de crecimiento urbano, industrial, agrario, de población y asentamientos humanos, comercio exterior y relaciones internacionales, entre otras.¹⁹⁰

Por su parte, la ley 99 de 1993, *mediante la cual se crea este Ministerio, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables y se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA)*, define el desarrollo sostenible como aquel que "*conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades*".

Dicho concepto, "*parte de la articulación de niveles de productividad cultural, ecológica y tecnológica y de la interdependencia de un sistema de recursos naturales, un sistema tecnológico apropiado, un sistema de valores culturales y su conexión con las condiciones económicas y políticas para una estrategia ambiental de desarrollo*¹⁹¹".

El *ambiente*, como patrimonio colectivo, aunando la definición del concepto de *desarrollo sostenible*, que se convierte a su vez en un patrimonio de las generaciones futuras, implica el traslado de la *titularidad del derecho a personas que no existen en el presente*, adquiriendo un carácter *sui generis* en el derecho constitucional contemporáneo, como lo ha explicitado la doctrina.¹⁹²

Al Ministerio del Medio Ambiente, de acuerdo con la Ley 99 de 1993, le compete, entre otras, la finalidad de asegurar el desarrollo sostenible, aspecto este que lo distingue de los demás entes públicos encargados de la gestión ambiental¹⁹³.

En este sentido, el desarrollo sostenible se convierte en el principal objetivo de la política ambiental. Dicho concepto, a su vez, entraña, una paradoja frente al desarrollo económico, a las determinantes de crecimiento y equidad: "*Dividir la intervención estatal en una política económica fundamentada en la libertad y eficiencia del mercado que favorece el aumento de la inequidad a través de la concentración del ingreso y la riqueza, y por otra parte una política social diseñada como paliativo tímido para intentar atenuar la iniquidad distributiva del mercado no es más que la expresión de una esquizofrenia cultural pretendidamente apoyada en criterios científicos fácilmente rebatibles. Una política ambiental desarticulada de la economía bien podría profundizar esta esquizofrenia*"¹⁹⁴.

Por esta razón se ha afirmado que la crisis ambiental es, por igual, una crisis de la civilización, que replantea la forma de entender las relaciones entre los hombres, ya que "*las injusticias sociales se traducen en desajustes ambientales y éstos a su vez reproducen las condiciones de miseria*".¹⁹⁵

De acuerdo a lo expuesto, se concluye que el concepto de desarrollo sostenible -dentro de la perspectiva de las relaciones entre el desarrollo económico y la calidad del medio ambiente-, adquiere una *dimensión holística*¹⁹⁶; además, involucra no sólo la productividad y la calidad de la vida, sino también, dentro de ese trabazón, la satisfacción de la diversidad étnica y cultural y de la dignidad humana¹⁹⁷.

"*Desde la perspectiva ecosocialista, para resumir, el discurso liberal del desarrollo sostenible no pretende la sustentabilidad de la naturaleza sino del capital; desde la*

culturalista, lo que está en juego es la sustentabilidad de la cultura occidental. Queda por ver qué papel podrán jugar los movimientos sociales frente a estos procesos. ¿Podrán insertarse creativa y efectivamente en los nuevos proyectos del capital, el desarrollo y el Estado? ¿Podrán resistir la triple conquista semiótica del territorio¹⁹⁸, las comunidades y los conocimientos populares?¹⁹⁹.

En fin, el discurso del desarrollo sostenible, pretende sustancialmente reconciliar las nuevas realidades sociales, políticas, culturales, y las variables ambientales, frente a un nuevo modelo económico. Existen diversas interpretaciones de esta pretensión discursiva, que van desde las proposiciones de exclusivo corte económico, hasta las tesis que consideran el tema bajo la óptica de las relaciones norte-sur (para dirimir el conflicto que se presenta entre dos modelos de desarrollo).²⁰⁰

D. LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES DE LA CONTRALORÍA EN MATERIA AMBIENTAL

Al pie de la anterior perspectiva de contexto, la Carta otorgó unas competencias a diversas entidades públicas e incluso a los órganos de control, en relación con el tema ambiental. Para los efectos del presente capítulo, se revisarán las atribuciones otorgadas a las contralorías en esta materia, y dentro de ellas la relevante en relación con la responsabilidad fiscal por daños producidos al patrimonio ambiental, determinando de manera previa el alcance conceptual que dicho tipo de responsabilidad debe contener, frente al concepto de gestión fiscal (ambiental); patrimonio público (ambiental); daño patrimonial (ambiental); sujetos activos (servidores públicos y particulares); imputación subjetiva e imputación del daño, todo de conformidad con el modelo metodológico planteado en la presente obra para el estudio sistemático del tema.

La Contraloría despliega funcionalmente dos básicas atribuciones de rango constitucional en relación con la materia.

De una parte, el control fiscal se compone por un conjunto de *sistemas*, referidos a los controles financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, físico y la

revisión de cuenta; tales sistemas poseen a su vez unos principios que aluden a la determinación de la efectividad interna de las entidades vigiladas (unidades de análisis), mediante la verificación de la eficiencia, economía y eficacia; y la efectividad externa, que mide la equidad social y *valora los costos ambientales*.

La *valoración de costos ambientales* consiste en 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, de conformidad con la definición del artículo 8º. de la ley 42 de 1993, mediante la cual se reglamenta el régimen de control fiscal.

Este principio de la valoración de los costos ambientales, como una atribución constitucional de las contralorías, encuentra además su soporte próximo en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el desarrollo), la cual, reafirmando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio Humano aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, proclamó en el principio 16 que “*Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internacionalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debería, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales*”.

La valoración de los costos ambientales se soporta en las metodologías que técnicamente diseñe el Ministerio del Medio Ambiente, de conformidad con el artículo 43, numeral 5º., de la ley 99 de 1993.201

Y de otra parte, como un complemento de esta función valorativa en términos ambientales, la Carta Política, en su numeral 7º. del artículo 268, le atribuyó al Contralor General de la República la función de “*presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente*”, función que se replica para los contralores territoriales, quienes deben hacer lo propio ante cada una de las corporaciones administrativas de ese nivel (asambleas departamentales y consejos distritales y municipales).

Para cumplir ese parámetro misional, la ley 42 de 1993, en su artículo 46, le entregó una facultad exclusiva para el Contralor General de la República, según la cual:

“El Contralor General de la República para efectos de presentar al Congreso el informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente, reglamentará la obligatoriedad para las entidades vigiladas de incluir en todo proyecto de inversión pública, convenio, contrato o autorización de explotación de recursos, la valoración en términos cuantitativos del costo-beneficio sobre conservación, restauración, sustitución, manejo en general de los recursos naturales y degradación del medio ambiente, así como su contabilización y el reporte oportuno a la Contraloría”.

De acuerdo con el precepto citado, todas las entidades públicas –según lo reglamente el Contralor- deben también valorar en términos cuantitativos de costo-beneficio el impacto ambiental.

Entonces se puede concluir que para la valoración de los costos ambientales (cuya metodología es el soporte técnico para cuantificar los daños ambientales) tienen competencia funcional las contralorías, aplicando las metodologías que diseñe el Ministerio del Medio Ambiente, y las demás autoridades públicas en aplicación de la reglamentación expedida por el Contralor General para tales efectos.

E. LA RESPONSABILIDAD FISCAL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

En cuanto a la responsabilidad ambiental, existe el tradicional sistema jurídico civilista, el cual la hace recaer sobre la base del concepto *subjetivista*, es decir, que la responsabilidad se deriva de la *imputación subjetiva* a título de dolo o culpa (en sus diferentes categorías), y que se constituye en la base de la responsabilidad civil o patrimonial (junto con los elementos del *daño* y la imputación del mismo). Este sistema prevalece, para efectos de responsabilidad ambiental, en el mundo entero.

Sin embargo, en algunos países (Alemania, Canadá y Estados Unidos), existe un *sistema objetivo* de responsabilidad, el cual se sustenta de manera exclusiva en la existencia del *daño* (más el nexo causal con la conducta que lo produce), sin que importe la presencia de *la imputación subjetiva* (dolo o culpa); es decir, que la *antijuridicidad* o violación del bien jurídico protegido se refiere al *daño* y no a la *conducta*, constituyendo un evento de imputación objetiva²⁰².

Inclusive en algunas legislaciones, como la alemana, se establece una *presunción del nexo causal*, y sólo se establecen como causales eximentes, ciertas circunstancias externas (como la fuerza mayor).

La responsabilidad ambiental implica un nuevo régimen, soportado en unos principios recalcados por la doctrina especializada²⁰³, de los cuales se destacan el principio de precaución (derecho de riesgos) ya enunciado; *principio de la reparación plena del daño y de la protección de las víctimas*; el *principio de la seguridad jurídica*, o las amplias herramientas procesales para que el juez determine la responsabilidad;²⁰⁴ *el principio de la inversión de la carga de la prueba*, es decir que no sean las partes o el mismo Estado el obligado a demostrar probatoriamente la responsabilidad, sino que incluso sean los mismos demandados quienes tengan la obligación de probar su diligencia; y el *principio de la responsabilidad objetiva y de las personas jurídicas*, el cual rompe el tradicional concepto de responsabilidad subjetiva, según se vio, que afianza la responsabilidad en el concepto del daño, y no de la conducta.

Este tema, como es obvio, obligará a una amplia decantación doctrinaria y jurisprudencial, que permita admitir estos nuevos enfoques que afectarían de manera integral la concepción jurídica que hoy se tiene en diversos campos del derecho (*v.gr.* la responsabilidad penal objetiva, y de las personas jurídicas en esas materias), partiendo del supuesto que incluso se necesitaría una reforma

constitucional que aceptara en nuestro Estado de Derecho dichas posibilidades reguladoras.

Ya el sistema jurídico avanzó al incluir en la ley que establece el seguro ecológico (ley 491 de 1999),²⁰⁵ la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁰⁶, circunstancia que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

“La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. es un asunto, por tanto, que se libra dentro del marco de la Carta a la libertad de configuración normativa del legislador y, concretamente, a su política sancionatoria, la cual puede estimar necesario por lo menos en ciertos supuestos trascender el ámbito sancionatorio donde reina exclusivamente la persona natural— muchas veces ejecutora ciega de designios corporativos provenientes de sus centros hegemónicos—, para ocuparse directamente de los focos del poder que se refugian en la autonomía reconocida por la ley y en los medios que ésta pone a su disposición para atentar de manera grave contra los más altos valores y bienes sociales”²⁰⁷.

Pues bien, para efectos de la responsabilidad fiscal por daños al medio ambiente, el primer problema radical en la determinación de dicha responsabilidad radica en la determinación de los parámetros jurídicos para fijar el ámbito jurídico de la *gestión fiscal*, como presupuesto de la acción, sobre todo entratándose de particulares, y el segundo reside fundamentalmente en la *valoración o cuantificación económica del daño ambiental puro* producido (daño fiscal).²⁰⁸

En este último aspecto, las dificultades para que opere tal cuantificación se deben a varias causas, unas más profundas que otras: ausencia de articulación interinstitucional para diseñar y adoptar metodologías valorativas; carencia de acompañamiento y capacidad técnica de los funcionarios de las contralorías que adelantan los procesos de responsabilidad fiscal en estos temas; falta de aplicación de metodologías por parte de las contralorías; pero, sobre todo, ausencia de interés y empeño directivo y funcional por parte de tales órganos de control: sólo así se explica que no existan a la fecha (diez años después de expedida la Constitución) procesos significativos adelantados para determinar

responsabilidades fiscales por daños al patrimonio ambiental, lo que se traduce en indiferencia y desinterés institucional por tan importante materia (además del incumplimiento de las funciones).

Las aproximaciones, aisladas por demás²⁰⁹, no han evitado formular la pregunta si realmente estos entes están o no en capacidad para adelantar esas funciones ambientales, o si las mismas se deben reducir exclusivamente al ámbito procesal de la responsabilidad fiscal frente al daño ambiental en el marco de la gestión fiscal.

Pues bien, para aproximarnos a la problemática propuesta, enseguida se examinarán los supuestos esenciales y específicos para determinar la responsabilidad fiscal por daños al patrimonio ambiental, alusivos a la gestión ambiental (gestión fiscal), al concepto patrimonial del medio ambiente, a los sujetos activos de tal responsabilidad, al concepto de daño ambiental, la valoración de los costos ambientales, las cuentas ambientales y las metodologías para la valoración de costos ambientales.

Para los demás elementos sustanciales (imputación subjetiva e imputación del daño), así como los procesales, basta remitirnos a la teoría general ya expuesta en los acápite precedentes.

F. EL PATRIMONIO AMBIENTAL COMO NUEVA CATEGORÍA JURÍDICA PATRIMONIAL PARA EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

El *concepto de patrimonio* ambiental como un patrimonio *común o colectivo*, supone un cambio de las funciones que el ordenamiento jurídico, sobre todo por la visión civilista, le otorga a esa categoría *patrimonial* en términos de sus componentes y de su titularidad.

En primera instancia, el concepto encierra todos los elementos que componen el concepto ambiental, desde el punto de vista patrimonial, el cual incluye los recursos naturales renovables y no renovables (minerales, tierras, bosques, aguas, etc.). En segundo lugar la titularidad de dicho patrimonio expresa no ya

una *propiedad* (en el sentido civilista) sobre él, sino una *pertenencia*²¹⁰ de carácter plural de la nación o la sociedad (patrimonio público).

Este enfoque le ha dado la siguiente caracterización:

“1. Que el medio ambiente es, desde el punto de vista jurídico, un bien, aunque compuesto por una universalidad de cosas (universitas juris). En consecuencia es susceptible de pertenencia y de protección jurídica; 2. Que este bien, independientemente de la propiedad singular que pueda constituirse sobre algunas de las cosas que lo componen, es un bien colectivo (no res nullius, sino res communes omnium), que pertenece a todos...3. Se trata de un bien que está fuera del comercio humano y que debe conservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras” . 211

Esta socialización del medio ambiente, sobre todo entendiéndose de las denominadas *externalidades ambientales* en relación con los *recursos comunes* y los *bienes públicos*,²¹² produce, además de los efectos socioeconómicos, una nueva perspectiva cultural y ética que trasciende las tradicionales visiones civilistas de dicho patrimonio, en términos de lo público, y de los roles sociales que producen papeles garantísticos frente a él, cuyas connotaciones en el ordenamiento jurídico precisamente constituyen un nuevo orden de responsabilidad en términos de gestión fiscal.

G. LA GESTIÓN AMBIENTAL

La gestión ambiental aparece tipificada en el artículo 80 constitucional, el cual declara que el Estado *planificará* el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además de ello, el Estado debe prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Por su parte, el artículo 399 al señalar el contenido del Plan Nacional de Desarrollo, precisa que en la parte general del mismo, entre otros temas, se indicarán las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno.

Se entiende por *gestión ambiental* el “proceso técnico, administrativo, financiero y político, por medio del cual las autoridades encargadas organizan un conjunto de recursos de diversa índole (humanos, financieros, técnicos, de información, etc) que tienen como finalidad la protección, manejo y preservación del medio ambiente y de los recursos renovables en un territorio específico”, y la gestión ambiental “como parte sustancial de la gestión pública, debe entenderse como un proceso social y político continuo en el que intervienen distintos actores (políticos, económicos, sociales) y en el que se definen, formulan y ejecutan un conjunto de acciones que tienen como finalidad el desarrollo sostenible de un territorio y el mejoramiento de la calidad de vida de la población”.²¹³

Para el efecto, la adopción de modelos e instrumentos estatales coherentes, sobre la base de una adecuada definición de estrategias, objetivos y políticas, a través de la planeación, ejecución y evaluación, predispone la solidez de la gestión ambiental, en términos de eficiencia, eficacia y efectividad global.

El concepto de gestión ambiental, entonces, aparece en el contexto regulador de la ley 99 de 1993, convirtiéndose en el eje del Sistema Nacional Ambiental (SINA), entendido como el *conjunto de todos los elementos que deben interactuar para el cumplimiento de las metas ambientales que se definieron en la Constitución Política de 1991*²¹⁴, y cuyo nivel orgánico y descentralizado, se encuentra soportado a partir del esquema legal, en el Ministerio del Medio Ambiente²¹⁵, las Corporaciones Autónomas Regionales²¹⁶ y las entidades territoriales²¹⁷.

Desde el punto de vista de la competencia, el *control fiscal* (enfaticando el sistema de *control de gestión*²¹⁸) lo efectúa la Contraloría General de la República sobre el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales, y las correspondientes contralorías departamentales, distritales o municipales, sobre el respectivo ente territorial.

Entonces, el concepto de *gestión ambiental* adquiere notable relevancia para los efectos de la materia en estudio, dado que a través de esa gestión se produce la *administración del patrimonio ambiental*, en términos de capacidad jurídica (*gestión fiscal*), como criterio condicionante para la determinación de una responsabilidad fiscal, según se ha visto.

