



TRASLADO DE RECURSO DE REPOSICIÓN
Artículo 242 Ley 1437 de 2011, 110 Y 319 CGP

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Radicado	13-001-33-33-010-2017-00226-00
Demandante	Carlos Barrios Gómez
Demandado	Contraloría Distrital de Cartagena

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, de los artículos 110 y 319 del CGP, se corre traslado a la parte contraria del recurso de reposición presentado por el apoderado de la parte demandante, por el término de tres (3) días, en un lugar visible de la secretaría del Juzgado, y en la página web de la rama judicial www.ramajudicial.gov.co (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-10-administrativo-de-cartagena/87>) hoy veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las 8:00 de la mañana

EMPIEZA EL TRASLADO: veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), a las 8:00 a.m.

MARIA DEL PILAR ESCAÑO VIDES
SECRETARIA

VENCE TRASLADO: veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), a las 5:00 p.m.

MARIA DEL PILAR ESCAÑO VIDES
SECRETARIA

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129, 4º piso Edificio Antiguo Telectragena
E-mail: admin10cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648519 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

Señor
JUEZ DECIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
CARTAGENA
E.S.D.



REF: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
ADELANTADO POR CARLOS A. BARRIOS GOMEZ CONTRA LA
CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

RAD: 0226/2017

IVAN JOSE MONTALVO MENDOZA., mayor, domiciliado y
residenciado en esta ciudad, identificado al pie de mi correspondiente
firma., actuando en mi calidad de apoderado especial de la parte
demandante., muy respetuosamente me dirijo a usted, con el fin de
presentar recurso de reposición en subsidio apelación contra la
providencia proferida por vuestro despacho de fecha 7 de Noviembre
de 2017, con base en las siguientes consideraciones de hecho y
derecho:

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Me permito manifestarle al despacho que me reservo el derecho de
ampliar el presente recurso de reposición en subsidio apelación en
escrito separado dentro de los términos legales para ello.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO EN LA PROVIDENCIA DEL 7 DE NOVIEMBRE DE 2017.

Su señoría al tomar la decisión de no aceptarle la personería jurídica a
la togada Dr. ANGELA MARIA ARTEAGA, lo hace realizando una
interpretación jurídica de forma amplia y sistemática, pues el poder
otorgado por la jefa de oficina jurídica de la contraloría distrital de
Cartagena de Indias, no tiene competencia funcional, pues así lo
establece el manual de funciones, tal como se lo hizo ver el suscrito en
los diferentes memoriales aportados al despacho, por lo tanto el
presente recurso no versa sobre dicha decisión adoptada en la
providencia recurrida.

Pero vuestro despacho en el auto de fecha 7 de noviembre de 2017,
cuando hace las consideraciones jurídicas en cuanto al cargo primero
de la solicitud de medidas cautelares, realiza una sola parte del
estudio del artículo 18 de la ley 610 de 2000, en cuanto a los eventos
en que procede el grado de consulta establecido en dicha
normatividad, situaciones de derecho en que efectivamente estamos
en concordancia desde la tesis jurídica planteada por el despacho.

También estamos de acuerdo con vuestro despacho, cuando acepta
que el grado de consulta se omitió, en cuanto a la providencia mixta
del 13 de septiembre de 2016, pues lo muestra de la siguiente "*bajo
esta perspectiva, se destaca que en efecto no media prueba en el
expediente de que se hubiese enviado el proceso al superior*

jerárquico del Director Técnico de Responsabilidad fiscal y acciones judiciales de la Contraloría Distrital de Cartagena”

Pero lo que el despacho no entra a estudiar los efectos jurídicos propios de no enviar el expediente a realizar dicho grado de consulta establecido en el artículo 18 de la ley 610 de 2000, veamos a continuación cuales son estos:

PRIMERO: Desde el momento en la funcionaria de la dirección técnica de responsabilidad fiscal y acciones judiciales, concede el grado de consulta en la numera sexto del auto de imputación de cargos y archivo, contra uno de los sujetos procesales, procede el grado de consulta, pues esta providencia MIXTA, no se puede separar, la ley, no distinguió, por lo tanto el grado de consulta que está establecido debía surtirse enviando el expediente al superior jerárquico, eso está probado dentro del plenario, tanto es así que la misma funcionaria admite que debe enviar el expediente a surtir el grado de consulta establecido en el numera sexto de la providencia, no es un invento de la funcionaria, es el cumplimiento a un mandato legal, que opera de inmediato, transcurren los 3 días que establece la norma.

SEGUNDO: El segundo efecto jurídico que vuestro despacho no entra a analizar en cuanto al **FUNCIONARIO DE LA DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES JUDICIALES**, es la pérdida de la **COMPETENCIA FUNCIONAL**, indistintamente a quien le operaba el grado de consulta, si al sujeto procesal de archivo, entiéndase MARIA CLARETH VERGARA BERRIO o al sujeto procesal de imputación, entiéndase mi poderdante, CARLOS ALBERTO BARRIOS GOMEZ, desde el mismo momento en que se decreta el grado de consulta en la providencia mixta del 13 de septiembre de 2016, hay una pérdida **absoluta de competencia funcional**, ha si lo establece las el artículo 18 de la ley 610 de 2000, pues esta norma desde el mismo momento de la exposición de motivos, establece “*en primer lugar por que la ley no establece excepciones o condicionamientos al respecto y porque, como se anotó, con dicho procedimiento se está garantizando la defensa del interés público, del debido proceso y los derechos y garantías fundamentales.*”

El procedimiento de consulta se surte enviando, dentro de los tres siguientes, el expediente al superior funcional o jerárquico para que se pronuncie. Es entendible que aparte del fallo o auto objeto de la consulta el superior requiere del expediente para examinar el procedimiento seguido, la formulación de cargos, las pruebas y argumentaciones tanto de los investigadores como de la defensa. Por ello se hace indispensable que conozca la totalidad de la actuación consignada en el expediente ya que la decisión objeto de la consulta supone un examen integral tanto para quienes se benefician con el archivo como para quienes continúan vinculados al proceso.

... pero por tratarse de un procedimiento especial y reglado, no es posible variarlo so pena de afectar el debido proceso y con ello garantías y derechos fundamentales. Solo en el evento de vacíos procedimentales, que no ocurre en este caso, podrían aplicarse

supletoriamente las normas del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Cualquier modificación al procedimiento actual debe estar contemplada en la ley.

Entonces en síntesis su señoría, una vez no se envió el expediente a surtir el grado de consulta establecido en el artículo 18 de la ley 610 de 2000, la funcionaria perdió competencia funcional hasta no surtir dicho grado de consulta y por consiguiente no pudo seguir surtiendo las actuaciones procesales correspondientes hasta dictar fallo con responsabilidad fiscal.

Esta falta de competencia configura una CAUSAL DE NULIDAD establecida en el artículo 36 de la ley 610 de 2000, que al tenor reza **“son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar”**(*cursivas, negritas y subrayas mías fuera del texto*)

Su señoría al hacer un simple análisis jurídico de interpretación encontramos las siguientes preguntas, que tienen la respuesta y que si configuran una violación al debido proceso y derecho de defensa, la cual es la siguiente:

¿El grado de consulta por si solo hacer perder la competencia al funcionario que debe surtirla?, para darle respuesta a estos interrogantes me permite invocar conforme lo establece el artículo 230 de la C.N. la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina como criterios auxiliares de la actividad judicial,

Al respecto la doctrina ha establecido en cuanto al grado de consulta:

Dr. HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO, en su libro PROCEDIMIENTO CIVIL, NOVENA EDICION, DUPRE EDITORES, página 884 nos enseña:

Efecto de la consulta:

En resumen las características de la consulta son:

- *Impide la ejecutoria de la providencia que es objeto de la misma.*
- *La providencia que se consulta no puede ejecutarse mientras no se decide la pertinente por el superior, por generar su trámite un efecto suspensivo.*

Desconoce el despacho los efectos jurídicos establecidos en el proceso de responsabilidad fiscal, al no surtir el grado de consulta de una providencia mixta, como lo es la del 13 de septiembre de 2016, la pérdida de competencia funcional la perdió la funcionaria de instancia para entregársela al superior jerárquico funcional, pero esto nunca se dio, Pues el expediente NUNCA fue enviado, y está probado dentro del plenario, por lo tanto tenemos que se dictó un fallo con responsabilidad fiscal de un funcionario que no tenía competencia

para ello y esto es violatorio del derecho de defensa y debido proceso constitucional.

Así mismo y con el fin concluir este punto y pasar a los otros efectos de no surtir el grado de consulta, es necesario manifestarle al despacho, que el termino para que se surta el grado de consulta es de 1 mes, después de esto se entenderá que el auto queda en firme, sin perjuicios de las acciones disciplinaria por mora en la que incurre el funcionario de superior jerarquía, pues claro esto hubiera pasado de haberse surtido dicho grado, pero esto nunca paso y de ahí encontramos el otro efecto jurídico de no haber surtido el grado de consulta.

TERCERO: Como lo he venido manifestando al despacho ahora toca el turno en cuanto al **AUTO MIXTO PROFERIDO POR LA DIRECCION TECNICA DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y ACCIONES JUDICIALES DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2016**, encontramos dos situaciones que serán expuestas una tiene que ver con el efecto de SUSPENSION Y el otro FIRMEZA,

En cuanto a la FIRMEZA, tenemos claro su señoría que nunca se surtió dicho grado de consulta establecido en el artículo 18 de la ley 610 de 2000, la providencia que le imputa cargos a mi mandante nunca estuvo en firme, pues nunca surtió valga la redundancia el grado de consulta, al respecto la jurisprudencia y la doctrina han establecido:

Acervo probatorio. Es común que cuando se vinculan varias personas a un mismo proceso fiscal existan ciertos elementos homogéneos que los relacionan. Puede tratarse de origen de los investigados en cuanto proceden o están al servicio de la misma entidad o dependencia, o tienen funciones o competencias dentro del mismo contrato, etc. Sin embargo la responsabilidad es individual y la investigación debe establecerla. Si en el curso de la misma se determina que alguno de los vinculados inicialmente no debe continuar en tal carácter dentro de la investigación, la forma de desvincularlo es mediante auto que ordena el archivo el cual queda en firme cuando se surte la consulta y la decisión es confirmada. (subrayas y negrillas más fuera de contexto)". (por lo que el caso de marras el auto de imputación nunca adquirió firmeza por cuanto no se surtió el grado consulta establecida en la ley 610 de 2000.)

Así, en la Sentencia SU-620 de 1996¹, esta Corporación examinó las principales características de los procesos por responsabilidad fiscal, destacando lo siguiente:

"En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas

¹ M.P. Antonio Barrera Carbonell

propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

En este sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-131-02, al ocuparse de una demanda instaurada contra el artículo 42 de la Ley 610 de 2000, expuso lo siguiente:

“...el proceso de responsabilidad fiscal es 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. Como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación, se trata de un proceso de naturaleza administrativa pues recae sobre la responsabilidad de servidores públicos o de particulares vinculados a la gestión fiscal y su conocimiento le corresponde a autoridades administrativas; la responsabilidad que en él se declara es esencialmente administrativa y patrimonial ya que juzga el incumplimiento de deberes funcionales y conmina a la reparación del daño causado al Estado y no tiene un carácter sancionatorio ni penal ni administrativo sino estrictamente resarcitorio.

Como puede advertirse, el proceso de responsabilidad fiscal no tiene una naturaleza jurisdiccional sino administrativa. Esto es, el investigado en estricto sentido no es juzgado, no es sometido al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado sino a la función administrativa. Sólo cuando la actuación de ésta ha culminado, puede optar por cuestionar ante la justicia contenciosa administrativa la legalidad del procedimiento a que fue sometido y de la decisión proferida. Esto implica que los servidores públicos o los particulares que cumplen gestión fiscal cuentan con dos escenarios posibles para plantear sus pretensiones y que ante cada uno de ellos son titulares de unos derechos que, aunque con las matizaciones de cada caso, no pueden ser desconocidos”.

6

Por su parte, la Ley 610 de 2010 *"Por medio de la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías"*, establece en su artículo 1° que la responsabilidad fiscal es *"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"*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de esta normativa, dentro de los principios orientadores del proceso de responsabilidad fiscal se encuentran el debido proceso (artículo 29 Superior), los principios de la función administrativa (artículo 209 Constitucional), y los principios consagrados en el Código Contencioso Administrativo.

De esta manera, en el trámite de la responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal.

En consonancia con lo anterior, en diversas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado acerca del derecho al debido proceso en materia de responsabilidad fiscal.

Luego, en la Sentencia C- 832 de 2002², la Corte reiteró su postura en el sentido de que *"en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso (artículo 29 C.P.) en coordinación con el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan las actuaciones administrativas (artículo 209 C.P.)."*

Igualmente, en la Sentencia C- 735 de 2003³, el juez constitucional sostuvo que *"Como lo ha señalado la Corporación en reiteradas ocasiones en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las **garantías** sustanciales y **procesales** que informan el debido proceso en coordinación con el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan las actuaciones administrativas"* (Negrillas fuera de texto).

En el mismo sentido, esta Corporación en Sentencia C- 557 de 2009⁴, con ocasión del examen de unos apartes del artículo 37 de la Ley 42 de 1993 *"sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que la ejercen"*, consideró lo siguiente:

"Esta Corte se ha ocupado de la naturaleza jurídica, los objetivos y propósitos que persigue el proceso de responsabilidad fiscal, el cual presenta las siguientes características, de conformidad con los

² M.P. Álvaro Tafur Galvis

³ M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁴ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

7

*mandatos de la Constitución Política y la ley –Ley 610 de 2000-: (i) origen único y exclusivo en el ejercicio de un control fiscal sobre los servidores públicos y los particulares jurídicamente habilitados para administrar y manejar recursos o bienes públicos; (ii) naturaleza administrativa más no jurisdiccional; (iii) proceso patrimonial y no sancionatorio, cuya finalidad es esencialmente reparatoria; (iv) responsabilidad independiente y autónoma de otros tipos de responsabilidad, como disciplinaria o la penal; (v) responsabilidad de carácter subjetivo, dado que es necesario determinar si el imputado obró con dolo o culpa; y finalmente (vi) observancia plena de las garantías sustanciales y procesales propias del debido proceso, de conformidad con **los artículos 29 y 209 Superiores**.⁵ Así mismo, la Corte ha realizado un estudio detallado acerca de la regulación formal y sustancial del proceso de responsabilidad fiscal. (Negrillas fuera de texto).*

En corolario con lo expuesto, se observa que la jurisprudencia constitucional ha sido constante y reiterativa en el sentido de que si bien, el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad al momento de diseñar el trámite de los procesos por responsabilidad fiscal, también lo es que se encuentra limitado por las previsiones del artículo 29 Superior, atinentes al derecho al debido proceso.

Desde el punto de vista estrictamente legal y constitucional, estamos frente a un proceso que se continuó que se adelantó sin la observancias propias de derecho defensa y debido proceso, pues se dictó un fallo con responsabilidad fiscal, con un AUTO DE IMPUTACION que nunca estuvo en firme, pues al no surtir el grado de consulta artículo 18 de la ley 610 de 2000, este nunca adquirió la FIRMEZA para continuar con las actuaciones procesales correspondientes, ha sido está probado dentro del plenario.

CUARTO: Su señoría este punto tiene que ver con la efecto jurídico de la providencia en cuanto a la SUSPENSION de los efectos, una vez proferida la decisión en un auto mixto, como lo es, el de 13 de septiembre de 2016, todos los efectos jurídicos quedan suspendidos hasta que se surta dicho grado de consulta, por lo que al nunca surtirse las actuaciones procesales correspondientes y dictadas a posterior están viciadas pues se abrió a pruebas y se dictó un fallo con un proceso que estaba SUSPENDIDO, hasta tanto no surtir el grado de consulta.