Lo anterior significa que para que sea procedente una responsabilidad fiscal respecto del componente ambiental patrimonial, en primer lugar se requiere de la existencia funcional o contractual de actos propios de gestión fiscal (ambiental) por parte del agente-gestor, en relación con ese patrimonio, es decir, como se ha insistido hasta la saciedad, de aquella *capacidad jurídica* para administrar o manejar dicho patrimonio ambiental.

Ahora bien, tal y como ha sido puesto de presente por la doctrina²¹⁹, el componente de las acciones desplegadas por el Estado para adelantar esa gestión ambiental se ha circunscrito a la expedición de normas y al control y vigilancia sobre su cumplimiento, gestión que ha sido denominada de *comando y control*. Entonces la normatividad ambiental se ha convertido en el instrumento primordial de la gestión ambiental, cuya formulación no siempre a estado acorde con la realidad y necesidades del país²²⁰. Y en el ámbito del control por parte de tales autoridades, pesan limitaciones serias por incapacidad para mantener una cobertura integral.

En todo caso, cuando un gestor público ambiental, en ejercicio de sus funciones que le otorgan un papel de relevancia y capacidad jurídica para administrar el patrimonio ambiental, por negligencia u otra circunstancia da origen a un daño económico sobre tal componente, es sujeto de una responsabilidad fiscal. Si el daño se produce en las mismas condiciones descritas, pero el servidor estatal no tiene esa capacidad jurídica (gestión fiscal) para administrar tal patrimonio, no estaría sujeto a una responsabilidad fiscal por daños al patrimonio ambiental (patrimonio público), sino a otra diversa de carácter patrimonial, como observaremos en detalle enseguida.

H. LA RESPONSABILIDAD FISCAL DEL SERVIDOR PÚBLICO Y DEL PARTICULAR COMO GESTORES FISCALES EN EL ÁMBITO AMBIENTAL

Ya se observó cómo el componente de gestión ambiental traduce el conjunto de acciones de ordenamiento, regulación, planificación, control, entre otras, que se surten a través de las autoridades ambientales, con el propósito de garantizar las

obligaciones estatales de rango constitucional a nivel ambiental de *protección y conservación* (art.8 y 79) para *garantizar* el desarrollo sostenible.

También se dijo que los instrumentos para aplicar una política de gestión ambiental del Estado se encuentra limitados –por razones de capacidad institucional, básicamente- al ámbito normativo y de control a esas regulaciones.²²¹

En efecto, en primer lugar se requiere que la conducta dañina desplegada por el agente (público o privado), se encuentre enmarcada dentro del concepto de gestión fiscal. Es decir, que dicho agente despliegue actos funcionales (o contractuales) como gestor fiscal sobre el patrimonio ambiental sobre el cual ejerce esa actividad (o capacidad jurídica) de administración o manejo, en términos de disponibilidad jurídica (no meramente material) sobre él, asumiendo simultáneamente una posición de garante frente a él, tal y como se ha podido estudiar.

En el caso del agente público dicha gestión fiscal se deriva de las funciones que le han sido asignadas por vía normativa o reglamentaria frente al patrimonio ambiental, en términos de administración o manejo.²²²

En el caso del agente particular, cuando esa gestión se deriva directamente del objeto contractual (el particular que administra un parque natural, v.g.r).

Cuando el daño provenga de actividades indirectas de protección del patrimonio ambiental, por ejemplo por la ejecución contractual de una obra pública, el contratista tiene una posición de garante (gestión fiscal) frente a ese patrimonio, derivado de las exigencias de manejo y protección impuestas por el ordenamiento jurídico, y por tanto, por esa posición de garante, también puede ser sujeto de responsabilidad fiscal por el menoscabo producido, en la medida que se adecuen los demás componentes (conducta antijurídica e imputación del daño). Igualmente deberán responder fiscalmente los agentes públicos que de modo omisivo no hayan evitado la ocurrencia del daño, teniendo el deber jurídico de hacerlo (gestor fiscal), como en el caso de los interventores²²³ o supervisores del contrato.

Si la afectación se produce por el agente público o privado, por fuera de ese ámbito de gestión, a nivel contractual, no cabría una responsabilidad fiscal, aunque sí de una carácter civil o patrimonial.

I. LA RESPONSABILIDAD FISCAL DE LOS PARTICULARES EN EL AMBITO DE LA DIMENSION ECONOMICA Y DEL CONCEPTO DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Las directrices de desarrollo, dentro de un marco de desarrollo sostenible, han promovido nuevas perspectivas para ver el problema de la gestión ambiental, en el sentido que esa tarea no puede ser una responsabilidad exclusiva del propio Estado, sobre la base de los valores y principios constitucionales temáticos (solidaridad, función social y ecológica de la propiedad, etc) adicionado a que el sector privado es uno de los niveles en donde deben existir mayores obligaciones en la reconducción de la problemática. Este enfoque requiere necesariamente el planteamiento de estrategias integrales y conjuntas, bajo un principio de *corresponsabilidad*.

Por esa óptica integradora de la cuestión ambiental, en términos de gestión, el ámbito de la responsabilidad fiscal alcanza a su vez una mayor amplitud, derivada justamente de los roles garantísticos que asumen no sólo los agentes estatales responsables de esa misión (o agentes privados), sino sobre todo los particulares, quienes al tener que moldear y orientar sus proyectos de desarrollo económico dentro de las vertientes estrictas de la normatividad ambiental, para asegurar la evasión, disminución, compensación o retribución de los eventuales daños al medio ambiente, deben a su vez repararlos por ese papel de garante que el ordenamiento les ha asignado, como condición jurídica para el adelantamiento de sus acciones de producción y desarrollo. Se entiende entonces que al agente contaminador como la persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que de manera directa o indirecta deteriora el medio ambiente.

La doctrina especializada ha destacado como técnicas útiles para la efectiva aplicación de dicho principio, “*bien en el pago de cánones, bien en la exigencia al contaminador de determinados estándares debiendo él mismo soportar, además de las*

indemnizaciones por daños al medio ambiente cuando proceda, los costos necesarios para alcanzar los estándares, incluidos los costos administrativos directamente relacionados con la efectiva aplicación de las medidas anticontaminantes” .224

Para la compensación económica por los efectos nocivos que de ese uso y explotación se puedan generar, la ley ha previsto el régimen de *tasas*²²⁵ (que es una proyección del concepto constitucional del desarrollo sostenible del artículo 80 constitucional), “*con el fin de transmitir un costo a quienes se benefician de una u otra manera con la utilización de los recursos naturales, con lo cual se está financiando las medidas correctivas necesarias para sanear los efectos nocivos de los ecosistemas y a través de la misma, la ley ha adoptado un sistema económico de ingresos con destino a las Corporaciones Autónomas Regionales, encargadas de ejecutar las políticas, planes, programas y proyectos sobre el medio ambiente y recursos naturales renovables” .226*

Tal regulación aparece, como primer referente, en el artículo 18 del decreto 2811 de 1974 “*Por el cual se dicta el Código de Recursos Naturales renovables y de protección del Medio Ambiente*”,²²⁷ norma subrogada expresamente por el artículo 42 de la ley 99 de 1993, y, finalmente, este último artículo y el 43 de la citada ley.²²⁸

El supuesto fáctico que correlaciona la hipótesis jurídica de la tasa, es el hecho de las consecuencias nocivas que la actividad económica produce al medio ambiente (el efecto nocivo de la actividad económica determina la causación de la tasa), cuya graduación se encuentra regulada como límites de afectación, en la ley.²²⁹

Adicionalmente, como lo observó la Corte Constitucional, las descargas de desechos pueden ser de cuatro tipos o categorías:

“Las que no tienen carácter nocivo, porque la contaminación producida es asimilada por el ambiente; las que presentan y producen efectos nocivos, pero con daños menores a los costos de recaudar un tributo, las que expresan efectivo carácter nocivo, pero dentro de los “límites permitidos” por la ley y susceptibles de ser cobradas por los daños que generan y las que definitivamente arrojan efectos nocivos, por fuera de los mencionados límites y que según la ley resultan, acreedoras de sanciones” .230

En el primero y segundo caso no se cobran las tasas, mientras que el cuarto se deben imponer las sanciones legales, y en tercero se habilita el cobro de las tasas.

Estas tasas (que técnicamente son *nacionales con destinación específica*), tiene la siguiente categorización, de acuerdo con los preceptos legales citados:

Tasas *retributivas* (remoción de las consecuencias nocivas de las actividades que las generan), referidas a la eliminación de la contaminación que no exceda los límites legales, producida por la utilización directa o indirecta de la atmósfera, del agua y del suelo, por parte de personas jurídicas o naturales, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicios, sean o no lucrativas.

Tasas *compensatorias* (compensación de los gastos de mantenimiento de la renovabilidad del recurso), en relación con el mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables, y; tasas por utilización de aguas, respecto de la protección y renovación de los recursos hídricos.

Entonces tenemos que los particulares al utilizar los recursos naturales dentro del ámbito de su actividad económica, deben ceñirse a los parámetros reglamentarios ambientales que definen los límites permisibles para su utilización compensada o retribuida mediante las tasas, adquiriendo dichos particulares una posición de garantes (gestor fiscal – deber de protección y administración), frente al patrimonio ambiental utilizado de manera reglada. (tercer tipo de daño señalado arriba)

Si ese particular se encuentra dentro de los límites reguladores permitidos de la afectación ambiental, el componente económico de la tasa retribuye o compensa el daño ambiental producido.

Pero si el particular desborda esos límites reguladores aceptados por la ley, esa conducta que produce la contaminación (daño) no admitida, produciría en su contra un régimen contravencional de sanciones, y, adicionalmente, estaría

sujeto de un estatuto de responsabilidad patrimonial indemnizatorio establecido judicialmente en proporción al daño causado.

En este último evento surge el interrogante: si ya dijimos que ese particular tiene un deber de garante frente a los recursos ambientales que utiliza, dentro del marco regulador límite que señala el ordenamiento jurídico, lo cual lo coloca en un rol de *gestor fiscal* por el deber (derivado de la ley en el caso concreto) de protección especial sobre ese patrimonio ambiental (patrimonio público), con independencia de las responsabilidades patrimoniales deducidas por vía judicial (pues son autónomas y de distinta naturaleza jurídica), ¿podría ser sujeto de una responsabilidad fiscal por el daño producido al medio ambiente (patrimonio público-bien cuya conservación está a cargo del Estado-ambiente sano), en ejercicio de una actividad connotada de gestión fiscal?

En tales eventos, los particulares, en la órbita propia de las actividades productivas y de desarrollo sometidas a regulación normativa por vía de la legislación ambiental, y en la medida que dañen el patrimonio ambiental, sí pueden estar sujetos a responsabilidades de tipo fiscal,²³¹ por las razones generales esbozadas.

J. LA RESPONSABILIDAD FISCAL SOBRE EL PATRIMONIO AMBIENTAL POR PARTE DEL PARTICULAR EN EL AMBITO DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La Carta Política, en su artículo 58, reconoce el derecho a la propiedad privada, derecho que ha sido considerado por la Corte Constitucional como fundamental, pero no en sentido abstracto, sino cuando se reúnan ciertas condiciones en cada caso concreto²³².

Sin embargo, el concepto civilista unitario de la propiedad perdió eficacia, en tanto derecho absoluto y subjetivo, dado que el mismo precepto constitucional señaló perentoriamente que la *propiedad* es una *función social* que implica *obligaciones*, y que como tal, *le es inherente una función ecológica*.²³³ Como resultado, la ley²³⁴ ha diseñado una gama amplia de regímenes especiales que

han producido limitaciones a esa propiedad, y obligaciones correlativas a su ejercicio.

La Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos ha destacado tal carácter, precisando, v.gr. que la propiedad *no será reconocida sino en la medida en que sirva a los intereses comunes*,²³⁵ o que dicho derecho *no es arbitrario y está condicionado en su ejercicio a la realización de los objetivos sociales y subordinados a ellos*,²³⁶ o que *el contenido social de las obligaciones limita internamente el contenido individual de facultades o poderes del propietario*,²³⁷ y que *el derecho de dominio no puede desconocer las cargas sociales que pesan sobre él*,²³⁸ y que, en consecuencia, *resulta ilegítimo el uso que de él haga con olvido del interés común o, peor todavía, contrariándolo*.²³⁹

Esta concepción es sistemática con los enunciados constitucionales de los deberes y obligaciones de la persona y del ciudadano, contenidos en el artículo 95, según los cuales se debe *obrar conforme al principio de solidaridad social* (num.2º.), y se debe *proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano* (num. 8º.).

“La función social se traduce para el propietario en la coacción de realizar u omitir conductas impuestas por la ley, con miras a tutelar el interés social, y su inobservancia se considera incumplimiento, lo que genera para el propietario la imposición de sanciones, que pueden llevar incluso a la pérdida o extinción de su titularidad”.²⁴⁰

En el plano ambiental, las coordinadas normativas de la legislación ambiental, producen una seria limitación al ejercicio de la propiedad sobre los recursos naturales renovables, y en general a la propiedad en la esfera ambiental. Estas normas, que son de orden público,²⁴¹ prescriben tales recursos, por regla general, pertenecen a la Nación, y de manera exceptiva a los particulares.²⁴²

“En el caso excepcional de que exista propiedad privada sobre una parte de algún recurso natural renovable, el derecho de propiedad deberá ejercerse como función social, en los términos de la Constitución, y sujeto a las limitaciones establecidas en el Código²⁴³ y demás leyes pertinentes”.²⁴⁴

La Corte Constitucional también lo ha precisado:

“Aunque es verdad, como lo afirman los impugnantes, que el Estado no es propietario del suelo, salvo el caso de los bienes fiscales, no es acertado a la luz de la Constitución afirmar que estén excluidos del dominio estatal todos los recursos naturales que se encuentren en el suelo por esa sola circunstancia, pues ya se ha dicho que los no renovables son de propiedad pública, según el citado artículo 332 de la Constitución. Lo propio ocurre con los materiales que componen el suelo o los elementos que de ellos se extraen y con los que se encuentren en terrenos de propiedad privada. En este último caso, la Constitución garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra (artículo 58), pero ello no implica que el Estado renuncie a favor del propietario el derecho público que se tiene, según el mencionado mandato constitucional, sobre los recursos naturales no renovables”.²⁴⁵

Ejemplos de la anterior situación son los siguientes: 1) De conformidad con el decreto 877 de 1976 en las áreas de reserva forestal no se pueden realizar actividades pecuarias, no obras de infraestructura, ni construcciones, y en general ninguna actividad que no garantice la permanencia del recurso. 2); El establecimiento de vedas es un mecanismo que limita el uso de los bosques, y, por tanto, de la propiedad (artículo 196 del Código de Recursos Naturales Renovables-Decreto-Ley 2811 de 1974); 3) El establecimiento de reservas de recursos (artículo 45, literal b., *Id.*).

En fin, estos *límites intrínsecos*²⁴⁶ al uso de los recursos naturales renovables es simultáneamente una limitante al ejercicio de los derechos reales, y una responsabilidad en cabeza de quien detenta la propiedad privada en términos de *preservación y manejo*.

El artículo 1º. del Código de Recursos Naturales Renovables-Decreto-Ley 2811 de 1974, así lo prescribe:

“El ambiente es patrimonio común. El estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo que son de utilidad pública e interés social. La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social”.

Y el artículo 18 del mismo estatuto, agrega:

“Es deber de todos los habitantes de la República colaborar con las autoridades en la conservación y en el manejo adecuado de los suelos. Las personas que realicen actividades agrícolas, pecuarias, forestales o de infraestructura, que afecten o puedan afectar los suelos, están obligadas a llevar a cabo las prácticas de conservación y recuperación que se determinen de acuerdo con las características regionales”.

Y en el caso de las especies o individuos de la flora, que por razones de orden biológico, genético, estético, socioeconómico o cultural, deba perdurar (art. 196 *id.*), los propietarios de individuos protegidos serán responsables por el manejo y conservación de esos individuos (art. 197 *id.*).

En los ejemplos anteriores, si un propietario particular de una zonas boscosa o de un área de reserva forestal produce una afectación sobre dichos recursos, sobre los cuales tiene un ejercicio de dominio y disposición limitado por las normas ambientales y adicionalmente con una posición de garante y gestor, estará incurso en una responsabilidad fiscal por el detrimento producido al patrimonio público ambiental.

En este caso la gestión (de protección y custodia) es una función implícita al ejercicio condicionado de la propiedad sobre los recursos (públicos-ambientales), circunstancia que lo hace titular de aquel papel de garante, y por lo tanto sujeto de la responsabilidad fiscal.