QUINTO: se pretermitió una instancia procesal con la que se viola el debido proceso, al no surtir el grado de consulta el máximo órgano judicial ha sostenido:

Acerca de si omitir tramitar la Consulta implica pretermitir la instancia, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“(...) la consulta, cual lo indicó esta corporación en providencia atrás citada, es un grado de marcada calidad inquisitiva que, en los eventos

⁵ Sobre esta caracterización del proceso de responsabilidad fiscal, ver las sentencias C-046 de 1994, C-540 de 1997, C-189 de 1998C-840/01, C-557 de 2001, C-840 de 2001, C-131 de 2002, C-832 de 2002, C-340 de 2007 y C-832 de 2008, entre otras.

en que es obligatorio evacuarlo, únicamente puede ser reemplazado por el recurso de apelación en tanto este, en concreto, haya de entenderse interpuesto por el litigante en cuyo favor ha sido consagrada la consulta, "... porque si el objetivo de ésta —como discurre líneas adelante la misma doctrina recién citada— es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, tal objetivo se cumple con la interposición del recurso de alzada..." en esas condiciones, interposición que valga reiterarlo, puede producirse de modo directo y también por extensión de los efectos de un recurso de la misma índole hecho valer por un litisconsorte necesario (CPC, art. 51). Luego si tratándose de una sentencia que por mandato de la ley es consultable, la segunda instancia respecto de ella se cumple tan sólo con vista en el recurso de apelación propuesto por una persona diferente de aquella y sujeta por tanto a las condignas vinculaciones procesales que en tesis general son las atinentes al principio de la personalidad en la apelación, es indiscutible que toda una instancia se habrá pretermitido con menoscabo evidente de las garantías en juicio a que tiene derecho el "... beneficiario de la consulta..." (Cas. Civ. de 8 de agosto de 1988, no publicada oficialmente), lo que envuelve la existencia de una nulidad que, de conformidad con el inciso final del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, es radical y por consiguiente no susceptible de saneamiento, habida cuenta que en situaciones con las características descritas, no es posible fraccionar la instancia y por lo tanto es deber del ad quem tramitar de acuerdo con la ley y decidir en forma simultánea, no solamente el recurso de apelación interpuesto, sino también la consulta, esto último oficiosamente y con la amplitud propia que corresponde a este grado especial de competencia funcional.

Pasando ahora a la especie que ocupa la atención de la Corte, verdad es que sustanció el tribunal el recurso de apelación propuesto por el único demandado que personalmente acudió a estar a derecho en el proceso, pero así mismo salta a la vista que la consulta, ordenada por el juzgado de primera instancia en obediencia del artículo 386 del Código de Procedimiento Civil, no se tramitó ni menos todavía de decidirla se ocupó esa corporación en la sentencia impugnada en casación, de donde se desprende sin lugar a dudas que a la censura le asiste razón pues frente a los herederos indeterminados representados por curador ad litem, se pretermitió la segunda instancia y para ellos, mientras en debida forma el grado de consulta no se agote, la providencia en su contra proferida y confirmada por la sala de familia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, jamás alcanzará ejecutoria". (CSJ, Cas. Civil, sent. oct. 2/97. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

E igualmente en otra providencia señaló lo siguiente:

"(...), en virtud del principio de la especificidad el legislador ha establecido como causal de nulidad la preterición íntegra de la instancia, la que se estructura, entre otras, cuando se ha omitido el grado jurisdiccional de consulta ordenado en la ley, que además impide la firmeza de la sentencia (CPC, arts. 386, 140, num. 3º y 331

inciso final)". (CSJ, Cas. Civil, sent. mar. 30/98. Exp. 5.022. M.P. Pedro Lafont Pianetta).

Al respecto el CONCEJO DE ESTADO, sala de consulta y servicio civil, consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE, agosto 4 de 2003, RADICACION No.1.497.

El grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal. Notificaciones y recursos. Como ya se señaló, el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías tendientes a determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando se cause un daño patrimonial al Estado, en ejercicio de las gestión fiscal o con ocasión de esta, proceso que tiene naturaleza administrativa, resarcitoria y patrimonial, al cual se aplican las garantías constitucionales y legales del debido proceso, principalmente las relativas a la competencia, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa y para ser oído e intervenir en el proceso, presentar y controvertir pruebas e interponer recursos y el derecho a que se sigan las formas propias del proceso sin dilaciones injustificadas y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho(art. 29 de la C.P.).

De otra parte, el artículo 18 ibidem ha previsto el grado de consulta en los siguientes términos:

Artículo 18. Grado de consulta. 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.

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 el manual de funciones de cada órgano fiscalizados.

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

Mediante esta figura se otorga competencia al superior del funcionario para revisar oficiosamente los actos administrativos por los cuales se ha resuelto definitivamente la actuación administrativa o han hecho imposible continuar su trámite. El objeto de la consulta, precisamente, es lograr que tales decisiones definitivas sean revisadas, en el evento en que contra ella no se interponga el tiempo el recurso de apelación, como ocurre con el grado jurisdiccional regulado por el artículo 184 del C.C.A.

jurisdiccional, ni mucho menos constituyen un precedente que se deba acatar en su integralidad...”

Sea lo primero establecer que las directrices dadas por los máximos órganos administrativos de control fiscal, no son más que interpretaciones jurídicas a la ley y la constitución.

Estas constituyen por si sola doctrina probable en materia de responsabilidad fiscal, el cual puede ser utilizado como criterios auxiliares de la actividad judicial, desconocer los mismos de tajo, seria atentar contra la misma constitución política.

Ahora bien el suscrito, lo que hace es aportar y apoyar los conceptos y las omisiones y anomalías procesales, dadas por la auditoria general de la república, en la inspección realizada al proceso 028 de 2014, que se le siguiera a mi poderdante, circunstancia que reposa dentro del plenario, ósea nos encontramos frente una situación de derecho particular y consolidada, no un abstracto jurídico, si no que por el contrario corresponde una realidad dada en proceso de responsabilidad fiscal, auditado por la entidad administrativa encargada de realizar dicho proceso, como lo es la AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, por lo que no estamos frente una interpretación, si no que por el contrario frente a un concepto puntual, “existen anomalías y omisiones procesales detectadas por la AUDITORIA, y que hacen parte integral del proceso No.028 de 2014, seguido contra mi poderdante.

Desde este punto de vista su señoría, todas las interpretaciones, conceptos emitidos, por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, son criterios de orientación a los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las contralorías territoriales, por lo tanto como reposa dentro del plenario, la entidad demandada CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, hizo todo lo contrario a los parámetros establecidos por estos órganos, situación que está probada dentro del plenario, veamos cómo es esto:

I. EN CUANTO A LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, en diferentes conceptos y parámetros ha establecido:

Al respecto las directrices de la oficina jurídica de la **CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**, en los diferentes conceptos entre los que tenemos el 2014IE0005110 del 15 de Enero de 2014, entre otros apartes:

CONSIDERACIONES JURIDICAS:

“En materia de responsabilidad fiscal, en el artículo 18 de la ley 610 de 2000, el grado de consulta está previsto como una instancia obligatoria cuando (i) se dicte auto de archivo,..

Cuando se dictan autos denominados mixtos, en cuanto ordenan archivo de la investigación solo para alguna o algunas de las personas vinculadas al proceso fiscal continuando para los demás, se hace necesario surtir la instancia de consulta prevista en el artículo 18 de la ley 610 de 2000, *“en primer lugar por que la ley no establece excepciones o condicionamientos al respecto y porque, como se anotó, con dicho procedimiento se está garantizando la defensa del interés público, del debido proceso y los derechos y garantías fundamentales.*

El procedimiento de consulta se surte enviando, dentro de los tres siguientes, el expediente al superior funcional o jerárquico para que se pronuncie. Es entendible que aparte del fallo o auto objeto de la consulta el superior requiere del expediente para examinar el procedimiento seguido, la formulación de cargos, las pruebas y argumentaciones tanto de los investigadores como de la defensa. Por ello se hace indispensable que conozca la totalidad de la actuación consignada en el expediente ya que la decisión objeto de la consulta supone un examen integral tanto para quienes se benefician con el archivo como para quienes continúan vinculados al proceso.

... pero por tratarse de un procedimiento especial y reglado, no es posible variarlo so pena de afectar el debido proceso y con ello garantías y derechos fundamentales. Solo en el evento de vacíos procedimentales, que no ocurre en este caso, podrían aplicarse supletoriamente las normas del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Cualquier modificación al procedimiento actual debe estar contemplada en la ley.

Haber seguido realizando actuaciones dentro del proceso sin haber realizado el grado de consulta constituye por sí solo una vía de hecho, pues contraviene una norma de carácter obligatoria como lo es el artículo 18 de la ley 610 de 2000.

De esta manera vemos como una directriz o un parámetro establecido por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA fue desconocido por la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

Al aportar estos conceptos, parámetros, directrices son con la finalidad de tomarlos como doctrina probable, pues funciona como criterio auxiliar de interpretación de rango constitucional.

Ahora vuestro despacho deberá decir por qué no los acoge como criterio auxiliar, si la jurisprudencia ha dicho que los mismos constituyen doctrina probable para la actividad judicial.

II. EN CUANTO A LA AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Sea la primero aclarar que el informe entregado al suscrito, producto de una queja, interpuesta por el suscrito, donde se detectaron anomalías y omisiones procesales, es una situación de derecho

debidamente consolidada, que hace parte integral del proceso No.028-2014.

Por este motivo el desconocimiento de los parámetros establecidos por la AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, pueden dar origen a hallazgos de todo tipo de alcance, como efecto encontramos en el proceso No.028-2014 con alcance administrativo, disciplinario, por actuaciones por fuera de la ley.

Al respecto es importante traer a colación los conceptos emitidos por la AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, en materia de la obligatoriedad de la realizar la consulta establecida en el artículo 18 de la ley 610 de 2000 en cuanto a providencias mixtas, desde el año 2004, ha sostenido, mediante concepto de fecha 27 de mayo de 2004, OJ110-435, que entre otros apartes establece "*...esta circunstancia sumada al objetivo perseguido con el grado de consulta permite concluir que aun en el evento en que la decisión de archivo sea parcial y, por ende, tan solo favorezca a algunos de los procesados, será necesario agotar el tramite establecido en el artículo 18 de la ley 610 de 2000, pues será la revisión que practique con el rigor requerido en una materia como esta, que propende fundamentalmente por la adecuada protección de los recursos del erario y la debida aplicación de la normatividad.*

Adicionalmente, obra a favor de esta posición el hecho de que la norma no hizo distinción en relación con la forma en que se debería producir el auto de archivo para calificar como procedente el grado de consulta.

Lo anterior significa que proferida y notificada la decisión, el expediente deberá ser remitido al superior jerárquico o funcional a efecto de que se tramite el grado de consulta, a más tardar, dentro del mes siguiente a su recibo.

Se estima conveniente que en caso de que la providencia mixta contenga decisión de imputación de responsabilidad fiscal, en el momento de remitirse el expediente se expida auto de tramite ordenando la suspensión del termino de traslado hasta que se defina el grado de consulta y que, una vez esta sea resuelta, se expida nuevo auto de trámite en el cual se ordene conceder el termino de traslado indicando el día y hora a partir del cual este se deberá empezar a contabilizar."

De esta manera podemos encontrar las siguientes conclusiones:

1. Para ambas entidades estos parámetros, directrices y conceptos deben ser de obligatorio cumplimiento para las contralorías territoriales.
2. Para ambas entidades en cuanto corresponde a una providencia mixta esta debe ser objeto del grado consulta establecido en el artículo 18 de la ley 610 de 2000, pues se está garantizando al derecho de defensa al sujeto procesal que también se le imputa, con la posibilidad incluso de ser revisada por el superior.

- 15
3. Copia simple de la sentencia de fecha 14 de Agosto de 2012, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

De esta manera queda presentado el recurso de reposición en subsidio apelación.

Con base en las consideraciones esgrimidas en el presente recurso solicito a su despacho se sirva reponer la decisión adoptada y en consecuencia de ello, se sirva decretar la medida cautelar solicitada por el suscrito.

Hacen parte integral del presente recurso los memoriales presentados a su despacho en fecha 8 de Noviembre de 2017, teniendo en cuenta los principios establecidos en el BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, pues vuestro despacho en ninguno de los apartes de la providencia hoy recurrida hizo mención alguna respecto de las decisiones otorgadas por la CIDH.

Pues vuestro despacho no tuvo en cuenta que mi poderdante es concejal de la ciudad de Cartagena, elegido para el periodo constitucional 2016-2019, por más de 6419, con lo cual a la luz de la CIDH y del BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, existente los antecedentes jurisprudenciales aplicables como medidas cautelares situación que no fue revisada y mucho menos analizada y de la cual vuestro despacho debe tomar una decisión analizando dicha normatividad.

De usted señora juez,

Ivan Montalvo

IVAN JOSE MONTALVO MENDOZA
C.C. No.1.081.913.266 de Cartagena
T.P. No.285.179 del C. S. de la J.



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cito N.U.R: **110-3-20988**, 28/05/2004 12.02
Trámite: 445 - CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
I-18759 ActMdad: 01 INICIO, Folios: 12, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 210 AUDITORIA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA DE LA

16
abs 399

110-047-2004

Bogotá D.C., 27 de mayo de 2004
OJ110-435

PARA: Dra. MARTHA SÁNCHEZ RÍOS
Auditora Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

DE: AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Formulación de precisiones conceptuales sobre la procedencia del grado de consulta frente a providencias mixtas y el procedimiento aplicable

Se ha solicitado a la Oficina Jurídica fijar posición sobre la procedencia de tramitar el grado de consulta respecto de autos que contienen decisiones mixtas de archivo e imputación, así como en relación con el trámite que debe observarse dentro procesos en los que se adopten este tipo de decisiones.

En relación con los temas planteados la Oficina Jurídica ha considerado procedente el grado de consulta y concluido que:

"[. . .] En el caso de coincidir la toma de decisión de cesación de la acción fiscal contra alguno de los implicados con la de imputación de responsabilidad en relación con otros, se debe consultar el auto entendiéndose que lo es con relación a esta decisión más no sobre la imputación porque tal decisión, según el texto de la ley, no es consultable, salvo que la misma haya sido apelada, caso en el cual el superior jerárquico conocerá de todo el contenido del auto."

A pesar de que las consideraciones en que se apoya esta posición son de conocimiento al interior de la entidad, en esta oportunidad se estima necesario retomar y ampliar los criterios expuestos confiando que puedan aportar elementos de juicio para la adopción de una posición institucional unificada:

1.- Grado de Consulta. Aspectos generales.-

El grado de consulta, desarrollado en nuestro derecho procesal, se concibe como una competencia funcional que opera de manera oficiosa ante la ausencia de

¹ Concepto omitido por la Oficina Jurídica el 12 de mayo de 2004. NUR 218-3-20229, 04/22/2004.

1
Luz Alba
28/05/04
11:34

recurso de apelación, con el objeto de asegurar el máximo acierto en la decisión adoptada, "[. . .] en orden a proteger los intereses de determinados sujetos de derecho que actúan en un proceso y que con ella reciben especial tratamiento"².

Este grado de competencia funcional, otorga al funcionario de superior jerarquía la facultad de revisar íntegramente el fallo o decisión adoptada por el inferior y el mismo se tramita en el efecto suspensivo, es decir, la providencia consultada no queda en firme hasta que no se adopte decisión por parte del superior jerárquico.