Finalmente en cada caso particular habría que verificar los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal, con el fin de determinar el daño (cierto y actual) producido sobre el patrimonio ambiental (si el daño ha sido reparado, compensado o retribuido, no existirá *daño* para efectos de la responsabilidad fiscal); la imputación subjetiva de la conducta desplegada por el agente (imputación a título de culpa leve²⁴⁷); y la imputación del daño.

K. EL CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL PARA EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

En el contexto de la *valoración de los costos ambientales*, como competencia funcional de las contralorías, la noción de *daño ambiental* adquiere un

importancia mayor, sobre todo visto como el denominado *daño ecológico puro*, aspecto que difiere del tradicional concepto de *daño* en el campo de la responsabilidad civil o patrimonial.

En efecto, la tendencia jurídica es la de consolidar un sistema cuantitativo diverso, pues los mecanismos existentes hoy día son insuficientes para amparar el bien jurídico ambiental, cuya connotación universal trasciende la esfera simple del concepto de lo público o lo privado. Las acciones populares previstas en el Código Civil sobre los bienes de uso público (*res nullius*) hacen exigua la noción ambiental en ese concepto; si se trata de un entorno ambiental de dominio privado, entonces aplicaría el esquema del derecho civil para efecto de las reparaciones patrimoniales, caso en el cual –a pesar del ámbito privado–, el interés puede trascender a la esfera social.

El nuevo régimen de las acciones de grupo o de clase, precisamente permiten obtener reparaciones patrimoniales cuando la alteración ambiental ha producido un daño subjetivo, pero plural²⁴⁸.

El daño al medioambiente es más un daño a las relaciones del ecosistema que a las cosas, debido a que provoca la ruptura de ciertos equilibrios ambientales con profundas consecuencias a medio y largo plazo²⁴⁹.

El daño ambiental, a su vez, incluye el concepto de riesgo o peligro, caso en el cual el mecanismo de la responsabilidad debe fundarse en medidas preventivas que cesen sus efectos potencialmente nocivos, permitiendo incluso la indemnización de los costos de reparación del *daño probable*, situación que cae en el ámbito del derecho administrativo,²⁵⁰ y de la misma manera debe tenerse en cuenta que el daño presupone el principio de la reparación plena del mismo, es decir que la cuantificación debe tener en cuenta los denominados impactos sociales, económicos y culturales producidos.

Ahora bien, en la consideración del daño al patrimonio ambiental, en el sentido patrimonial público que soporta la responsabilidad fiscal, debemos centrarnos en los denominados *daños ambientales puros*:

“...daño ambiental puro es la aminoración de los bienes colectivos que forman el medio ambiente, y daño ambiental consecutivo es la repercusión del daño ambiental puro sobre el patrimonio exclusivamente individual del ser humano” .251

En efecto, el interés central de la responsabilidad fiscal es la de resarcir los daños producidos al patrimonio público (en este caso ambiental), circunstancia que delimita el campo de acción a ese exclusivo patrimonio, sin que sean relevantes los daños colaterales al patrimonio privado de las personas (de manera individual o colectiva), pues ellas cuentan con diversos mecanismos jurídicos para a su vez pretender su reparación.

La reparación de este daño, a través del proceso de responsabilidad fiscal, supone, en términos de la ley 610 de 2000, la *estimación de la cuantía;*²⁵² *demonstración objetiva del daño;*²⁵³ *determinación de la cuantía del daño;*²⁵⁴ y *prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño.*²⁵⁵

Ahora bien, la especial naturaleza del bien jurídico protegido (patrimonio ambiental) enlaza una situación bien diferente del resarcimiento por el daño causado a los bienes o fondos públicos corrientes, pues mientras en estos la reparación es equivalente a la cifra monetaria disminuida o al coste del bien dañado (cuya identidad referencial del que se reponga debe ser idéntica al dañado), o incluso equivalente físicamente al bien que se compensa, en aquel evento no es posible obtener la simetría física del bien ambiental afectado con la reparación, y ésta tampoco puede producir su restablecimiento material.

Por eso, en esta materia se debe enfocar el concepto del resarcimiento patrimonial del daño ambiental en la denominada privilegiar hablar de reparación *in natura*, la cual pretende restaurar el bien dañado para que vuelva a cumplir sus funciones o para que las cumpla de la manera mas semejante posible.

“Que toda indemnización, sea ordenando hacer determinadas actividades o pagando para que se hagan, sólo tendrá como finalidad la recuperación del bien ambiental aminorado para dejarlo al menos en la situación más parecida a la que tenía antes del daño, cuando esto es posible, o invirtiendo en otros bienes ambientales cuando es imposible recuperar aquel dañado” . 256

Si estos actos no son posibles de realizar por parte del responsable fiscal, o por interpuesta persona por él encargada, el monto indemnizatorio debe ser encomendado por la Contraloría a la autoridad ambiental competente para ejercer labores de administración e inversión sobre el recurso afectado, con el fin de que produzca las acciones pertinentes para la obtención de aquellos propósitos con dichos recursos.²⁵⁷

En lo tocante a la determinación del daño (no a su valoración), que corresponde a los factores de *certeza* y *actualidad* ya vistos, la Contraloría debe apoyarse en el concepto técnico que para esos efectos produzcan o bien los profesionales de las respectivas contralorías especializados en esa temática, o de lo contrario las autoridades ambientales que ejerzan jurisdicción en el ámbito territorial en el cual se produjo la afectación ambiental.²⁵⁸

En lo que corresponde a la estimación o determinación de la cuantía del daño al patrimonio ambiental, plantearemos lo siguiente.

L. LA VALORACIÓN DE LOS COSTOS AMBIENTALES

Tal como se dijo, uno de los principios del control fiscal contenidos en el artículo 267 de la Carta, como competencia atribuida tanto a la Contraloría General de la República, como a las contralorías territoriales, es justamente la de la valoración de los costos ambientales, fundamento que se reitera en el artículo 8o. de la Ley 42 de 1993.

Esta ley define la valoración de los costos ambientales²⁵⁹ como la *cuantificación del impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y la evaluación de la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*

Para efectos de la presentación del informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente ante el Congreso de la República, de conformidad con la atribución prevista en el numeral 7o. del artículo 268 constitucional, el artículo 46 de la Ley 42 de 1993 facultó al Contralor para reglamentar como obligación de las entidades públicas, la de incluir en todo

proyecto de inversión pública²⁶⁰, convenio, contrato o autorización de explotación de recursos, *la valoración en términos cuantitativos del costo-beneficio* sobre conservación, restauración, sustitución, manejo en general de los recursos naturales y degradación del ambiente, así como su contabilización y el reporte oportuno a la Contraloría.

Es decir que también las entidades sobre las cuales ejerce control fiscal la Contraloría están en la obligación de valorar los costos ambientales, según lo determine el Contralor mediante la correspondiente reglamentación.

No se olvide que *"La Administración pública es el principal actor del gasto ambiental, primero porque la mayor parte de los flujos monetarios vinculados a lo ambiental se relacionan en el presupuesto público, y segundo porque el Estado o sus dependencias son las entidades que financian las acciones directa o indirectamente, o porque son los recaudadores de fondos privados destinados a acciones en este campo, o en último caso porque no existen acciones vinculadas al medio ambiente que no estén controladas por la Administración Pública".*²⁶¹

El artículo 65 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal, señala que la intervención de las contralorías en el control fiscal a la contratación, se surtirá una vez agotados los trámites de legalización de los contratos. Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, dicha vigilancia incluirá los sistemas de control, para determinar, entre otros principios, *la valoración de los costos ambientales*.

La ley 99 de 1993, en su artículo 5o., numeral 43, estableció entre las funciones del Ministerio del Medio Ambiente la de *"establecer técnicamente las metodologías de valoración de los costos ambientales del deterioro y de la conservación del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables"*.²⁶² El artículo 13 de dicha Ley señala, por su parte, que el Contralor General de la República hace parte del Consejo Nacional Ambiental.

Hasta aquí podemos observar que la Contraloría tiene facultad para *valorar los costos ambientales*, tanto en el esfera misma del control fiscal, como para la determinación del daño ambiental en los procesos de responsabilidad fiscal.

El Ministerio del Medio Ambiente, por su parte, posee la atribución originaria para establecer las *metodologías* de valoración; es decir que el órgano de control, para efectos de *valorar* los costos ambientales, debe aplicar las metodologías diseñadas por la máxima autoridad ambiental.

El artículo 57 de la Ley 99 de 1993²⁶³, precisa: "*se entiende por estudio de impacto ambiental, el conjunto de la información que deberá presentar ante la autoridad ambiental competente el peticionario de una Licencia Ambiental. / El estudio de impacto ambiental contendrá información sobre la localización del proyecto, y los elementos abióticos y bióticos y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la Licencia, y la evaluación de los impactos que puedan producirse. Además incluirá el diseño de los planes de prevención de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad. / La autoridad ambiental competente para otorgar la Licencia Ambiental, fijará los términos de referencia de los estudios de impacto ambiental en un término que no podrá exceder de sesenta días hábiles contados a partir de la solicitud por parte del interesado*".

Debe tenerse en cuenta, entonces, que el estudio de impacto ambiental no sólo supone un requisito para la realización del proyecto, sino que esencialmente pretende incorporarlo al presupuesto de desembolso del proyecto mismo, "*con miras a la ejecución de programas de mitigación de riesgos ambientales e implementación de tecnologías limpias*".²⁶⁴ Además, el estudio de impacto ambiental es un instrumento para la toma de decisiones y para la planificación ambiental (art. 22 del Decreto 1753 de 1994), estudio que se exige en todos los casos que requieran licencia ambiental (art. 23 *id.*)

La Licencia Ambiental es definida²⁶⁵ por el Decreto 1753 de 1994, en los siguientes términos: "*Es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente, mediante acto administrativo, a una persona para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que conforme a la Ley o los reglamentos, puede producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje y en la que se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario de la Licencia Ambiental debe cumplir para prevenir, corregir, compensar y manejar los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada*"²⁶⁶.

En otras palabras, la licencia ambiental es "*una decisión legítima tomada por una autoridad ambiental del Estado, que crea para una persona una situación jurídica*

especial y determinada, como resultado de un proceso promovido por esa persona natural o jurídica interesada. Por lo tanto es un típico acto administrativo” .267

M. LAS CUENTAS AMBIENTALES

Este mecanismo es un referente fundamental para la medición de la actividad económica y su interrelación ambiental.

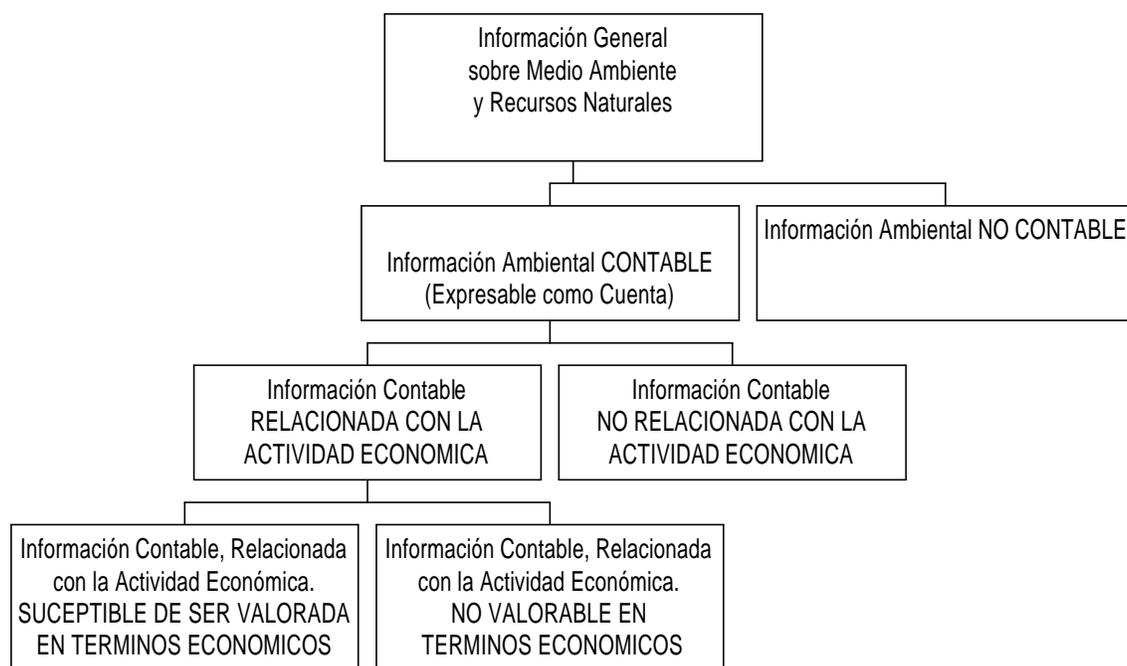
En efecto, una de las recomendaciones de la Conferencia de Río, fue justamente la de promover en los países miembros de la O.N.U., el desarrollo de las cuentas ambientales. En Colombia, sus antecedentes aparecen en el Decreto 2811 de 1974 (Código de Recursos Naturales) y el documento CONPES DNP-DEPAC No. 2544 de agosto de 1991. Precisamente a partir de 1992 se estableció el Comité Interinstitucional de Cuentas Ambientales (CICA)²⁶⁸, el cual se encuentra conformado por el Ministerio del Medio Ambiente, el Departamento Nacional de Planeación, el Departamento Nacional de Estadística, la Contraloría General de la República y la Universidad Nacional²⁶⁹. La misión básica del CICA es la creación de las cuentas ambientales en Colombia y la definición y validación de las metodologías para la elaboración de dichas cuentas. Esto implica la generación de un Sistema de Cuentas Ambientales (SCA) que permita expresar la información ambiental (IA) en términos contables a nivel nacional y territorial, la integración múltiple del Sistema de Cuentas Ambientales (SCN), el Sistema de Información Nacional y Territorial (SINT), el Sistema Estadístico Nacional y Territorial (SENT), el Sistema de Información Ambiental (SIA) y el SCA. Y ahora con la creación del Ministerio del Medio Ambiente, el Sistema Nacional Ambiental (SINA). Además, se deben desarrollar los indicadores de seguimiento sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente²⁷⁰.

Hoy en día se desarrolla un Proyecto Piloto de Contabilidad Económico Ambiental Integrada para Colombia (COLSCEA), uno de cuyos componentes es el Sistema de Cuentas Nacionales, proyecto que cuenta entre sus objetivos específicos el de realizar valoraciones económicas de las cuentas del patrimonio ambiental.

Esta tarea es compleja y su consolidación enfrenta problemas, principalmente derivados de las deficiencias de los sistemas existentes de inventario físico de los recursos naturales y medio ambiente, y de la dificultad de consolidar esa información ambientales en términos de indicadores económicos, e incluso, por falta de conciencia nacional sobre la importancia vital del tema ambiental en el cuadro socio-institucional, y el descuido para determinar políticas serias y consistentes con las necesidades del desarrollo económico, y la protección de nuestros recursos.

Es clara, pues, la necesidad de incorporar al análisis económico y social las variables que tengan relación con el uso, disponibilidad y explotación de los recursos naturales, proponiéndose para el efecto la utilización de dos indicadores, para cada clase de recursos, relativos al *stock o acervo* del mismo, y su *nivel de explotación*, enfatizando el efecto que sobre el recurso tiene la explotación, otros recursos, y en general el que se deriva de la actividad económica.²⁷¹

Con esta óptica, y según la siguiente clasificación, elaborada por el investigador *Guillermo Rudas Lleras*, el sistema de contabilidad ambiental²⁷² queda restringido a la información expresable a través del sistema de cuenta, pues como se puede apreciar, existe un subconjunto de información ambiental que no es susceptible de expresarse en esos términos²⁷³, en cuyo caso se requiere establecer un procedimiento diverso al del sistema de cuentas ambientales.²⁷⁴



Los indicadores ambientales relacionados con la actividad económica, son aquellos recursos naturales que se incorporan directamente a la actividad de producción, incluyendo los efectos ambientales sufridos como consecuencia de esa incorporación. Los indicadores que no se relacionan con el entorno económico, deben verificarse con la perspectiva científica que permita su ponderación conceptual²⁷⁵.

Dentro de los asuntos ambientales que tienen relación directa con la actividad económica, encontramos aquellos componentes del medio natural que permiten una asignación directa de un valor económico, por oposición a aquellas variables que, a pesar de ser afectadas directamente por la actividad productiva y ser posible su cuantificación contable, no es posible expresar su estimación monetaria, caso en el cual el sistema de cuentas ambientales deberá mantener estos indicadores expresados en términos físicos²⁷⁶.