En nuestro ordenamiento jurídico, el grado de consulta tiene raigambre constitucional. En efecto, en el artículo 31 del Estatuto Fundamental se encuentra previsto lo siguiente:

"Artículo 31.- Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la Ley." (Se resalta)

Toda vez que la norma constitucional reconoce este principio frente a sentencias judiciales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al estudiar la razón de ser y los alcances de esta figura procesal, ha indicado que ella también procede para autos. Al respecto, esa Alta Corporación ha advertido:

"[. . .] La consulta, a diferencia del recurso de apelación, es una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo. La competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.

La consulta opera por ministerio de la ley y, por consiguiente, la providencia respectiva no queda ejecutoriada sin que previamente se surta aquélla. Por lo tanto, suple la inactividad de la parte en cuyo favor ha sido instituida cuando no se interpone por ésta el recurso de apelación, aunque en materia laboral el estatuto procesal respectivo la hace obligatoria tratándose de entidades públicas.

La consulta se consagra en los estatutos procesales en favor o interés de una de las partes. No se señalan en la Constitución los criterios que el legislador debe tener en cuenta para regularla; sin embargo, ello no quiere decir que esté habilitado para dictar una reglamentación arbitraria, es decir, utilizando una discrecionalidad sin límites, pues los parámetros que debe observar el legislador para desarrollar la

² DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO. Parte General. Hernán Fabio López Blanco. Dupré Editores. Página 841.

institución emanan, como ya se dijo, precisamente de la observancia y desarrollo de los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución.

Del examen de los diferentes estatutos procesales que regulan la consulta, deduce la Corte que ella ha sido instituida con diferentes propósitos o fines de interés superior que consultan los valores principios y derechos fundamentales constitucionales, como son:

- La protección de los derechos mínimos o ciertos e indiscutibles del trabajador que, a manera de principios básicos, contiene el art. 53 de la C.P. Es así como en materia laboral procede la consulta contra las sentencias de primera instancia, que no sean apeladas, "cuando fueren totalmente adversas al trabajador" (art. 69 C.P.L.).

- El interés colectivo, asociado a la defensa de los derechos y del patrimonio de las entidades públicas. En tal virtud, es viable la consulta en relación con las sentencias que fueren adversas a la Nación, a los departamentos o los distritos especiales o a los municipios, o que impongan una condena a cargo de cualquier entidad pública o la providencia que la liquide (arts. 69 C.P.L., 386 C.P.C. y 184 C.C.A.).

- La protección de algunos sujetos procesales que se encuentren en alguna situación o posición desventajosa, desde el punto de vista de sus derechos procesales -los representados por curador ad litem, a quienes se les decreta la interdicción, o tengan la condición de campesinos con intereses vinculados a la explotación de pequeñas propiedades rurales, etc. Es decir, personas que de algún modo se encuentran en una situación de debilidad manifiesta o indefensión que reclama la protección estatal a través de la figura de la consulta (arts. 386 C.P.C. y 12 del decreto 508/74).

- La moralidad y eficacia en la administración de justicia, cuando se trata de precaver o proteger los derechos de terceros y evitar la posible comisión de fraudos procesales (por ejemplo la consulta en procesos de pertenencia, y declaraciones de bienes vacantes y mostrocos, art. 407-11 C.P.C.).

- El interés de la sociedad en que se investiguen ciertos delitos que por su gravedad afectan bienes jurídicos prevalentes y se impongan las condignas sanciones a los infractores de la ley penal, e igualmente el respeto a la legalidad sustancial y a los derechos y garantías constitucionales de los procesados.

[. . .] Concordante con los criterios expuestos, esta Corte en la sentencia C-055/93 dijo, en relación con la consulta "quo ésta es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica que se trate"³[. . .]"⁴

³ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-153 de 5 de abril de 1995. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Esta posición ha sido corroborada en sede de tutela en los siguientes términos:

"[. . .] Como norma integrativa del debido proceso, el art. 31 de la Constitución consagra el principio de la doble instancia, en el sentido de que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra la ley. Tratándose de providencias diferentes a las sentencias, como son los autos o providencias de trámite o interlocutorias, le corresponde al legislador determinar, con base en la facultad que tiene para señalar las formas propias de cada juicio, los casos en que procede la apelación o la consulta."⁵

De los anteriores pronunciamientos se desprende que el grado de consulta, no sólo procede frente a sentencias judiciales, sino, adicionalmente, frente a cualquier otra clase de providencia o auto que señale el legislador⁶ en ejercicio de su amplia facultad de configuración normativa y atendiendo a la naturaleza específica de la materia que es objeto de desarrollo.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 21 de abril de 1997. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁶ Se aclara que en derecho procesal civil, el legislador tan sólo ha reconocido la procedencia del grado de consulta frente a **fallos** susceptibles de ser apelados, en aquellos eventos en que la persona protegida con la figura no interpone el recurso de apelación o ha estado representada dentro del proceso por curador ad-litem. Ello ha permitido que doctrinantes del derecho procesal civil colombiano, como Hernán Fabio López Blanco en su libro ya citado, afirme: "(. . .) En resumen, las características de la consulta son: 1.- Implde la ejecutoria de la providencia que es objeto de la misma. 2.- La providencia que se consulta no puede ejecutarse mientras se decide la pertinente por el superior, por generar su trámite efecto suspensivo. 3.- Sólo opera respecto de sentencias, nunca se da en relación con los autos. 4.- Cobija sólo las sentencias que sean total o parcialmente desfavorables a los intereses de las personas taxativamente protegidas con la misma. 5.- Opera sólo en defecto de apelación. Si la parte en cuyo favor se estableció la consulta apela, la segunda instancia se da por interposición del recurso.(. . .)" Tomo I, página 844. "Este recurso oficioso no existe para los autos, en nuestro procedimlanto civil, laboral y contencioso administrativo." Devis E. Tomo I Página 571.

En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-385 de 22 de agosto de 1996. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, en la que se afirmó: "El acápite que se acusa regula el cierre de la investigación, a través de un auto contra el que no procede recurso alguno y del cual se ordena dar traslado únicamente al defensor. La decisión en cuestión persigue la finalidad de clausurar la actuación investigativa de modo que no se puedan adelantar nuevas diligencias ni ordenar ni practicar pruebas. De este modo, aquélla no comporta una determinación de fondo, lo cual si ocurre cuando se califica el mérito de la investigación. Por tratarse de una decisión de mero trámite, consideró el Legislador dentro de su autonomía que no era procedente establecer recursos. Así las cosas no encuentra la Corte que lo acusado violó el debido proceso; tampoco viola el principio de la doble instancia porque corresponde a la ley señalar con respecto a las sentencias, no a los autos, cuando procede la apelación o la consulta."

315

2.- El tratamiento de la consulta en el derecho colombiano.-

En el derecho colombiano, se debe hacer una diferenciación entre el tratamiento dado en materia civil, administrativa y laboral a la consulta por una parte, y aquel brindado, en el derecho penal, de otro lado, pues en las tres primeras el legislador no ha contemplado la posibilidad de que el grado de consulta proceda frente a autos, en tanto que, en materia penal éste sí se ha previsto tal y como se desprende del siguiente artículo:

"Artículo 203.- Consulta.- Cuando se trata de delitos contra la administración pública en los que la pena mínima no sea inferior a cuatro (4) años y en los delitos de narcotráfico, de testaferrato, de lavado de activos y de enriquecimiento ilícito de particulares, la preclusión de instrucción, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria se someterán a consulta con el superior, siempre que no hayan sido objeto de apelación. [. . .]"