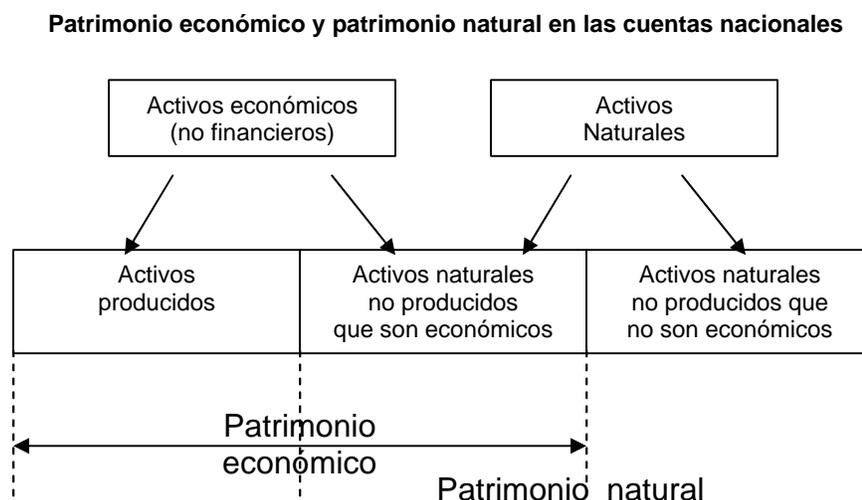
El registro de las cuentas ambientales, *ex-post*, tiene dos limitantes notorias; la primera alude a la no incorporación de los fenómenos que explican los cambios en un período determinado (v.gr. procesos de degradación y restauración que afectan los recursos naturales), ni la contabilización de la disponibilidad real del inventario de capital originado en el proceso productivo adelantado por el hombre mismo²⁷⁷.

Sobre este último aspecto, se propone la metodología de consenso desarrollada por la O.N.U: *"cada bien económico debe funcionar como una reserva de valor, el cual depende de las cantidades de beneficios económicos que su propietario puede derivar de dicho bien por poseerlo y hacer uso de él, y que este valor usualmente no permanece constante puesto que los beneficios restantes frecuentemente disminuyen con el paso del tiempo"*²⁷⁸.

Este enfoque, pues, permite no solo definir el alcance de la evaluación de la gestión ambiental del Estado, bajo el parámetro de la valoración de los costos ambientales, como principio del control fiscal, sino también la orientación que debe tener el informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente, presentado ante el Congreso de la República. Ejerciendo esta función, la Contraloría General de la República²⁷⁹, así como las Contralorías departamentales, distritales y municipales, han presentado los respectivos informes.

Adicionalmente, y como un importante complemento al desarrollo del sistema de cuentas ambientales en nuestro país, el Contador General de la Nación expidió la Resolución No. 4444 de 21 de noviembre de 1995, mediante la cual adoptó el Plan General de Contabilidad Pública, en el cual incluyó una norma técnica relativa al reconocimiento de los recursos naturales y del ambiente. Con este enfoque, el mismo funcionario profirió la circular externa No. 023 del mismo año, mediante la cual impartió la referida norma técnica en la cual diseña la clasificación y registro contable de las erogaciones aplicadas a las actividades relacionadas con tales recursos, con el fin de reflejarlos en forma independiente, clara, uniforme y razonable.

De otra parte, y bajo este contexto, se representa el patrimonio natural dentro del sistema de cuentas nacionales, de la manera siguiente:²⁸⁰

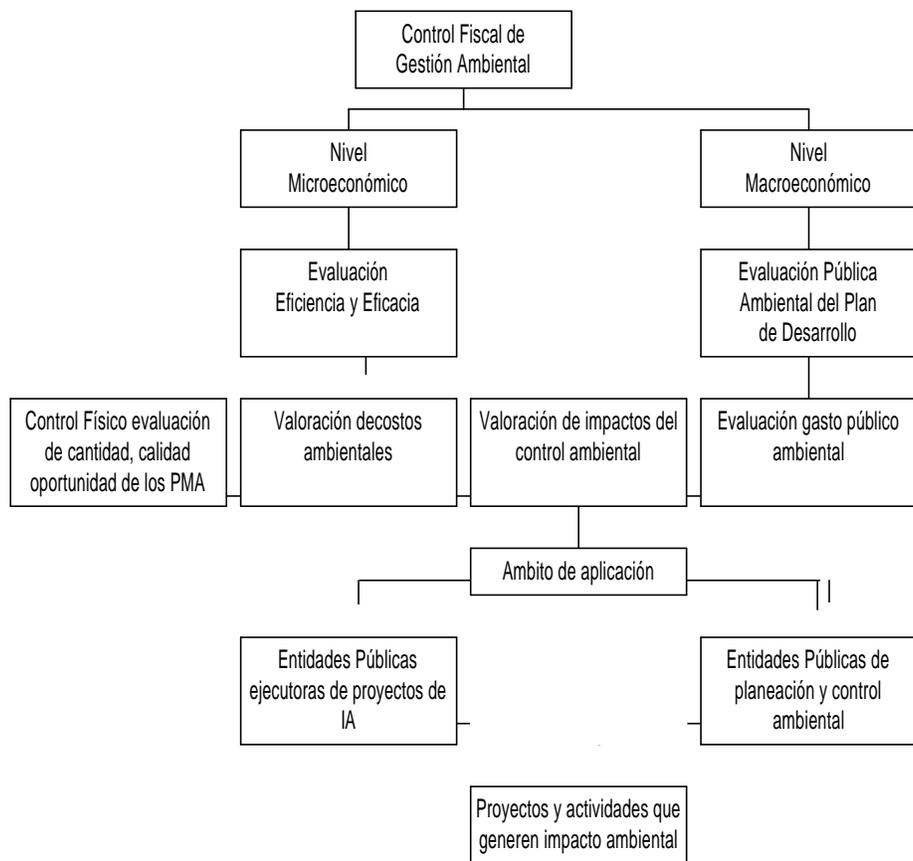


Finalmente, recogemos las inquietudes formuladas por los especialistas, en el sentido de que al hablar de cuentas ambientales se piense exclusivamente en términos de contabilidad nacional: “Al aceptar esta falsa asociación, se dejan de lado las diferentes opciones que pueden existir para hacer contabilidad ambiental a diferentes niveles: regionales, naturales, institucionales y político-administrativos, rompiendo así con la falsa creencia que parece apoyar la idea que resulta imposible avanzar en la contabilidad ambiental en un referente espacial seleccionado, sino existen cuentas económicas estructuradas”.²⁸¹

N. METODOLOGÍAS PARA LA VALORACIÓN DE LOS COSTOS AMBIENTALES.²⁸²

La Contraloría General de la República ha adoptado como metodologías para la valoración de los costos ambientales, las técnicas de valoración directa e indirecta, conceptos que aún son objeto de discusión académica²⁸³.

Y, precisamente, en relación con el control de la gestión ambiental del Estado y de sus resultados, siguiendo el marco general del control fiscal esbozado, la Contraloría General de la República propone la siguiente metodología:²⁸⁴



En el caso que los planes hayan superado los costos ambientales previstos en los estudios previos de impacto ambiental, y sobre los cuales se surtieron las autorizaciones (licencia ambiental), las contralorías deben evaluar la situación para determinar eventuales responsabilidades fiscales por el inadecuado manejo de tales recursos (patrimoniales y sociales).²⁸⁵

Para tal efecto, complementariamente, se suelen definir tres tipologías de instrumentos: los métodos directos de valoración; indirectos (metodologías de mercados subrogados y metodologías basadas en los costos potenciales); y los métodos de valoración hipotética.

Adicionalmente, con el nuevo enfoque metodológico²⁸⁶ del control fiscal (Guía de auditoría gubernamental con enfoque integral), la evaluación global se centra en los aspectos relativos al sistema de *gestión ambiental*²⁸⁷, las *obligaciones*

*ambientales, la presión sobre el medio ambiente*²⁸⁸ y el *comportamiento ambiental* en general.

Esta orientación se complementa con las categorías de las auditorías ambientales tradicionalmente utilizadas tanto por los sistemas de control interno, como externo. Las mismas se suelen clasificar en auditorías de cumplimiento; las auditorías de sistemas de gerencia ambiental; las auditorías transaccionales; las auditorías de tratamiento, almacenaje e instalaciones para el tratamiento de desechos; la auditoría para prevención de la polución; las auditorías de pasivos ambientales las auditorías de productos.²⁸⁹

CAPÍTULO VIII

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y COMUNITARIA EN EL CONTROL FISCAL

El otro nivel de mecanismos de participación ciudadana, son los denominados mecanismos de participación ciudadana en el control fiscal, o para la vigilancia de la gestión fiscal o mecanismos de fiscalización, los cuales adquieren especial relevancia para los efectos del tema estudiado. Precisamente, su enunciado normativo aparece en el Capítulo 1, del Título X, de la Carta Política, que regula el tema de la Contraloría y el control fiscal.

Por lo anterior, uno de los aspectos que se debe connotar con mayor énfasis en el control fiscal, es justamente el relativo a la participación ciudadana. A través de este mecanismo, podrá la comunidad vigilar el comportamiento de las entidades estatales en el cumplimiento de sus fines sociales, y el manejo de sus recursos públicos, jugando un importante papel no sólo en relación con el control en sí mismo considerado, sino en el rol de la participación en la "*vida política, cívica y comunitaria del país*", como principio de democracia y finalidad esencial del Estado.

Entre tales mecanismos de control aparece, en primer término, la figura de la audiencia pública para la adjudicación de una licitación, plasmada en el artículo 273 de la Carta Política.

Según este instrumento de fiscalización, a solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

La ley 42 de 1993, reprodujo la disposición constitucional, en el artículo 108, pero agregando una facultad discrecional del contralor para ordenar la audiencia pública, evento que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.²⁹⁰

El Estatuto de la contratación estatal, o ley 80 de 1993, prevé en el numeral 3o. del artículo 24 (principio de transparencia), que las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de la licitación el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 273 de la Carta Política.

A su vez, el numeral 11 del artículo 25 (principio de economía), advierte que los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.

Y el numeral 10o. del artículo 30 (De la estructura de los procedimientos de selección), precisa que en la audiencia pública para la adjudicación de la licitación, participaran el jefe de la entidad o la persona en quien se haya delegado la facultad de adjudicar, y, además, podrán intervenir los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen intervenir.

De otro lado, el más importante mecanismo de participación ciudadana en el control fiscal, aparece conjugado en el artículo 270 de la Carta Política, el cual establece que la ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.

Sin embargo, la ley 42 de 1993 (ley ordinaria), reglamentaria del control fiscal, no reguló la materia, porque justamente ese ámbito es propio de una ley estatutaria²⁹¹, según lo precisa el literal d) del artículo 152 de la Carta Política,²⁹² motivo por el cual no podría una ley sobre control fiscal reglamentar aspectos de "participación ciudadana" que "*permitan vigilar la gestión pública*", pues esta temática es exclusiva de aquella tipología legal.

Lo anterior significa que la disposición constitucional que enuncia el principio básico de la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública, no ha sido desarrollada por la ley, motivo que obliga a recurrir a las diversas leyes que han venido regulando el tema en los diferentes ámbitos de la gestión pública, y en los heterogéneos sectores a los cuales se aplica dicha función, pues la desafortunada reglamentación que se pretendió implantar en la ley 134, dejó un vacío que dificultará un nuevo proceso legal que se ocupe del tema, mediante el procedimiento de una ley Estatutaria.

Sin embargo, consideramos que si bien esta situación se convierte en una limitante de aplicabilidad de la materia, en términos reglamentarios, no lo es respecto del proyecto participativo, pues él se integra en un amplio catálogo normativo constitucional que no requiere regulación legal para su aplicación, vía a la cual deberán recurrir las Contralorías, a efecto de no hacer nugatorio esta importante facultad en el esquema democrático planteado, y así mismo, como se dijo, a los diversos desarrollos legales sobre la materia, que se han venido produciendo (como lo observaremos en forma esquemática, más adelante).

Particularmente debe tenerse en cuenta el artículo 100 de la ley 134 de 1994, que al texto indica: "*De las veedurías ciudadanas. Las organizaciones civiles podrán constituir veedurías ciudadanas o juntas de vigilancia a nivel nacional y en todos los niveles territoriales, con el fin de vigilar la gestión pública, los resultados de la misma y la prestación de los servicios públicos.*

La vigilancia podrá ejercerse en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o mayoritaria se empleen los recursos públicos, de acuerdo con la constitución y la ley que reglamente el artículo 270 de la Constitución Política".

La Corte Constitucional ha precisado:

*"En consecuencia se considera que la intervención comunitaria para la vigilancia de la gestión pública puede realizarse a través de los mecanismos señalados por la propia Constitución o la ley, que no exija desarrollo legislativo o que, exigiéndolo, ya exista. Por el contrario los mecanismos que requiriendo expresión legal carecen de ella, no son aún, por lo pronto viables"*²⁹³

En otros niveles constitucionales, se resaltan algunos mecanismos que permiten la injerencia de la comunidad, en la órbita del control. V.gr., el de la función prevista en el numeral 2 del artículo 318 de la Carta Política, sobre las Juntas Administradoras Locales, según el cual una de sus funciones es la de *"vigilar y controlar la prestación de los servicios públicos municipales en su Comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos"*.

Y en fin, en el amplio desarrollo legal sobre la materia, como se verá en la reseña normativa, más adelante.

V.gr., el artículo 167 de la Ley 136 de 1994, sobre organización y funcionamiento de los municipios, indica que *"los organismos de control fiscal vincularán a la comunidad en la realización de su gestión fiscal sobre el desarrollo de los planes, programas y actividades que realice la entidad fiscalizada, para que ella a través de los ciudadanos y de los organismos de participación comunitaria, pueda garantizar que la función del Estado esté orientada a buscar beneficios de interés común, que ayuden a valorar que sus contribuciones estén siendo dirigidas en búsqueda de beneficio social"*.

El anterior precepto permite, de todas formas -y sin hacer parte de una ley estatutaria-, la participación comunitaria en el ejercicio de las funciones de control de las Contralorías, desarrollando a ese nivel territorial la norma constitucional comentada.

DESARROLLO NORMATIVO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

LEY	DESCRIPCIÓN	ARTICULOS
LEY 60 DE 1993	POR LA CUAL SE DICTAN NORMAS ORGÁNICAS SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 151 Y 288 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SE DISTRIBUYEN RECURSOS SEGÚN LOS ARTÍCULOS 356 Y 357 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES	<p>ARTÍCULO 2o., 3o., Y 4o., COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. DEPARTAMENTOS Y DISTRITOS.</p> <p>6. PROMOVER Y FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES PRIVADAS, COMUNITARIAS Y SIN ÁNIMO DE LUCRO EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE QUE TRATA ESTE ARTÍCULO, PARA LO CUAL PODRÁN CELEBRAR CON ELLAS LOS CONTRATOS A QUE HAYA LUGAR. EN EL SECTOR EDUCATIVO SE PROCEDERÁ SEGÚN EL ARTÍCULO 80. DE LA PRESENTE LEY.</p> <p>ARTÍCULO 3o. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS. CORRESPONDE A LOS DEPARTAMENTOS.</p> <p>8. PROMOVER Y FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES PRIVADAS, COMUNITARIAS Y SIN ÁNIMO DE LUCRO EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE QUE TRATA</p>

		<p>ESTE ARTÍCULO, EXCEPTO PARA EDUCACIÓN, PARA LO CUAL PODRÁN CELEBRAR CON ELLAS LOS CONTRATOS A QUE HAYA LUGAR.</p> <p>ARTÍCULO 4o. COMPETENCIAS DE LOS DISTRITOS. CORRESPONDE A LOS DISTRITOS. PROMOVER Y FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES PRIVADAS, COMUNITARIAS Y SIN ÁNIMO DE LUCRO EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE QUE TRATA ESTE ARTÍCULO, EN EL SECTOR EDUCATIVO SE PROCEDERÁ SEGÚN EL ARTÍCULO 80. DE LA PRESENTE LEY, PARA LO CUAL PODRÁN CELEBRAR CON ELLAS LOS CONTRATOS A QUE HAYA LUGAR.</p> <p>ARTÍCULO 18. PROCEDIMIENTO PRESUPUESTAL PARA LA DISTRIBUCIÓN DEL SITUADO FISCAL Y PARA EL CONTROL</p>
--	--	---

		<p>DE LA NACIÓN DE LOS PLANES SECTORIALES. CONSIDERANDO LAS SIGUIENTES REGLAS MÍNIMAS:</p> <p>5. EL SITUADO FISCAL ASIGNADO A CADA ENTIDAD TERRITORIAL SE INCORPORARÁ A LOS PRESUPUESTOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES Y EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL SOBRE DICHOS RECURSOS CORRESPONDERÁ A LAS AUTORIDADES TERRITORIALES COMPETENTES, INCLUYENDO LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA LEY 42 DE 1993. IGUALMENTE, SE</p>
--	--	--