Tanto la preclusión de la instrucción como la cesación de procedimiento son decisiones que se adoptan mediante autos interlocutorios⁷ proferidos dentro del proceso, siempre que se encuentre acreditado que la conducta no ha existido, que el sindicado no la ha cometido, que es atípica, que está demostrada una causal excluyente de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no podía proseguirse (artículos 39 y 399 del Código de Procedimiento Penal). Se estima necesario aclarar que en materia procesal penal estos mismos eventos pueden dar lugar a una resolución inhibitoria a la culminación de una investigación previa⁸,

⁷ En relación con la naturaleza de estos autos ha indicado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: "No se aparta la Sala del criterio según el cual el auto que ordena la cesación de procedimiento tiene algunas características propias de la sentencia, como son la de poner fin al proceso y tener la cualidad de hacer tránsito a cosa juzgada; sin embargo, éstos tampoco la confieren la entidad de sentencia. La cesación de procedimiento, contenida en el anterior código de procedimiento en el artículo 163 [36 del actual] es una figura extraordinaria que da por terminado el proceso ante la evidencia anticipada de una sentencia absolutoria, o ante un hecho sobreviniente que impide continuar la acción penal (muerte del procesado, por ejemplo), o uno que impedía iniciar la investigación (ausencia de querrela de parte en aquellos delitos que lo requieren). Estos eventos, son de tal importancia y claridad en el proceso, que hacen que el Estado haya previsto la posibilidad de terminar con él en forma distinta a la prevista, sin agotar el trámite propio de las instancias, como si lo exige la sentencia. [. . .] Daba igualmente advertirse que el fallo absolutorio es una decisión definitiva que significa el desarrollo total de la acción penal y la finalización de la misma; no así el caso de procedimiento que es un auto interlocutorio que surge durante el proceso y que significa la terminación del mismo, pero sin que se haya desarrollado a plenitud y por tanto pudiera decirse que la acción penal se agotó hasta su finalización." Auto de octubre de 1987.

⁸ El artículo 327 del Código de Procedimiento Penal establece: "Resolución Inhibitoria.- El Fiscal General de la Nación o su delegado, se abstendrán de iniciar instrucción cuando aparezca que la conducta no ha existido, que es atípica, que la acción penal no puede iniciarse o no puede proseguirse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad. Tal decisión se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual proceden los recursos

pero, respecto de tal decisión, no procede el grado de consulta debido a que el legislador tan sólo lo ha reconocido para los casos de preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento y de sentencia absolutoria en los términos establecidos en el artículo 203, medidas que suponen la existencia de un proceso.

Cabe advertir que en materia disciplinaria, que en buena medida fue fuente de inspiración de la que se convertiría en la Ley 610, se estableció el grado jurisdiccional de consulta, en defensa del interés público, el ordenamiento jurídico y los derechos y garantías fundamentales, para los fallos absolutorios y los que impongan como sanción la amonestación escrita. Al revisar dicha norma indicó la Corporación:

"[. . .] 29- La Corte tampoco encuentra ninguna objeción a que el CDU establezca la consulta de ciertos fallos disciplinarios. Ya en anterior decisión, esta Corporación había señalado que "esta figura es perfectamente admisible en las actuaciones administrativas, adecuándose en este sentido a los mandatos del artículo 29.º". Por ello la Corte desestima los cargos contra el artículo 110 del CDU, ya que no considera que se esté estableciendo una presunción de culpabilidad en contra del funcionario absuelto, pues las decisiones absolutorias sólo podrán ser revocadas por el superior si encuentra clara la prueba de la responsabilidad del investigado. En ese orden de ideas, hace parte de la libertad del Legislador consagrar estos grados obligatorios de jurisdicción a fin de proteger valores de raigambre constitucional, como el interés público y los propios derechos y garantías fundamentales del investigado."¹⁰

Esto no inhibe en reiterar que, de acuerdo con los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional citados en este escrito, la concepción bajo la cual se edifica la figura de la consulta se ha ampliado pues es facultativo del legislador señalar los eventos y la clase de providencias frente a las cuales procedería el grado de consulta, previéndose que incluso sería procedente admitirla frente a autos, como expresamente se indicó en la sentencia T-204 de 1997 citada, pues dicho grado de competencia funcional está estatuido con propósitos de interés superior que consultan los valores, principios y derechos fundamentales constitucionales pilares básicos de nuestro Estado social de derecho. Para el caso del proceso de responsabilidad fiscal, está asociado a la defensa del patrimonio de las entidades públicas, actuación en la que prima el interés general.

de reposición y apelación por parte del Ministerio Público, del denunciante o querollante y del perjudicado o sus apoderados constituidos para el efecto. La persona en cuyo favor se haya dictado resolución inhibitoria y el denunciante o querollante podrán designar abogado que los represente en el trámite de los recursos que se hayan interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas."

⁹ Sentencia C-406/95. MP Fabio Morón Díaz

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 25 de junio de 1996. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

3.- La consulta en el proceso de responsabilidad fiscal.-

Conforme a lo establecido en el numeral 5º del artículo 268 de la Constitución Política, las autoridades de control fiscal se encuentran facultadas para deducir la responsabilidad que se derive del indebido ejercicio de la gestión fiscal conforme al procedimiento que para tal efecto defina el legislador.

En ejercicio de su amplia facultad de configuración normativa, el Congreso de la República ha establecido en dos oportunidades el procedimiento aplicable para la definición de la responsabilidad fiscal, el último de ellos contenido en la Ley 610 de 2000.

Es importante tener en cuenta que una de las razones que justificó la expedición de ésta última reglamentación estuvo motivada por la necesidad de dotar a los organismos de control fiscal de herramientas jurídicas precisas que contaran con una definición especial acorde con la naturaleza de la actuación que les corresponde adelantar. Esta afirmación encuentra apoyo en la ponencia elaborada para primer debate¹¹ de la cual se estima necesario extraer los siguientes apartes:

[. . .] II.- JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO

1.- Necesidad de un procedimiento autónomo

Como pudo apreciarse en la exposición de los antecedentes legislativos, tanto el proyecto inicial como las diversas ponencias son reiterativas en señalar la necesidad de regular de manera integral el régimen de responsabilidad fiscal, estableciendo de forma clara y precisa las reglas de procedimiento para su realización.

Sin embargo, más allá del propósito laudable de suplir los vacíos y deficiencias de la actual regulación contenida en la Ley 42 de 1993 (Capítulo III del Título II), existe una necesidad mayor: la de imprimirle identidad propia a la función fiscalizadora, de manera tal que la responsabilidad fiscal se consolide como una responsabilidad autónoma, con sus procedimientos propios o independientes de otros tipos de responsabilidad que existen en el ordenamiento jurídico.

En efecto, no puede pasarse por alto que la Constitución Política de 1991 erigió al control fiscal a la categoría de función pública (C.P. art. 267) y que las Contralorías, como órganos de control al lado de la Procuraduría, constituyen lo que podríamos llamar el cuarto poder encargado de fiscalizar, por una parte, la conducta de los servidores públicos y, por otra, el manejo y administración de los recursos públicos.

¹¹ Este documento se puede consultar en la Gaceta del Congreso No. 177 de 31 de mayo de 2000. Actuó como Ponente del Proyecto el senador Amilkar Acosta Medina.

En ese orden de ideas, la labor adelantada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de delinear los límites y el ámbito de aplicación de la responsabilidad fiscal debe ser enriquecida y sistematizada por el Congreso de la República, el cual -como ya se ha mencionado en oportunidades anteriores con ocasión de este proyecto- es el único órgano competente para establecer las reglas procesales propias de cada juicio.