		<p>GARANTIZARÁ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL CONTROL SOBRE LOS RECURSOS EN LOS TÉRMINOS QUE SEÑALE LA LEY. ARTÍCULO 23. CONTROL DE LA PARTICIPACIÓN PARA LOS SECTORES SOCIALES. CONSIDERANDO LAS SIGUIENTES REGLAS MÍNIMAS:</p> <p>EL SITUADO FISCAL ASIGNADO A CADA ENTIDAD TERRITORIAL SE INCORPORARÁ A LOS PRESUPUESTOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES Y EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL SOBRE DICHOS RECURSOS CORRESPONDERÁ A LAS AUTORIDADES TERRITORIALES COMPETENTES, INCLUYENDO LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y</p>
--	--	---

		<p>LA LEY 42 DE 1993. IGUALMENTE, SE GARANTIZARÁ LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL CONTROL SOBRE LOS RECURSOS EN LOS TÉRMINOS QUE SEÑALE LA LEY.</p> <p>2.EL MUNICIPIO GARANTIZARÁ LA DIFUSIÓN DE LOS PLANES SOCIALES ENTRE LOS CIUDADANOS Y LAS ORGANIZACIONES DE SU JURISDICCIÓN. LA COMUNIDAD, A TRAVÉS DE LOS DISTINTOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN QUE DEFINE LA LEY, PODRÁ INFORMAR AL DEPARTAMENTO AL CUAL PERTENEZCA EL MUNICIPIO RESPECTIVO, O A LAS AUTORIDADES COMPETENTES EN MATERIA DE CONTROL Y EVALUACIÓN, LAS IRREGULARIDADES QUE SE PRESENTEN EN LA ASIGNACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS RECURSOS</p>
<p>EL ESTATUTO DE</p>		<p>PREVÉ EN SU ARTÍCULO 6o. LA PARTICIPACIÓN</p>

<p>BOGOTÁ, DECRETO 1421 DE 1993</p>		<p>COMUNITARIA Y LA VEEDURÍA CIUDADANA, Y EN EL 95, LA OBLIGACIÓN GENERAL DE PROMOVER LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y COMUNITARIA.</p>
<p>LEY 62 DE 1993</p>		<p>EN SU ARTÍCULO 28, NUMERAL 60., CREA LAS COMISIONES MUNICIPALES DE POLICÍA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA, ENCARGADAS DE CANALIZAR LAS QUEJAS Y RECLAMOS DE LAS PERSONAS, SOBRE EL COMPORTAMIENTO DE LA POLICÍA.</p>
<p>LEY 80 DE 1993</p>	<p>POR LA CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.</p>	<p>ARTÍCULO 66. DE LA PARTICIPACIÓN COMUNITARIA. TODO CONTRATO QUE CELEBREN LAS ENTIDADES ESTATALES, ESTARÁ SUJETO A LA VIGILANCIA Y CONTROL CIUDADANO. LAS ASOCIACIONES CÍVICAS, COMUNITARIAS, DE PROFESIONALES, BENÉFICAS O DE UTILIDAD COMÚN, PODRÁN DENUNCIAR ANTE LAS AUTORIDADES COMPETENTES LAS</p>

		<p>ACTUACIONES, HECHOS U OMISIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS O DE LOS PARTICULARES, QUE CONSTITUYAN DELITOS, CONTRAVENCIONES O FALTAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL.</p> <p>LAS AUTORIDADES BRINDARÁN ESPECIAL APOYO Y COLABORACIÓN A LAS PERSONAS Y ASOCIACIONES QUE EMPRENDAN CAMPAÑAS DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LA GESTIÓN PÚBLICA CONTRACTUAL Y OPORTUNAMENTE SUMINISTRARÁN LA DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN QUE REQUIERAN PARA EL CUMPLIMIENTO DE TALES TAREAS.</p> <p>EL GOBIERNO NACIONAL Y LOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES ESTABLECERÁN SISTEMAS Y MECANISMOS DE ESTÍMULO DE LA VIGILANCIA Y CONTROL COMUNITARIO EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL ORIENTADOS A RECOMPENSAR DICHAS</p>
--	--	--

		<p>LABORES.</p> <p>LAS ENTIDADES ESTATALES PODRÁN CONTRATAR CON LAS ASOCIACIONES DE PROFESIONALES Y GREMIALES Y CON LAS UNIVERSIDADES Y CENTROS ESPECIALIZADOS DE INVESTIGACIÓN, EL ESTUDIO Y ANÁLISIS DE LAS GESTIONES CONTRACTUALES REALIZADAS.</p>
--	--	---

<p>DE 1993</p>	<p>ESTABLECEN NORMAS PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL INTERNO EN LAS ENTIDADES Y ORGANISMOS DEL ESTADO, Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.</p>	<p>ARTÍCULO 4o.. ELEMENTOS PARA EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO. H) ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS QUE <u>FACILITEN EL CONTROL CIUDADANO</u> A LA GESTIÓN DE LAS ENTIDADES. ARTÍCULO 12. FUNCIONES DE LOS AUDITORES INTERNO. D) EVALUAR Y VERIFICAR LA APLICACIÓN DE LOS <u>MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA</u>, QUE EN DESARROLLO DEL MANDATO CONSTITUCIONAL Y LEGAL, DISEÑE LA ENTIDAD CORRESPONDIENTE.</p>
<p>LEY 100 DE 1993</p>	<p>POR LA CUAL SE CREA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.</p>	<p>ARTÍCULO 153. FUNDAMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO. ADEMÁS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, SON REGLAS DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD, RECTORAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD LAS SIGUIENTES <u>PARTICIPACIÓN SOCIAL</u>. EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ESTIMULARÁ LA PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS EN LA ORGANIZACIÓN Y CONTROL DE LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y DEL SISTEMA EN SU CONJUNTO. EL GOBIERNO NACIONAL ESTABLECERÁ LOS MECANISMOS DE VIGILANCIA DE LAS COMUNIDADES SOBRE LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN EL SISTEMA. SERÁ OBLIGATORIA LA PARTICIPACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LAS COMUNIDADES DE USUARIOS EN</p>

LEY 99 DE 1993	<p>POR LA CUAL SE CREA EL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, SE ORDENA EL SECTOR PÚBLICO ENCARGADO DE LA GESTIÓN Y CONSERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES, SE ORGANIZA EL SISTEMA NACIONAL AMBIENTAL, SIN Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES</p>	<p>ARTICULO 12 EL MANEJO AMBIENTAL DEL PAÍS, CONFORME A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, SERÁ DESCENTRALIZADO, <u>DEMOCRÁTICO Y PARTICIPATIVO.</u></p> <p>DEL CONSEJO NACIONAL AMBIENTAL EL CUAL ESTARÁ INTEGRADO POR LOS SIGUIENTES MIEMBROS</p> <p>UN REPRESENTANTE DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.</p> <p>UN REPRESENTANTE DE LAS COMUNIDADES NEGRAS.</p> <p>UN REPRESENTANTE DE LOS GREMIOS DE LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA.</p> <p>UN REPRESENTANTE DE LOS GREMIOS DE LA PRODUCCIÓN INDUSTRIAL.</p> <p>UN REPRESENTANTE DE LOS GREMIOS DE LA PRODUCCIÓN MINERA.</p> <p>UN REPRESENTANTE DE LOS GREMIOS DE EXPORTADORES</p> <p>UN REPRESENTANTE DE LAS ORGANIZACIONES AMBIENTALES NO GUBERNAMENTALES DE LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES DEL CONSEJO DIRECTIVO. ES EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CORPORACIÓN Y ESTARÁ CONFORMADO POR</p> <p>F). UN (1) REPRESENTANTE DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS O ETNIAS TRADICIONALMENTE ASENTADAS EN EL TERRITORIO DE JURISDICCIÓN DE LA CORPORACIÓN, ELEGIDO POR ELLAS MISMAS;</p> <p>G).DOS (2) REPRESENTANTES DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO, QUE</p>
-----------------------	--	---

		<p>TENGAN SU DOMICILIO EN EL ÁREA DE JURISDICCIÓN DE LA CORPORACIÓN Y CUYO OBJETO PRINCIPAL SEA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES, ELEGIDO POR ELLAS MISMAS</p> <p>DE LOS MODOS Y PROCEDIMIENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA</p> <p>ARTICULO 69. DEL DERECHO A INTERVENIR EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS AMBIENTALES. CUALQUIER PERSONA NATURAL O JURÍDICA, PÚBLICA O PRIVADA, SIN NECESIDAD DE DEMOSTRAR INTERÉS JURÍDICO ALGUNO, PODRÁ INTERVENIR EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS INICIADAS PARA LA EXPEDICIÓN, MODIFICACIÓN CANCELACIÓN DE PERMISOS O LICENCIAS DE ACTIVIDADES QUE AFECTEN O PUEDAN AFECTAR EL MEDIO AMBIENTE O PARA LA IMPOSICIÓN O REVOCACIÓN DE SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS Y REGULACIONES AMBIENTALES.</p> <p>ARTICULO 76. DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS. LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DEBERÁ HACERSE SIN DESMEDRO DE LA</p>
--	--	---

INTEGRIDAD CULTURAL, SOCIAL Y ECONÓMICA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y DE LAS NEGRAS TRADICIONALES DE ACUERDO CON LA LEY 70 DE 1993 Y EL ARTÍCULO 330 DE LA CONSTITUCIONAL NACIONAL, Y LAS DECISIONES SOBRE LA MATERIA SE TOMARÁN, PREVIA CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE TALES COMUNIDADES.

ARTICULO 102. DEL SERVICIO AMBIENTAL. UN 20% DE LOS BACHILLERES SELECCIONADOS PARA PRESTAR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO, PRESTARÁN SERVICIO AMBIENTAL, PREFERIBLEMENTE ENTRE QUIENES ACREDITEN CAPACITACIÓN EN LAS ÁREAS DE QUE TRATA ESTA LEY

EL SERVICIO AMBIENTAL TIENE POR OBJETO PRESTAR APOYO A LAS AUTORIDADES AMBIENTALES, A LAS ENTIDADES TERRITORIALES Y A LA COMUNIDAD EN LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES. TENDRÁ LAS SIGUIENTES FUNCIONES

A) EDUCACIÓN AMBIENTAL; B) ORGANIZACIÓN COMUNITARIA PARA LA GESTIÓN AMBIENTAL; C) PREVENCIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SOBRE EL USO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES.

EL SERVICIO AMBIENTAL ESTARÁ DIRIGIDO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA EN COORDINACIÓN CON EL MINISTERIO DEL

		MEDIO AMBIENTE, SERÁ ADMINISTRADO POR LAS ENTIDADES TERRITORIALES Y SE VALIDARÁ COMO PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO
--	--	--

LEY 101 DE 1993	LEY GENERAL DE DESARROLLO AGROPECUARIO Y PESQUERO	<p>ARTICULO 61 :CONSEJO MUNICIPAL DE DESARROLLO RURAL LOS MUNICIPIOS CREARÁN EL CONSEJO MUNICIPAL DE DESARROLLO RURAL, EL CUAL SERVIRÁ COMO INSTANCIA SUPERIOR DE CONCERTACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES LOCALES, LAS COMUNIDADES RURALES Y LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN MATERIA DE DESARROLLO RURAL, Y CUYA FUNCIÓN PRINCIPAL SERÁ LA DE COORDINAR Y RACIONALIZAR LAS ACCIONES Y EL USO DE LOS RECURSOS DESTINADOS AL DESARROLLO RURAL Y PRIORIZAR LOS PROYECTOS QUE SEAN OBJETO DE COFINANCIACIÓN.</p> <p>EL CONSEJO MUNICIPAL DE DESARROLLO RURAL DEBERÁ ESTAR CONFORMADO, COMO MÍNIMO, POR EL ALCALDE, QUIEN LO PRESIDRÁ, REPRESENTANTES DESIGNADOS POR EL CONSEJO MUNICIPAL, REPRESENTANTES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE ADELANTEN ACCIONES DE DESARROLLO RURAL EN EL MUNICIPIO, REPRESENTANTES DE LAS ASOCIACIONES DE CAMPESINOS Y DE LOS GREMIOS CON PRESENCIA EN EL MUNICIPIO Y REPRESENTANTES DE LAS COMUNIDADES RURALES DEL MUNICIPIO, QUIENES DEBERÁN CONSTITUIR MAYORÍA.</p> <p><u>LA PARTICIPACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES RURALES DEBERÁ SER AMPLIA Y PLURALISTA, DE MANERA QUE GARANTICE LA MAYOR PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN CIUDADANA EN LAS DELIBERACIONES DEL CONSEJO. PARA EL DESARROLLO DE SUS FUNCIONES EL CONSEJO DE DESARROLLO RURAL</u></p>
------------------------	---	---

		ESTABLECERÁ COMITÉS DE TRABAJO PARA TEMAS ESPECÍFICOS, INCLUYENDO LA VEEDURÍA POPULAR DE LOS PROYECTOS DE DESARROLLO RURAL QUE SE ADELANTEN EN EL MUNICIPIO.
--	--	--

<p>105 DE</p>	<p>POR LA CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES BÁSICAS SOBRE EL TRANSPORTE, SE REDISTRIBUYEN COMPETENCIAS Y RECURSOS ENTRE LA NACIÓN Y LAS ENTIDADES TERRITORIALES, SE REGLAMENTA LA PLANEACIÓN EN EL SECTOR TRANSPORTE Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES</p>	<p>DE LA PARTICIPACION CIUDADANA TODAS LAS PERSONAS EN FORMA DIRECTA, O A TRAVÉS DE LAS ORGANIZACIONES SOCIALES, PODRÁN COLABORAR CON LAS AUTORIDADES EN EL CONTROL Y VIGILANCIA DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE. LAS AUTORIDADES PRESTARÁN ESPECIAL ATENCIÓN A LAS QUEJAS Y SUGERENCIAS QUE SE FORMULEN Y DEBERÁN DARLES EL TRÁMITE DEBIDO.</p>
<p>LEY 115 DE 1994</p>	<p>POR LA CUAL SE EXPIDE LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN</p>	<p>ARTÍCULO 142. CONFORMACIÓN DEL GOBIERNO ESCOLAR. CADA ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO DEL ESTADO TENDRÁ UN GOBIERNO ESCOLAR CONFORMADO POR EL RECTOR, EL CONSEJO DIRECTIVO Y EL CONSEJO ACADÉMICO. LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS PRIVADAS ESTABLECERÁ EN SU REGLAMENTO, UN GOBIERNO ESCOLAR PARA <u>LA PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD EDUCATIVA</u> A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 68 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. EN EL GOBIERNO ESCOLAR SERÁN CONSIDERADAS LAS INICIATIVAS DE LOS ESTUDIANTES, DE LOS EDUCADORES, DE LOS ADMINISTRADORES Y DE LOS PADRES DE FAMILIA EN ASPECTOS TALES COMO LA ADOPCIÓN Y VERIFICACIÓN DEL REGLAMENTO</p>

		ESCOLAR, LA ORGANIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES SOCIALES, DEPORTIVAS, CULTURALES, ARTÍSTICAS Y COMUNITARIAS, LA CONFORMACIÓN DE ORGANIZACIONES JUVENILES Y DEMÁS ACCIONES QUE REDUNDEN EN LA PRÁCTICA DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN LA VIDA ESCOLAR.
--	--	---

<p>LEY 131 DE 1994</p>	<p>POR LA CUAL SE REGLAMENTA EL VOTO PROGRAMÁTICO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES, PRECISA:</p>	<p>ARTICULO 20 EN DESARROLLO DE LOS ARTÍCULOS 40 Y 103 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, LA REVOCATORIA DEL MANDATO POR EL INCUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA DE GOBIERNO, ES UN <u>MECANISMO DE PARTICIPACIÓN POPULAR</u>, EN LOS TÉRMINOS DE ESTA LEY.</p>
<p>LEY 136 DE 1994</p>	<p>POR LA CUAL SE DICTAN NORMAS TENDIENTES A MODERNIZAR LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MUNICIPIOS, DISPONE, EN RELACIÓN CON EL TEMA:</p>	<p>ARTÍCULO 2o. RÉGIMEN DE LOS MUNICIPIOS. EL RÉGIMEN MUNICIPAL ESTARÁ DEFINIDO POR LO DISPUESTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, POR LO ESTABLECIDO EN LA LEY Y POR LA SIGUIENTE DISPOSICIÓN.</p> <p>B). EN RELACIÓN CON LAS INSTITUCIONES Y MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA A NIVEL MUNICIPAL, POR LO DISPUESTO EN LA RESPECTIVA LEY ESTATUTARIA, DE ACUERDO CON LO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 103 Y 152 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.</p> <p>ARTICULO 17o. ASISTENCIA TÉCNICA: EL DEPARTAMENTO DEBERÁ DISEÑAR Y EJECUTAR UN PROGRAMA ESPECIAL DE ASISTENCIA TÉCNICA AL NUEVO MUNICIPIO, CON ÉNFASIS PARTICULAR EN LOS ASPECTOS DE PARTICIPACIÓN, ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y FISCAL, PRESUPUESTO Y PLANEACIÓN. ESTA OBLIGACIÓN SE HARÁ EXTENSIVA IGUALMENTE A LOS DEMÁS MUNICIPIOS DEL DEPARTAMENTO SI A ELLO HUBIERE</p>

LUGAR:

ARTÍCULO 77o. DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ESTUDIO DE PROYECTOS DE ACUERDO:

PARA EXPRESAR SUS OPINIONES, TODA PERSONA NATURAL O JURÍDICA, PODRÁ PRESENTAR OBSERVACIONES SOBRE CUALQUIER PROYECTO DE ACUERDO CUYO ESTUDIO Y EXAMEN SE ESTÉ ADELANTANDO EN ALGUNA DE LAS COMISIONES PERMANENTES. LA MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO DISPONDRÁ LOS DÍAS, HORARIOS Y DURACIÓN DE LAS INTERVENCIONES, ASÍ COMO EL PROCEDIMIENTO QUE ASEGURE EL DEBIDO Y OPORTUNO EJERCICIO DE ESTE DERECHO. PARA SU INTERVENCIÓN EL INTERESADO DEBERÁ INSCRIBIRSE EN EL RESPECTIVO LIBRO DE REGISTRO QUE SE ABRIRÁ PARA TAL EFECTO. CON EXCEPCIÓN DE LAS PERSONAS CON LIMITACIONES FÍSICAS O SENSORIALES, LAS OBSERVACIONES U OPINIONES PRESENTADAS DEBERÁN FORMULARSE SIEMPRE POR ESCRITO Y SERÁN PUBLICADAS OPORTUNAMENTE EN LA GACETA DEL CONCEJO.