[. . .] De conformidad con lo planteado en el acápite anterior se proponen las siguientes modificaciones:

[. . .] Artículos nuevos. Se introducen como nuevos en la Ponencia, los artículos 13, 14, 15, 16, 17 y 18 los cuales tocan con temas esenciales al trámite del proceso, que el proyecto aprobado en Cámara de Representantes no había contemplado, tales como la suspensión de términos, la unidad procesal y la conexidad, la acumulación del proceso, la terminación anticipada del proceso, la reapertura y el grado de consulta.¹²

De los apartes transcritos resulta indiscutible que con la adopción de la nueva reglamentación se quiso imprimir al proceso de responsabilidad fiscal un carácter especial que permite diferenciarlo de los demás procedimientos instituidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Esta intención se ve claramente materializada en la regulación de figuras como el grado de consulta, que no estaba prevista en la Ley 42 de 1993 y esencialmente se ha instituido para salvaguardar el interés público envuelto en esta clase de actuaciones, las cuales propenden por el restablecimiento del patrimonio público afectado por pérdidas, mermas o deterioros ocasionados por la acción o la omisión de los responsables del erario. Veamos entonces cómo quedó regulada la figura del grado de consulta en la Ley 610 de 2000:

De conformidad con lo establecido en su artículo 18, el grado de consulta es un trámite que se debe surtir no sólo frente a fallos, sino adicionalmente frente a decisiones de archivo y, está instituido "*[. . .] en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.*"

¹² Se resalta que el inciso primero del artículo propuesto originalmente establecía: "Artículo 18.- Grado de Consulta.- 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 o cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal. (. . .)". Con posterioridad, a al realizarse la mediación entre Cámara y Senado, el texto fue modificado en los siguientes términos: "Artículo 18.- Grado de Consulta.- 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. (. . .)". Sobre este particular se puede consultar la Gaceta No. 254 de fecha 11 de julio de 2000.

Para este Despacho no admite discusión que el interés público que se encuentra comprometido en los procesos de responsabilidad fiscal está constituido por la recuperación efectiva de los detrimentos ocasionados al erario.

De allí que se prevea que aún en el evento de proferirse autos de archivo, éstos deban ser objeto de revisión por parte del superior de aquel que ha adoptado la decisión, pues ello garantiza el mayor grado de certeza y acierto de la determinación.

Es preciso tener en cuenta que el archivo de las diligencias adelantadas en sede de indagación preliminar o dentro del proceso de responsabilidad fiscal se puede decretar siempre que “[. . .] 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.”

Estas casuales pueden estructurarse a favor de una o varias personas involucradas en una misma actuación y dar lugar al archivo total o parcial de la investigación.

En el primer supuesto, esto es, cuando la indagación o el proceso de responsabilidad fiscal termina con auto de archivo definitivo, la decisión debe someterse al grado de consulta en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 610.

La misma consideración merece la decisión que se produce ordenando el archivo de la indagación o del proceso y que favorece tan sólo a algunos de los presuntos implicados, pues es claro que también en esos eventos será necesario determinar el grado de certeza de la determinación y su conformidad con el ordenamiento jurídico.

Y no podría ser de otra forma si se tiene en cuenta que las decisiones adoptadas dentro de los procesos de responsabilidad fiscal tienen naturaleza administrativa y tan sólo admiten revocatoria sin necesidad de que se obtenga el consentimiento previo del beneficiado con la decisión cuando se ha dictado auto de archivo en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 17 de la Ley 610 que establece:

“Artículo 17.- Reapertura.- Cuando después de proferido auto de archivo del expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal aparecieron o se aportaron 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." (Se resalta)

La disposición transcrita es clara en establecer que sólo será procedente ordenar la reapertura de una indagación o proceso que ha sido archivado cuando aparezcan pruebas nuevas que permitan estructurar los elementos requeridos para deducir responsabilidad fiscal y siempre que la acción no haya prescrito o caducado.

Es decir que si con posterioridad a la decisión de archivo, bien sea total o parcial, el superior jerárquico considera necesario vincular a personas que han sido beneficiadas con tal pronunciamiento, pero no obran dentro del proceso pruebas nuevas que permitan dar aplicación a la figura de la reapertura, ya no será posible ordenar la realización de nueva investigación que permita deducir responsabilidad fiscal a cargo de los beneficiados con esa decisión.

Esta circunstancia sumada al objetivo perseguido con el grado de consulta permite concluir que aún en el evento en que la decisión de archivo sea parcial y, por ende, tan sólo favorezca a algunos de los procesados, será necesario agotar el trámite establecido en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, pues será la revisión que practique el superior jerárquico la que permitirá definir si la determinación se ha adoptado con el rigor requerido en una materia como ésta, que propende fundamentalmente por la adecuada protección de los recursos del erario y la debida aplicación de la normatividad.

Adicionalmente, obra a favor de esta posición el hecho de que la norma no hizo distinción en relación con la forma en que se debería producir el auto de archivo para calificar como procedente el grado de consulta.

Es necesario resaltar que en el reciente proyecto de ley sometido a la consideración del Congreso de la República por el Contralor General, se tiene previsto introducir una norma que aclare el procedimiento que debe observarse en el supuesto analizado y que acoge la solución planteada en este escrito en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 135. Grado de Consulta. *Se establece el grado de consulta en el efecto suspensivo en defensa del interés público. Procederá la consulta en todos los procedimientos que regula la presente ley cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando se produzca la cesación de la acción fiscal y el archivo del expediente. La decisión se consultará siempre que no sea apelada. Cuando en un mismo fallo se*

tomen decisiones diversas que impliquen apelación y consulta, se decidirán en la misma providencia.

Frente al fallo consultable, el funcionario que haya proferido la providencia deberá enviar el expediente a su superior funcional, según la estructura y manual de funciones del órgano de control, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su notificación siempre que no se haya interpuesto recursos. En el evento de interponerse recursos el expediente se remitirá dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de la providencia que resuelve la reposición.

Cuando en un mismo proceso se falle con responsabilidad frente a unos implicados y sin responsabilidad frente a otros, el expediente se enviará al superior una vez se haya notificado la decisión que resolvió la reposición o concedió la apelación o cuando se hayan vencido los términos para interponer recursos sin que estos se hayan presentado.

El superior resolverá dentro de los dos meses siguientes al recibo del expediente y su decisión se notificará por estado, contra esta decisión no proceda recurso alguno." - Resaltado y subrayado por fuera del texto-

Se reitera, desde el punto de vista teleológico si hubo algo que inspiró la adopción de la Ley 610 fue, entre otros aspectos, la salvaguarda de las decisiones adoptadas, dentro del criterio de defensa del interés público, sin que ello signifique que se esté presumiendo el buen o mal actuar de un funcionario o, de alguna manera, alguna especie de proclividad en el desarrollo de tales actuaciones. Simplemente que, como en toda consulta, es posible revisar una decisión que las culmina tanto si es favorable como si es desfavorable para el investigado y cuando se presentan ciertas y específicas circunstancias definidas por el legislador en atención a la naturaleza de la materia tratada.

Sólo resta puntualizar que en criterio de esta Oficina, para efectos de dar trámite al grado de consulta respecto de la parte del auto que decreta el archivo parcial se deberá dar aplicación al procedimiento establecido los incisos 2º y 3º del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, que establecen:

"[. . .] 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 consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso."

Lo anterior significa que proferida y notificada la decisión, el expediente deberá ser remitido al superior jerárquico o funcional a efecto de que se tramite el grado de consulta, a más tardar, dentro del mes siguiente a su recibo.

Ahora, si con ocasión a la notificación de la decisión se debe realizar alguna actuación, se entenderá que ésta ha quedado suspendida hasta cuando sea definida la consulta, para lo cual se podrá dar aplicación a lo establecido en el artículo 152 del Código de Procedimiento Penal que establece:

"Artículo 152.- Suspensión.- El desarrollo de una actuación procesal, se podrá suspender, cuando haya causa que lo justifique dejando la constancia y señalando el día y hora que deba continuar."

Lo anterior, en aplicación del artículo 66 de la Ley 610 de 2000 que en lo pertinente establece: *"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."*

Se estima conveniente que en caso de que la providencia mixta contenga decisión de imputación de responsabilidad fiscal, en el momento de remitirse el expediente se expida auto de trámite ordenando la suspensión del término de traslado hasta que se defina el grado de consulta y que, una vez ésta sea resuelta, se expida nuevo auto de trámite en el cual se ordene conceder el término de traslado indicando el día y hora a partir del cual éste se deberá empezar a contabilizar.