ARTÍCULO 91o. FUNCIONES LOS ALCALDES EJERCERÁN LAS FUNCIONES QUE LES ASIGNA LA CONSTITUCIÓN, LA LEY, LAS ORDENANZAS, LOS ACUERDOS Y LAS QUE LE FUEREN DELEGADAS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA O GOBERNADOR RESPECTIVO.

ADEMÁS DE LAS FUNCIONES ANTERIORES, LOS ALCALDES TENDRÁN LAS SIGUIENTES:

D) EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL:

17)DESARROLLAR ACCIONES ENCAMINADAS A GARANTIZAR LA PROMOCIÓN DE LA SOLIDARIDAD Y LA CONVIVENCIA ENTRE LOS HABITANTES DEL MUNICIPIO, DISEÑANDO MECANISMOS QUE PERMITAN LA PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD EN LA PLANEACIÓN DEL DESARROLLO, LA CONCERTACIÓN Y LA TOMA DE DECISIONES MUNICIPALES.

CON RELACIÓN A LA CIUDADANÍA

ARTÍCULO 117o. COMUNAS Y CORREGIMIENTOS: CON EL FIN DE MEJORAR LA PRESENTACIÓN DE LOS SERVICIOS Y ASEGURAR LA PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA EN EL MANEJO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS DE CARÁCTER LOCAL, LOS CONCEJOS PODRÁN DIVIDIR SUS MUNICIPIOS EN COMUNAS CUANDO SE TRATE DE ÁREAS URBANAS Y EN CORREGIMIENTOS EN EL CASO DE LAS ZONAS RURALES.

ARTÍCULO 131o. FUNCIONES: LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES, ADEMÁS DE LAS QUE LOS ASIGNA EL ARTÍCULO 318 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, EJERCERÁN LAS SIGUIENTES FUNCIONES:

3) PROMOVER, EN COORDINACIÓN CON LAS DIFERENTES INSTITUCIONES CÍVICAS Y JUNTAS DE ACCIÓN COMUNAL, LA ACTIVA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN ASUNTOS LOCALES. PARTICIPACIÓN COMUNITARIA.

ARTÍCULO 141o. VINCULACIÓN AL DESARROLLO MUNICIPAL LAS ORGANIZACIONES COMUNITARIAS, CÍVICAS, PROFESIONALES, JUVENILES, SINDICALES, BENÉFICAS O DE UTILIDAD COMÚN NO GUBERNAMENTALES, SIN ÁNIMO DE LUCRO Y CONSTITUIDAS CON ARREGLO A LA LEY, PODRÁN VINCULARSE AL DESARROLLO Y MEJORAMIENTO MUNICIPAL MEDIANTE SU PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES, LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS O LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL O DESCENTRALIZADA

ARTÍCULO 142o. FORMACIÓN CIUDADANA: LOS ALCALDES, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, LOS PERSONEROS, LOS CONTRALORES, LAS INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN, LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LAS ORGANIZACIONES SOCIALES DEBERÁN ESTABLECER PROGRAMAS PERMANENTES PARA EL CONOCIMIENTO, PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS VALORES DEMOCRÁTICOS, CONSTITUCIONALES, INSTITUCIONALES, CÍVICOS Y ESPECIALMENTE EL DE LA SOLIDARIDAD SOCIAL DE ACUERDO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; LOS ECONÓMICOS, LOS SOCIALES Y

		<p>CULTURALES;EL DESCONOCIMIENTO POR PARTE DE LAS AUTORIDADES LOCALES, DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DE LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN ESTE ARTÍCULO SERÁ CAUSAL DE MALA CONDUCTA.</p> <p>ARTÍCULO 167o. <u>PARTICIPACIÓN COMUNITARIA EN LOS ORGANISMOS DE CONTROL</u> LOS ORGANISMOS DE CONTROL FISCAL VINCULARÁN A LA COMUNIDAD EN LA REALIZACIÓN DE SU GESTIÓN FISCAL SOBRE EL DESARROLLO DE LOS PLANES, PROGRAMAS Y ACTIVIDADES QUE REALICE LA ENTIDAD FISCALIZADA, PARA QUE ELLA A TRAVÉS DE LOS CIUDADANOS Y DE LOS ORGANISMOS DE PARTICIPACIÓN COMUNITARIA, PUEDA GARANTIZAR QUE LA FUNCIÓN DEL ESTADO ESTÉ ORIENTADA A BUSCAR BENEFICIOS DE INTERÉS COMÚN, QUE AYUDEN A VALORAR QUE SUS CONTRIBUCIONES ESTÉN SIENDO DIRIGIDAS EN BÚSQUEDA DE BENEFICIO SOCIAL.</p>
--	--	---

<p>LEY 142 DE 1994</p>	<p>POR LA CUAL SE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES</p>	<p>ARTICULO 62o ORGANIZACIÓN. EN DESARROLLO DEL ARTÍCULO 369 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, EN TODOS LOS MUNICIPIOS DEBERÁN EXISTIR "COMITÉS DE DESARROLLO Y CONTROL SOCIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS" COMPUESTOS POR USUARIOS, SUSCRIPTORES O SUSCRIPTORES POTENCIALES DE UNO O MÁS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS A LOS QUE SE REFIERE ESTA LEY, SIN QUE POR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES SE CAUSEN HONORARIOS.</p>
<p>LEY 152 DE 1994</p>	<p>POR LA CUAL SE ESTABLECE LA LEY ORGÁNICA DEL PLAN DE DESARROLLO</p>	<p>ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS GENERALES LOS PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LAS ACTUACIONES DE LAS AUTORIDADES NACIONALES, REGIONALES Y TERRITORIALES, EN MATERIA DE PLANEACIÓN SON: <u>PARTICIPACIÓN.</u> DURANTE EL PROCESO DE DISCUSIÓN DE LOS PLANES DE DESARROLLO, LAS AUTORIDADES DE PLANEACIÓN VELARÁN POR QUE SE HAGAN EFECTIVOS LOS PROCEDIMIENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA PREVISTOS EN LA PRESENTE LEY.</p> <p>ARTÍCULO 12o. FUNCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE PLANEACIÓN: 2.-ORGANIZAR Y COORDINAR UNA AMPLIA DISCUSIÓN NACIONAL SOBRE EL PROYECTO DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO, MEDIANTE LA ORGANIZACIÓN DE REUNIONES NACIONALES Y REGIONALES CON LOS CONSEJOS TERRITORIALES DE PLANEACIÓN</p>

		EN LAS CUALES INTERVENGAN LOS SECTORES ECONÓMICOS, SOCIALES, ECOLÓGICOS, COMUNITARIOS Y CULTURALES, CON EL FIN DE GARANTIZAR EFICAZMENTE LA <u>PARTICIPACIÓN CIUDADANA</u> DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 342 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.
--	--	--

LEY 160 DE 1994	<p>POR LA CUAL SE CREA EL SISTEMA NACIONAL DE REFORMA AGRARIA Y DESARROLLO RURAL CAMPESINO, SE ESTABLECE UN SUBSIDIO PARA LA ADQUISICIÓN DE TIERRAS, REFORMA EL INSTITUTO COLOMBIANO DE REFORMA AGRARIA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES</p>	<p>OBJETO DE ESTA LEY</p> <p>PRIMERO. PROMOVER Y CONSOLIDAR LA PAZ, A TRAVÉS DE MECANISMOS ENCAMINADOS A LOGRAR LA JUSTICIA SOCIAL, <u>LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA</u> Y EL BIENESTAR DE LA POBLACIÓN CAMPESINA.</p> <p>SÉPTIMO. PROMOVER, APOYAR Y COORDINAR EL MEJORAMIENTO ECONÓMICO, SOCIAL Y CULTURAL DE LA POBLACIÓN RURAL Y ESTIMULAR LA PARTICIPACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES CAMPESINAS EN EL PROCESO INTEGRAL DE LA REFORMA AGRARIA Y EL DESARROLLO RURAL CAMPESINO PARA LOGRAR SU FORTALECIMIENTO.</p> <p>OCTAVO. GARANTIZAR A LA MUJER CAMPESINA E INDÍGENA LAS CONDICIONES Y OPORTUNIDADES DE PARTICIPACIÓN EQUITATIVA EN LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS DE DESARROLLO AGROPECUARIO, PROPICIANDO LA CONCERTACIÓN NECESARIA PARA LOGRAR EL BIENESTAR Y EFECTIVA VINCULACIÓN AL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA CAMPESINA.</p> <p>EL CONSEJO NACIONAL DE LA REFORMA AGRARIA Y DESARROLLO RURAL CAMPESINO ESTARÁ INTEGRADO DE LA SIGUIENTE MANERA:</p> <p>SEIS REPRESENTANTES DE LAS ORGANIZACIONES CAMPESINAS NACIONALES LEGALMENTE CONSTITUIDAS Y RECONOCIDAS.</p> <p>DOS REPRESENTANTES DE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS NACIONALES LEGALMENTE CONSTITUIDAS</p>
------------------------	---	--

	<p>Y RECONOCIDAS.</p> <p>UN REPRESENTANTE DE LAS ORGANIZACIONES COMERCIALIZADORAS PRIVADAS DEL ORDEN NACIONAL, LEGALMENTE CONSTITUIDAS Y RECONOCIDAS.</p> <p>ARTÍCULO 15.- EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA SERÁ DIRIGIDO POR UNA JUNTA DIRECTIVA Y ADMINISTRADO POR UN GERENTE GENERAL Y TENDRÁ EL PERSONAL QUE SEÑALE EL GOBIERNO.</p> <p>LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO TENDRÁ LOS SIGUIENTES MIEMBROS:</p> <p>UN REPRESENTANTE DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE USUARIOS CAMPESINOS - ANUC-.</p> <p>UN REPRESENTANTE DE OTRAS ORGANIZACIONES CAMPESINAS QUE INTEGREN EL CONSEJO NACIONAL DE REFORMA AGRARIA Y DESARROLLO RURAL CAMPESINO.</p> <p>UN REPRESENTANTE DE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS QUE INTEGRAN EL CONSEJO NACIONAL DE REFORMA AGRARIA Y DESARROLLO RURAL CAMPESINO.</p>
--	---

<p>LEY 190 DE 1995</p>		<p>CREA, DENTRO DE LOS SISTEMAS DE CONTROL, EL DEMOMINADO CONTROL SOCIAL, OBLIGANDO A TODAS LAS ENTIDADES PÚBLICAS DE LA RAMA EJECUTIVA, A ESTABLECER ANUALMENTE LOS OBJETIVOS A CUMPLIR PARA LA SIGUIENTE VIGENCIA, DE TAL SUERTE QUE SE PUEDA SOBRE ELLAS SURTIR LA CORRESPONDIENTE EVALUACIÓN SOCIAL. ADICIONALMENTE SE CREA LA COMISIÓN CIUDADANA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, Y EL FONDO PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. IGUALMENTE, SE OBLIGA A QUE TODA ENTIDAD PÚBLICA, INSTAURE UNA DEPENDENCIA DE QUEJAS Y RECLAMOS</p>
-----------------------------------	--	--

CAPÍTULO IX

LA CONTABILIDAD DE LA EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO Y LA FUNCIÓN DE AUDITAR EL BALANCE DE LA HACIENDA

El artículo 354 de la Constitución Política prescribe que habrá un contador general, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad General de la nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del presupuesto, cuya competencia se atribuye a la contraloría.

El constituyente del 91, estableció la figura del Contador General, con el fin de asumir la competencia de llevar la contabilidad general de la nación, función ésta que en el anterior régimen era ejercida por la Contraloría General de la República, dado que en la reforma constitucional de 1968 se dispuso, en las disposiciones transitorias (art.76-a), que mientras la ley determinaba el organismo encargado de llevar las cuentas públicas generales de la nación, dicha competencia seguiría siendo ejercida por la Contraloría. Y como en la práctica el Congreso no legisló sobre el particular, su ejercicio lo avocó en forma permanente el ente fiscalizador.

De igual manera, el artículo constitucional invocado, otorga al Contador General, entre otras competencias, la de determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley. En la anterior Constitución (art.60-2), por oposición complementaria, esa atribución la tenía el Contralor General, quien debía prescribir los métodos de la contabilidad de la administración nacional y su entidades descentralizadas.

La doctrina ha entendido, en tesis afortunada, que el texto constitucional es de aplicación inmediata, y que no requiere de reglamentación legal especial, salvo en lo relativo a la determinación de las normas contables que deben regir en el país, remisión que en este aspecto se explica *"por la autonomía administrativa que la Constitución Política otorga a las entidades territoriales para la organización de sus propios asuntos"*.²⁹⁴

Entonces, y como ya se advirtió, la función de llevar la contabilidad no es propiamente una función de control fiscal, sino de naturaleza esencialmente

administrativa, razón por la cual se despojó de ella a la Contraloría para otorgársela al nuevo funcionario denominado Contador General de la Nación.

Pues bien, el artículo 354 superior, otorgó la competencia del Contador General en el ámbito de la contabilidad general de la nación, excepto la referente a la ejecución del presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría.

De todas maneras, la razón para que se le hubiese adscrito a la Contraloría General de la República la competencia de llevar la contabilidad de la ejecución del presupuesto, según lo precisó el ex-constituyente Alfonso Palacios Rudas - cuyo reciente deceso constituye una pérdida para el país-, reside en que esta entidad es la que presenta para examen y fenecimiento del Congreso la cuenta general del presupuesto y del tesoro²⁹⁵.

CAPÍTULO X

EL CONTROL FISCAL A LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

1. ETAPAS DEL CONTROL.

En el régimen de contratación estatal, la ley 80 de 1993, se advierte en su artículo 65, que la intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Agrega que igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que estos se ajustaron a las disposiciones legales, y que una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, se aplicarán los sistemas y principios de control previstos en la Carta y la Ley.

De conformidad con la precitada disposición, se puede afirmar que la ley 80 prevé tres etapas claramente diferenciadas para ejercer el control posterior.

La primera, se efectúa una vez cumplidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, a efecto de verificar el cumplimiento de las disposiciones relacionadas con la selección del contratista, el perfeccionamiento del contrato y el cumplimiento de los requisitos para su ejecución.

En esta etapa -ha dicho la Contraloría General de la República-, el examen que se realiza no se limita a un simple estudio de verificación mecánica del cumplimiento de las disposiciones contractuales, sino que debe centrarse en el análisis del cumplimiento de los principios y reglas que gobiernan la contratación estatal como son la transparencia, la economía y la responsabilidad.²⁹⁶

El segundo momento corresponde al proceso de ejecución del contrato, cuando se ejerce control posterior a las cuentas canceladas para cumplir con las obligaciones derivadas de aquel, a fin de establecer su conformidad con las disposiciones presupuestales y contractuales y con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

La tercera y última etapa se cumple una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, control que incluye los análisis financieros, de gestión y de resultados, de conformidad con el inciso segundo de la norma citada.

2. EL CONTROL FISCAL A LA URGENCIA MANIFIESTA

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, funda el principio de transparencia contractual, según el cual la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público. Esta regla general, sin embargo, tiene varias excepciones, que a su vez permiten contratar directamente, eludiendo el postulado de la licitación o concurso.

Entre las situaciones excepcionales, precisamente se cuenta la contenida en el literal f) del numeral 1o. del referido artículo 24, relativa a la denominada urgencia manifiesta (tipología que en el régimen del Decreto 222 de 1983, se denominaba urgencia evidente).

Agrega la disposición que la urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado, y que para el efecto de atender las necesidades derivadas de dicha urgencia, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran.

Incluso, la Ley 80 precisa, en su artículo 41, para efectos del perfeccionamiento del contrato, que las situaciones de urgencia manifiesta que no permitan la suscripción del contrato escrito, se podrá prescindir de éste y aún del acuerdo sobre la remuneración, obligando sólo a dejar constancia escrita sobre la autorización respectiva. Aún más, puede ocurrir, según lo prevé el Estatuto de la Contratación Estatal, que no exista acuerdo previo sobre la remuneración, caso en el cual la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado.

2.1. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA URGENCIA MANIFIESTA

Para tener una mayor visión sobre los elementos constitutivos de la urgencia manifiesta, procederemos a relevar su caracterización jurídica, según el referente normativo, pues a partir de esa configuración es posible contrastar la primera etapa del control, relativa a la evaluación de las causales invocadas para decretar la urgencia manifiesta, por parte de los servidores públicos habilitados para ello.

El artículo 42 de la Ley 80, precisa:

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

Con lo anterior se pretende, que cuando surjan tales situaciones excepcionales, las actuaciones de las entidades estatales se efectúen de manera más ágil y, sobre todo, en forma oportuna, para solucionar la crisis derivada de aquellas situaciones.

a) Primer motivo: el aseguramiento de la continuidad del servicio. El primer elemento de la urgencia manifiesta, corresponde al aseguramiento de la continuidad del servicio, según la premisa que precede la fórmula normativa que nos ocupa.

Sobre este manifiesto, en primer lugar, es menester determinar el alcance del término servicio, el cual hace relación directa con el servicio público a cargo del Estado.

El contexto de éste servicio, se encuentra, por lo tanto, necesariamente ligado, al esquema fundamental del Estado Social de Derecho que preside nuestro Ordenamiento Superior, y a los específicos desarrollos constitucionales que sobre el servicio público ha diseñado la Carta, y el legislador, a través de las reglamentaciones correspondientes.

En el campo constitucional, el concepto de servicio público se irradia en su cuerpo sistemático, así:

El artículo segundo de dicho ordenamiento, contiene el enunciado de los denominados fines esenciales del Estado, los cuales, junto con los contenidos en el preámbulo, corresponden al ideario axiológico de la Carta (valores de servicio a la comunidad, prosperidad general, participación, etc) y a los principios que igualmente desarrolla la Constitución (tales como la concepción misma del Estado Social de Derecho, la forma de organización política y territorial, la prevalecía del interés general, etc.).

En este sentido, el artículo 365 constitucional afirma en su enunciado que los *"servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado"*, y el 366 del mismo Código Superior consagra la prioridad del denominado gasto público social.

Y, claro está, la prioridad del gasto público social no se enmarca exclusivamente en la literalidad de estas disposiciones, sino que ellas a su vez *"hacen parte de una clarísima intención del constituyente de reorientar el gasto público: el situado fiscal (art.356, inciso 2o.) se destina a la salud y a la educación; la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación (art.357, inciso 1o.) debe financiar áreas prioritarias de inversión social; y las rentas provenientes de los monopolios departamentales, de juegos de suerte y azar y de licores (art.336, incisos 4o. y 5o.) la salud y la educación...en términos globales en la Constitución de 1991 la salud superó el estrecho concepto de asistencia pública que traía la Carta de 1886"*²⁹⁷

La Carta Política otorga el sentido de servicio público a determinados derechos, como la seguridad social (art.48); la salud y el saneamiento ambiental (art.49), y la educación (art.67).

En el campo de los desarrollos legales, el concepto de servicio público adquiere las siguientes connotaciones, que se explicitan a manera de ejemplo:

La ley 30 de 1992, por medio de la cual se organiza el servicio público de la educación superior, la define como un servicio público cultural, inherente a la finalidad social del Estado (art.2do.). La ley 115 de 1994, por la cual se expide la

ley general de educación, califica su alcance regulador respecto del servicio público de la educación. La ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, prevé a la actividad que reglamenta como el servicio público esencial de seguridad social. La ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, establece como tales el de acueducto, el alcantarillado, el aseo, la energía eléctrica, la distribución de gas combustible, la telefonía fija básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural (art.1o.)²⁹⁸

Pues bien, el Estatuto Contractual, por su parte, se encarga de definir el alcance del concepto servicios públicos, el cual -como es obvio- tiene como soporte primario la preceptiva de la Carta enunciada en forma referencial.

Según el numeral 3o. del artículo 2do. de dicho estatuto, para los efectos de esa Ley, se entiende por servicios públicos:

"Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente o continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines".

Y el artículo 3o. del mismo Estatuto prescribe:

"Los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

"Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

De esta forma se concibe el alcance teleológico de la expresión glosada, en relación con la urgencia manifiesta, según la cual su propósito estructural es el de mantener la continuidad del servicio, dentro del amplio marco de principios

y desarrollos normativos concebidos por el constituyente en torno al nuevo papel del Estado y el servicio público, además del carácter instrumental del Estatuto contractual frente a ellos.

Y, justamente, en la exposición de motivos de la ley 80 de 1993, se lee al respecto:

"Como se indicó la administración pública no puede actuar sino para el cumplimiento de finalidades de interés público, para la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado. Los servidores públicos, al celebrar y ejecutar un contrato deben tener siempre presente esa finalidad..."

"La adecuada comprensión de la finalidad de la contratación estatal garantiza la posibilidad de alcanzar los propósitos que se tuvieron a la vista al tiempo de iniciar el proceso de la contratación..."

"La mayoría de las decisiones que la administración adopta, como excepcionales al derecho común, aluden en algún sentido al concepto del servicio público. Por ese motivo el proyecto pretende definir para los únicos fines de la materia contractual qué debe entenderse por él. Se trata de una noción no limitativa sino por el contrario enunciativa de los elementos y condiciones que tienen importancia jurídica en el asunto que nos ocupa y que han sido tradicionalmente aceptados por la jurisprudencia y la doctrina".

Desde otra perspectiva, y delimitando el sentido conceptual propuesto, el servicio público²⁹⁹ ha sido entendido por la doctrina como *"toda actividad que, prestada en forma continua y regular, entraña un interés público o social, que por tanto debe estar sometida a reglamentación estatal, de modo que se torna para sus prestatarios en una obligación y para los usuarios, en el derecho correlativo a percibir el servicio en igualdad de condiciones"*.³⁰⁰

Este es pues, el marco jurídico-conceptual de la *"continuidad del servicio"*, prevista en la norma, y que permite contrastar su invocación dentro del contexto del servicio público y los fines del Estado, en el sentido literal según el cual, *"cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro..."*

b) Segundo motivo: los estados de excepción: El otro elemento contenido en la fórmula legal, corresponde a "*cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción*".

Como es bien sabido, el constituyente del 91 reglamentó en mejor forma, los denominados estados de excepción, los cuales consisten en: estado de guerra exterior y el estado de conmoción interior; situaciones que corresponden al denominado orden público. Y, de otra parte, aparece el estado de emergencia, derivado del orden económico, social y ecológico del país.

Aparte del los presupuestos objetivos contenidos en la regulación constitucional que posibilitan la declaratoria de cualquiera de dichos estados excepcionales y de las exigencias formales exigidas para su declaratoria, nos interesa destacar para el punto que nos ocupa, la relación directa que debe existir entre los estados de excepción formalmente declarados y las situaciones relacionadas con ellos, para efectos de la aplicación de la norma del Estatuto Contractual en este aspecto.

En principio habría que pensar que el único requisito es la presencia de "*situaciones*" relacionadas -mediante un vínculo causal-, con los estados de excepción, pero no con el contenido material de los hechos que soportan dichos estados exceptivos, ni con las circunstancias específicas que sirvieron de apoyo al Ejecutivo para tal declaratoria, pues se entiende que la valoración de tales situaciones se hace en el decreto correspondiente del estado de excepción.

Es decir, los supuestos fácticos ya han sido valorados a través de un acto cuya formalidad y materialidad hace parte de otro tipo de control, de constitucionalidad³⁰¹, en este caso.

Por esta razón, las situaciones relacionadas con los estados de excepción permiten la declaratoria de la urgencia manifiesta y, a su vez, la facultad consiguiente de contratar directamente, pero con la salvedad que la situación de anormalidad contemplada en la declaratoria del Estado de Excepción es solo un presupuesto habilitante para la urgencia evidente, no siendo viable para la Contraloría revisar los supuestos fácticos de aquélla, pues los mismos pertenecen al régimen excepcional declarado por el Gobierno que, como ya se advirtió, está supeditado a diverso tipo de control.

c) Tercer motivo: cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas. En primer lugar hay que advertir que la urgencia debe tener relación directa y específica con la necesidad de conjurar las situaciones excepcionales, las cuales a su vez deben tener inmediata causalidad con los hechos de calamidad y demás indicados en la ley.

En segundo lugar, que esa necesidad de solucionar las situaciones excepcionales requiera actuaciones inmediatas.

Ahora bien, genéricamente podemos considerar que una calamidad³⁰² se constituye por hechos que alteran el curso normal de las cosas, como un desastre natural, que no puede ser conjurado mediante los instrumentos normales de gestión o el uso de las atribuciones ordinarias de la administración. Se debe relevar, que la norma no califica el hecho configurador como grave calamidad pública (Como sí lo hace el artículo 215 Constitucional, cuando señala los factores que permiten la declaratoria del estado de emergencia), sino simplemente se refiere a la calamidad, lo cual supone que la connotación jurídica de este último hecho es menor en relación con aquél.

De otro lado, respecto a los hechos constitutivos de fuerza mayor, debemos, en primer lugar, precisar el alcance conceptual del término, bajo las premisas que nos señala la Ley. En efecto, el artículo 1o. de la Ley 95 de 1890 -modificatoria del artículo 64 del Código Civil-, indica:

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apreamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

La jurisprudencia se ha encargado de precisar su alcance, en los términos que se invocan, aplicables para el efecto de la norma en cuestión:

"Prever, que en lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene en tecnología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias o sea prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí que cuando una

persona, jurídica o natural, no evita el daño evitable, se dice que no lo previó ni lo previno, lo cual la inhibe para alegarlo como causa de liberación...Sino se previó el accidente pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito..."³⁰³

"Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay por qué prever lo que es excepcional".³⁰⁴

"Es que los dos caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad e imposibilidad..."³⁰⁵

En conclusión, estricto censo la fuerza mayor es un acontecimiento anónimo³⁰⁶, según el agudo acotamiento doctrinario, en razón a que su producción no resulta de la actividad de nadie. En sentido más amplio, ciertos hechos en los cuales intervienen terceros, pueden ser considerados como tales.

El término desastre es definido de la siguiente manera, en su acepción gramatical:

"Desgracia grande, suceso infeliz y lamentable".³⁰⁷

Considero que el alcance material del hecho, justamente hace relación con situaciones de infortunio que alteran el normal desenvolvimiento social y económico, de igual carácter imprevisible e inevitable.

2.2. ALCANCE DEL CONTROL FISCAL A LA URGENCIA MANIFIESTA

El artículo 43 de dicha Ley, precisa el alcance del control fiscal que ejerce la contraloría sobre los procesos contractuales derivados de la aplicación de la figura de la urgencia manifiesta, en los siguientes textuales términos:

"Del control de la contratación de urgencia - Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá

pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración".

La anterior disposición circunscribe la competencia de la Contraloría, en torno al estudio que debe efectuar sobre los supuestos fácticos y jurídicos invocados en los actos administrativos que soportan la declaratoria de urgencia manifiesta, y el proceso de contratación misma desarrollado sobre esa base por la administración, bajo los supuestos delimitados en la tesis normativa contenida en la disposición citada. De la misma manera, la norma se complementa con el ya referido artículo 65 ibídem, que prescribe el ámbito del control fiscal a la contratación estatal.

Pues bien, en desarrollo del texto legal, se puede afirmar que hay lugar a dos actuaciones por parte del organismo de control fiscal, derivadas de la declaratoria de urgencia manifiesta:

La primera, relativa a un pronunciamiento sobre la validez de los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración frente a los supuestos normativos señalados en el artículo 42 de la Ley 80, para cuyo efecto habrán de evaluarse los motivos invocados, y su reflejo en el ámbito jurídico de la previsión normativa.

La segunda etapa, corresponde a la revisión de los contratos, momento en el cual, una vez evaluada la viabilidad y oportunidad de la urgencia manifiesta, la contraloría deberá ejercer el control fiscal previsto para la contratación en el artículo 65 del Estatuto, ya estudiado.

En relación con esta última etapa, ha sostenido el Consejo de Estado:

"Por lo tanto, es preciso observar que en la actuación relativa a la contratación directa por declaración de urgencia manifiesta, el control fiscal se ejerce a plenitud, con ejercicio de todas las atribuciones legales tendientes a determinar si el procedimiento se ajustó a las precisiones del estatuto de contratación del Estado y, a establecer si existe mérito suficiente para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal o de cualquier otra índole" (subraya de la Sala)³⁰⁸.

a) Características del control fiscal a la urgencia manifiesta. De la misma manera, se ha advertido³⁰⁹ que el control fiscal a la urgencia manifiesta, se caracteriza, en primer lugar, por la inmediatez de la revisión, ya que la norma exige la remisión de la documentación y los soportes administrativos y contractuales en forma inmediata a la contraloría, para que se ejerza el respectivo control.

En segundo lugar, se caracteriza por la forma obligatoria del control, ya que para efectos del mismo, no es aplicable el principio general de la selectividad.

En cuanto al término para la remisión de la documentación al organismo de control, el artículo 43 utiliza el adverbio inmediatamente, para referirse a que una vez celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con los antecedentes, deben enviarse a la contraloría.

El alcance del vocablo, según el Consejo de Estado, implica, acogiendo el sentido natural y obvio del término, que la actuación de la administración para remitir la documentación y los antecedentes debe realizarse, "enseguida, sin ninguna dilación, preferiblemente a mas tardar al día siguiente, esto es, dentro de las veinticuatro horas, si ello es posible; pero en todo caso a la mayor brevedad, so pena de incurrir en dilación injustificada con las consecuencias de responsabilidad disciplinaria".³¹⁰

2.3. LA AUDIENCIA PÚBLICA PARA LA ADJUDICACION DE LICITACIONES

El artículo 273 de la Constitución autoriza al Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, a ordenar que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública, a solicitud de cualquiera de los proponentes.

La ley 42 de 1993, reiteró este precepto en su artículo 108, pero agregándole la facultad oficiosa para que el Contralor ordenara la audiencia

pública, aspecto no previsto en el precepto constitucional, razón por la cual fue declarada inexecutable por la Corte: *"La norma acusada vulnera la Constitución pues instituye una modalidad de control previo y, adicionalmente, confiere al organismo fiscal una función de naturaleza administrativa"*³¹¹.

El mecanismo a su vez lo reglamenta el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal, el cual señala:

"En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participará el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar, y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir".

Este mecanismo se encuentra inmerso también en el principio de transparencia, que se convierte en uno de los pilares de la gestión contractual de la administración pública, por medio del cual se busca garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades y la escogencia objetiva de los contratistas del Estado, cuya única impronta debe ser la del interés público.

El artículo 3o. de la ley 37 de 1993, sobre telefonía celular, así como su decreto reglamentario, 741 de 1993, en el numeral 2o. de su artículo 39, establecieron que el acto de adjudicación de la licitación del servicio de telefonía móvil celular, tendría lugar en audiencia pública.

2.4 EL SISE

Mediante la Ley 598 de 18 de julio de 2000, se creó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal -SICE-, el Catalogo Único de Bienes y Servicios -CUBS- y el Registro Único de Precios de Referencia -RUPR-, otorgando facultades al Contralor General de la República para establecer su organización y funcionamiento. (ley 598 de 2000; Resolución Reglamentaria 5296 de 11 ·dic· 2001; Resolución 05301 de 21 ·enero· 2002)

El SICE es un sistema de información, ordenación y control a cargo de la Contraloría General de la República, que integra todas las cifras del proceso de contratación estatal, con el fin de confrontarlas en línea y en tiempo real con los precios de referencia que posee la central de información, garantizando una contratación sin detrimento de los recursos del Estado.

La propuesta es esquematizada así por la propia Contraloría:

“¿Qué es el SICE ? El SICE es un sistema de información, ordenación y control a cargo de la Contraloría General de la República, que integra todas las cifras del proceso de contratación estatal, con el fin de confrontarlas en línea y en tiempo real con los precios de referencia que posee la central de información, garantizando una contratación sin detrimento de los recursos del Estado.

*¿Dónde encontrar el formulario de inscripción para Proveedores? (Artículo 37°, resolución 5296 de 2001) Para la inscripción de los proveedores podrán acceder al formulario disponible en la Web del SICE: www.sice-cgr.gov.co, el cual contendrá, como mínimo la información que se detalla a continuación. La web del sistema estará disponible a partir del 18 de febrero de 2.002. **a.** Nombre de la persona natural o jurídica. **b.** Cédula o Nit. **c.** Número del registro mercantil de las personas que estén obligadas a inscribirse en las Cámaras de Comercio Colombianas. **d.** Nombre del Representante Legal de la persona jurídica. **e.** Correo electrónico, URL de la página web, dirección domiciliaria o residencial, teléfono. **f.** Nombre del establecimiento de comercio, cuando el proveedor opera por conducto de uno o más establecimientos. **g.** La Capacidad de Contratación "K de contratación" y la Capacidad Residual de Contratación para los proveedores que estén en la obligación de determinarlo, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 92 de 1998. **h.** Inhabilidades e incompatibilidades, indicando la entidad respecto de la cual se han generado estas. ¿Cómo están organizadas las entidades públicas contratantes? Las entidades públicas contratantes se han agrupado en los siguientes niveles, con el fin de señalar su obligación de ingresar al SICE en forma progresiva, de acuerdo con lo dispuesto en la presente resolución:*

***a.** El primer nivel corresponde a las entidades públicas y/o unidades ejecutoras que actualmente se encuentran en línea con el Sistema Integral de Información Financiera, SIIF: Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, Órganos de la rama legislativa (Senado y Cámara), Órganos de la Rama Judicial (Consejo Superior de*

la Judicatura, Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Consejo de Estado, Tribunales y Juzgados), Fiscalía General de la Nación, Organos de Control (Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación, Auditoría General de la República), Organización Electoral (Registraduría Nacional del Estado Civil). **b.** El segundo nivel incluye los establecimientos públicos del orden nacional, las superintendencias con personería jurídica y las unidades administrativas con personería jurídica. **c.** El tercer nivel incorpora las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional y, las Empresas Sociales del Estado del orden nacional. **d.** El cuarto nivel está conformado por los entes autónomos constitucionales, las empresas de servicios públicos estatales y las entidades que administren bienes y recursos públicos. **e.** El quinto nivel comprende las entidades departamentales, distritales y municipales de todos los ordenes. **f.** El sexto nivel incluye las demás entidades administrativas y unidades ejecutoras que se indiquen mediante acto administrativo, su obligación de ingresar al SICE. **Parágrafo.** El ingreso de las entidades de los niveles segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto, se hará en forma escalonada de acuerdo a las instrucciones, que para tal efecto, imparta la Contraloría General de la República”. ¿Cuáles son las entidades que conforman el primer nivel?”³¹²

CAPÍTULO XI

LA FACULTAD DE CONCEPTUAR SOBRE LA CALIDAD Y EFICIENCIA DEL CONTROL FISCAL INTERNO DE LAS ENTIDADES Y ORGANISMOS DEL ESTADO.

Un notable avance del Constituyente consistió en obligar a la administración pública en todos sus órdenes a diseñar y aplicar métodos y procedimientos de control interno, cuyo ámbito conceptual se precisará más adelante.

Dentro de este marco, a la Contraloría le compete conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos sujetos a su vigilancia.

Esta facultad es definida por el artículo 18 de la Ley 42 de 1993, como el análisis de los sistemas de control de las Entidades, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les puede otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos.

Como se puede apreciar, la norma se refiere en forma genérica a los sistemas de control de las entidades, lo cual amplía la competencia evaluativa de la Contraloría, pues el tenor literal del precepto constitucional alude al control fiscal interno, término que se presta a ambigüedades al momento de definir el alcance de la competencia de la Contraloría, dada la apostilla relativa a lo fiscal.

Sin embargo, tal y como lo solucionó la ley, la gestión fiscal es un concepto amplio y la vigilancia que sobre ella ejerce la Contraloría, se encuentra configurada con nuevos elementos que prácticamente cubren todos los aspectos funcionales y organizacionales de la entidades públicas, razón por la cual el término fiscal no limita su intervención exclusivamente a la verificación del manejo de los recursos.

Ahora bien, es importante verificar la diferencia que existe entre el sistema de control interno y el control fiscal, y la competencia que se comenta de conceptualizar sobre la calidad y eficiencia de dicho control interno en las entidades vigiladas, por parte de las contralorías.

La Corte Constitucional ha efectuado el deslinde conceptual, con gran precisión:

"Al colocarse en cabeza de la administración la obligación de conceptuar la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado, como lo prevé la propia Constitución (art.268 numeral 6o.), se logra una distinción esencial entre los contenidos, fines y responsabilidades propios del control interno, que debe organizarse en las entidades públicas y las del control fiscal externo ejercido por la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales a nivel territorial. Se confiere así forma real a la diferenciación entre las tareas administrativas y las de control fiscal, de donde el control interno se entiende como parte del proceso administrativo y corresponde adelantarlo a los administradores; teniendo oportunidades propias en todos los momentos del cumplimiento de la función administrativa, pudiendo serlo previo, concomitante o posterior, lo que permite que el funcionario cumpla su función, asumiendo la responsabilidad por sus actuaciones y resultados; sin perjuicio de la independencia de los organismos de control fiscal, no coadministradores, que cumplirán sus funciones de manera posterior y selectiva, sin ocuparse de funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización (artículo 267 C.N.). Por eso, la Carta atribuye al Contralor General de la República, la facultad de conceptuar sobre la "calidad" y "eficiencia" del control fiscal interno de las entidades y organismos estatales, evaluación que ha sido definida por la ley como el análisis de los sistemas de control interno 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" ³¹³.

CAPÍTULO XII

LA FACULTAD DE EXIGIR INFORMES DE GESTIÓN

Un aspecto básico del nuevo control fiscal es la obtención de la información que posibilite la aplicación adecuada de los sistemas de control fiscal, el cual supone, como contrapartida, de la existencia de un sistema de información confiable, que permita cuantificar el desempeño de las entidades públicas para determinar la eficiencia y eficacia del gasto público.

Y, como ya se señaló, el artículo 343 constitucional, precisa que el organismo de planeación tiene a su cargo el diseño y la organización de los sistemas de evaluación de gestión y resultados de la administración pública, tanto en lo relacionado con políticas y proyectos de inversión, en las condiciones que ella determine.

Con este parámetro, se expidió el referido Decreto ley 2167 de 1992, mediante el cual se determina que el CONPES debe aprobar, mediante resolución, los sistemas, procedimientos y metodologías para la evaluación de gestión de la administración pública, y la resolución No. 63 de 1994 del Departamento Nacional de Planeación, mediante la cual se organiza el Sistema Nacional de Evaluación de Gestión y Resultados, bajo la coordinación de dicho Departamento. Con base en los anteriores parámetros, se debe producir la información de gestión que solicite la Contraloría.

Lo anterior evidencia, pues, la necesidad de que existan confiables sistemas de información, sin los cuales no tiene sentido hablar de esquemas eficientes de evaluación ex-post o ex ante³¹⁴, según el caso, que permitan determinar la eficiencia y eficacia del gasto público. Cabe destacar que en este recuadro juega un papel muy importante la creación del Contador General de la Nación³¹⁵, funcionario de la Rama Ejecutiva, al cual se le traslada la competencia asignada en otra época a la Contraloría, con la facultad adicional de expedir todas las normas contables del país.

El nuevo sistema de información contable gubernamental, permitirá en igual forma realizar un adecuado seguimiento de la gestión de la

administración pública, facilitando en gran medida el proceso de evaluación expost del gasto público.

De otra parte, y con el propósito de otorgar herramientas efectivas a las contralorías par obtener la información requerida a los entes vigilados, la Ley 42 contempla la aplicación de sanciones -multas y solicitud de suspensión y destitución-, a los funcionarios que, entre otras causales, no alleguen los informes solicitados por el Contralor.

CAPÍTULO XIII

LA FACULTAD DE PROMOVER INVESTIGACIONES PENALES O DISCIPLINARIAS Y DE SOLICITAR LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONARIOS

El Constituyente otorgó amplias herramientas a los órganos de control fiscal a fin de hacer eficaz la vigilancia sobre la administración y manejo del patrimonio público.

Con esa intención, se reforzó la labor de investigación fiscal, otorgando a las pruebas que recaude la Contraloría en esta etapa, validez procesal ante las investigaciones penales o disciplinarias respectivas. Este carácter, es una consecuencia de las facultades especiales de policía judicial con que se dotó a las Contralorías.

Así mismo, el artículo 78 de la ley 42 de 1993, prevé que los órganos de control fiscal, la Procuraduría General de la Nación, La Fiscalía General de la Nación, las personerías y otras entidades de control de la administración, podrán establecer con carácter temporal y de manera conjunta, grupos especiales de trabajo para adelantar investigaciones que permitan realizar la vigilancia integral del manejo de los bienes y fondos públicos, así como las actuaciones de los servidores públicos.

De igual manera, el numeral 8o. del artículo 268 de la Carta, prescribe que la Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

Esta disposición permite que la Contraloría, eventualmente, solicite la suspensión de un funcionario investigado, cuando se considera que su permanencia en el cargo pueda obstaculizar o entorpecer el desarrollo de la investigación. De esta manera se impide que utilizando el cargo, el funcionario limite la acción investigadora en su contra.

Para el efecto de aplicar la figura, la disposición constitucional no tiene mayores condicionamiento o requisitos, diferentes al supuesto de la verdad sabida y la buena fe guardada. Lo anterior supone, sin embargo, que deben existir serios elementos de juicio que permitan justamente suponer el posible detrimento de la investigación por la permanencia del funcionario, a más de una certeza procesal mínima sobre su posible responsabilidad.

No se debe olvidar, que discrecionalidad debe guardar proporción con los fines de la investigación, y en general con los principios reguladores de la función administrativa. Igualmente, se debe hacer énfasis que en el evento de una errada utilización del mecanismo, podría acarrear para la contraloría, y el contralor, eventuales responsabilidades, incluso a nivel patrimonial³¹⁶.

Ahora bien, la suspensión opera respecto de cualquier servidor público, salvo los siguientes casos, por razón del régimen constitucional especial que los regula: el presidente de la República, los magistrados de los altos Tribunales de justicia, el fiscal General de la Nación, los miembros del congreso, los miembros de las demás corporaciones públicas, los gobernadores y los alcaldes.

En el caso de que un contralor solicite la suspensión provisional de un funcionario, el nominador deberá cumplir en forma incondicionada e inmediata con dicha exigencia.

De igual manera, la facultad prevista en el numeral referido, por tener regulación constitucional propia y completa no ha menester de previo desarrollo legal, según se precisó jurisprudencialmente.³¹⁷

CAPÍTULO XIV

EL REGISTRO DE LA DEUDA PÚBLICA DE LA NACIÓN Y DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.

La deuda pública es entendida como el conjunto de las acreencias de toda especie contraídas por el Estado. Se puede clasificar en deuda pública externa (si los recursos son suministrados por acreedores extranjeros), *"con la cual se busca asegurar objetivos de estabilización externa, resolver problemas de brecha interna, asegurar un mayor desarrollo económico y en algunos casos, resolver problemas de estabilización interna"*³¹⁸. Y deuda pública interna (si los recursos provienen de acreedores nacionales), la cual *"está dirigida a resolver problemas de estabilización y brecha interna, y asegurar un mayor ahorro para el desarrollo"*³¹⁹.

Del mismo modo, la doctrina la suele clasificar según el tipo de entidad deudora (de orden nacional, departamental, distrital o municipal); el tipo de acreedor (bancario, internacional, privado); la obligatoriedad o no del mismo (empréstitos forzosos, patrióticos y voluntarios).³²⁰

La ley 80 de 1993, en el párrafo segundo de su artículo 41, define las operaciones de crédito público, como las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago.

El Decreto 2681 de 1993, expedido por el Ministerio de Hacienda, reglamentó la anterior disposición, indicando en su artículo tercero:

"Son operaciones de crédito público los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes y servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago. Dentro de estas operaciones están comprendidas, entre otras, la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de entidades estatales. Para efectos de lo dispuesto en el presente Decreto, las operaciones de crédito pueden ser internas o externas. Son operaciones de crédito público internas las que, de conformidad con las disposiciones cambiarias, se celebren

exclusivamente entre residentes del territorio colombiano para ser pagaderas en moneda legal colombiana. Son operaciones de crédito público externas todas las demás. Se consideran como residentes los definidos en el artículo 2o. del Decreto 1735 de 1993 y las demás normas que lo complementen o modifiquen".

A la Contraloría le compete llevar el registro de la deuda pública de la nación, de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, sin importar el orden al cual pertenezcan. Cuando alguna de las entidades anteriores sirve de garante o codeudora de un organismo privado, también se lleva el registro de la deuda pública³²¹.

Ahora bien, con el fin exclusivo de garantizar el adecuado registro de la deuda pública, todo documento constitutivo de la misma deberá someterse a refrendación del Contralor General de la República, según lo indica la Ley 42. Es decir que aparte del registro de la deuda pública, se deben refrendar los documentos constitutivos de la misma.

En torno a esta facultad, se afirmó doctrinariamente: *"La función del numeral 3 corresponde al Ministerio de Hacienda, Dirección de Crédito Público, y resulta superflua en la Contraloría".*³²²

Si bien es cierto, el artículo 16 de la Ley 185 de 1995, prescribe que las operaciones de crédito público y sus asimiladas y las operaciones de manejo de deuda que celebren las entidades estatales, deberán registrarse en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a partir de la Carta Política del 91 esta función se convierte en un elemento fundamental de las nuevas competencias atribuidas a las Contralorías.

En efecto, dicho registro es un factor indispensable para que las contralorías ejerzan la función del artículo 354 de la Carta, de llevar la contabilidad de la ejecución del presupuesto, la de certificar las finanzas del Estado y a su vez la de auditar el balance de la hacienda (confrontación de pasivos). Además en la cuenta general del presupuesto y del tesoro, aparece como un elemento importante el informe del estado de la deuda pública ³²³

CAPÍTULO XV

DICTAR NORMAS GENERALES PARA ARMONIZAR LOS SISTEMAS DE CONTROL FISCAL DE TODAS LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL ORDEN NACIONAL Y TERRITORIAL.

Esta facultad permite la unificación y armonización de los sistemas de control, aplicables a las entidades públicas de todo orden, sometidas al control fiscal por parte de las contralorías. El propósito del Constituyente fue el de reservar esta facultad al Contralor General de la República, justamente con la finalidad de unificar y homogenizar los criterios reglamentarios aplicables a nivel territorial, por parte de las respectivas contralorías.

De tal suerte que, sin menoscabo de la facultad y autonomía que tienen los contralores territoriales para definir las reglamentaciones específicas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 272 inciso quinto de la Carta, esta facultad solo puede ser ejercida por el Contralor General de la República, como ya se ha advertido.

El párrafo primero del artículo 165 de la Ley 136 de 1994, Régimen municipal, precisamente indica que los sistemas de control fiscal de las contralorías municipales y de las departamentales que ejerzan su función en los municipios, estarán subordinados a las normas generales que dicte el Contralor General de la República en uso de la atribución contenida en el artículo 268 de la Constitución Política.

CAPÍTULO XVI

LA FUNCIÓN DE PRESENTAR A LA CÁMARA DE REPRESENTANTES LA CUENTA GENERAL DEL PRESUPUESTO Y DEL TESORO Y CERTIFICAR EL BALANCE DE LA HACIENDA PRESENTADO AL CONGRESO POR EL CONTADOR GENERAL

El inciso final del artículo 268 de la Carta Política, señala esta atribución. De una parte la Contraloría conserva la función de llevar la contabilidad de la ejecución presupuestal, debiendo certificar, de otro lado, sobre la situación de las finanzas y auditar el balance que presenta el Contador General.

Se ha señalado la falta de claridad en la terminología técnica-contable utilizada en el texto constitucional al referirse a la certificación, por parte de la Contraloría, del Balance de la Hacienda presentado por el Contador General, siendo que la Carta encomendó a este último funcionario la atribución de llevar la contabilidad general -artículo 354-, y el resultado de ella es un Balance General, del que se obtienen el Balance del Tesoro y el Balance de la Hacienda.

No se debe perder de vista la importancia de que la Contraloría audite el Balance del Tesoro, ya que es una herramienta fundamental para la certificación del Resultado de las finanzas, que también le corresponde por voluntad constitucional.

El Legislador, por su parte, en el artículo 47 de la Ley 42 de 1993, determinó que la "*Contraloría auditará y certificará el balance de la hacienda o balance general del año fiscal inmediatamente anterior que deberá presentarle el Contador General*"