Atentamente,



AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica

CONSEJO DE ESTADO
Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Bogotá, D.C., agosto cuatro (4) de 2003

Radicación N. 1.497

RESPONSABILIDAD FISCAL. Resarcimiento por pérdida, daño o deterioro de bienes. Gestión fiscal. Grado de consulta. Actos que deben notificarse. Recursos.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del señor Contralor de Cundinamarca, formula consulta a la Sala en relación con el proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

"1. ¿ Cuando se trate de situaciones relacionadas con la pérdida, daño deterioro de bienes ocasionados por personas o servidores públicos que no desarrollan gestión fiscal, cual sería el procedimiento jurídico que debería aplicarse en esta situación dentro del contexto fiscal o disciplinario?

2. ¿ Como el artículo 7° de la ley 610 de 2000 establece la posibilidad que el resarcimiento de perjuicios a más de manejarse por el lado disciplinario, se pueda obtener dentro del proceso penal, específicamente con la constitución de parte civil, y en razón de no contemplarse en la actualidad dentro del Código Único Disciplinario como sanción accesoria, sería viable que en adelante se busque el resarcimiento del daño patrimonial únicamente dentro del proceso penal?

3. Como quiera que el artículo 18 de la ley 610 de 2000, que reglamenta el grado de consulta, precisa tres eventos en los cuales procede dicha figura, la cual decide en forma definitiva el proceso de responsabilidad fiscal, se pregunta: ¿ Procedería en un momento dado recurso contra el acto administrativo que decide el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal?, en razón a que de conformidad con el artículo 55 ibidem, la providencia que decide, se debe notificar en la forma y términos que establece el C.C.A. y contra ella proceden los recursos allí señalados.

4. ¿ Debe entenderse que la notificación únicamente operaría para el fallo con responsabilidad fiscal, dejando por fuera las situaciones que serian objeto de consulta y por ende, dejando sin posibilidad que los implicados hagan uso de los mecanismos de impugnación que establece el Código Contencioso Administrativo?

5. Cuando el artículo 55 hace alusión a la providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal ¿incluye el auto de archivo, el fallo con responsabilidad fiscal, el fallo sin responsabilidad fiscal y demás situaciones que decidan el fondo del proceso, como objeto de la diligencia de notificación, o solo hace referencia al fallo con responsabilidad fiscal?

6. La expresión dentro de los tres días siguientes a que se refiere el artículo 18 de la ley 610 de 2000 ¿cómo debe entenderse, dentro de los tres días siguientes al proferimiento del auto de archivo, del fallo sin responsabilidad fiscal o del fallo con responsabilidad fiscal estando el implicado asistido por un apoderado de oficio sin la posibilidad de interponer recursos contra esta decisión y limitado por ende su derecho de defensa?

7. O deberá entenderse ¿dentro de los tres días siguientes a **surtir los** trámites correspondientes de notificación y de términos para la interposición de los correspondientes recursos?, caso en el cual, ¿no procedería la consulta sino el estudio y decisión de los mecanismos de impugnación tal y como se presenta en la jurisdicción contencioso administrativa y **laboral, entre otras, bajo** ciertas situaciones muy **específicas**?

8. En aquellos procesos donde los implicados soliciten la determinación del detrimento patrimonial antes de proferirse el fallo con responsabilidad fiscal, ¿para efectos de resarcirlo se hace necesario efectuar la actualización de detrimento a la fecha de dicha solicitud de conformidad con la norma indicada?, o únicamente ¿la actualización de la

cuantía del daño procederá en aquellos procesos que se profiera (sic) fallo con responsabilidad fiscal?"

Señala respecto de la pérdida, daño o deterioro de bienes, que de conformidad con el artículo 7° de la ley 610 de 2000, sólo tiene cabida la responsabilidad fiscal cuando tenga relación directa con actos propios de la gestión fiscal y, en los demás eventos, opera como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles; mientras que

procedía como sanción accesoria a la principal a la luz de la ley 200 de 1995, la cual fue derogada por la ley 734 de 2002, que no consagró este tipo de sanción.

En relación con el grado de consulta, luego de precisar algunos aspectos sobre su trámite, los eventos en que procede según el artículo 18 de la ley 610 y la notificación de la providencia que decide el proceso de responsabilidad fiscal conforme al artículo 55 ibídem, señala que "en razón a que la ley 610 de 2000 no contempla normatividad sobre la procedencia de recurso alguno contra la providencia que decida el grado de consulta dentro de las actuaciones administrativas, en su artículo 66 determina la remisión a otras legislaciones empezando por el Código Contencioso Administrativo, normatividad que tampoco contempla recurso."

De otra parte, indica que el proceso de responsabilidad fiscal puede concluir deduciéndola o no, tal como se desprende de lo señalado en los artículos 52, 53 y 54 de la ley 610 de 2000 y al efecto cita la sentencia C-557 de 2001 de la Corte Constitucional.

Destaca que el artículo 53 ibídem - inciso segundo -, prevé que los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DAÑE para los periodos correspondientes.

La Sala considera

Marco constitucional y legal de la responsabilidad.- Los servidores públicos responden por infracción de la Constitución y de la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones '- art. 6° de la C. P. -, mecanismo de control destinado a evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público y el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren. El desconocimiento, culposo o doloso, de estas obligaciones, al desbordar el ordenamiento jurídico, puede generar responsabilidad penal, fiscal, patrimonial y disciplinaria. Los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado, conforme al artículo 267 ibídem, también responden fiscalmente.

El marco de la responsabilidad es amplio pues, además del principio consagrado en el artículo 6° constitucional, corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva ² (art. 124); "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste" (art. 90 ³); "cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad

' "Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de la autorización legal (..) Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta corporación no puede soslayar, no sólo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que hacer para consagrarla efectivamente en los

textos constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para la claridad en los actos que realicen los que detentan el poder público en sus diversas ramas." Sentencia C-337 de 1993 de la Corte Constitucional.

² El artículo 91 constitucional señala: "En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta."

³ Por su parte, el artículo 78 del C.C.A. precisa que "Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere." La acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución está desarrollada en la ley 678 de 2001 como una "acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culpable haya dado (sic) reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto" - art. 2° -. En sentencia C- 430 de 2000 la Corte Constitucional, señaló que el artículo 78 es acorde con el artículo 90 de la Constitución de 1991. En el mismo sentido el artículo 79 ibidem contempla que "Las entidades públicas podrán hacer efectivos los créditos a su favor en todos los casos a que se refieren las disposiciones anteriores por jurisdicción coactiva y los particulares por medio de la jurisdicción ordinaria."

competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas" (art. 92); "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (art. 121). "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...) Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (...) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas" (122), y "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio" (123).

Dentro de este marco, una misma conducta de un servidor público puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad ⁴: la fiscal, derivada del ejercicio de esta actividad - gestión fiscal - que tiene su fundamento en los artículos 268.5 y en la ley 610 de 2000, o la no fiscal - eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes, sin desarrollo de gestión fiscal -, la cual se concreta por la comisión de hechos punibles - mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, arts. 7° y 65 de la ley 610 - o mediante la acción de reparación directa - art. 86 C.C.A. -, con sustento en el art. 2341 del C.C. - por responsabilidad patrimonial - en defecto de la anterior y siempre que no se haya exonerado en el proceso penal al servidor.

Sin perjuicio de lo anterior, toda conducta relacionada con el posible detrimento de los bienes públicos, puede originar acción disciplinaria o penal, en el primer caso no procede el resarcimiento directo de perjuicios, mientras que en el segundo, podrá obtenerse mediante la constitución de parte civil.

Estas responsabilidades no resultan excluyentes, en el sentido de que si bien el artículo 124 de la Carta defiere al legislador la facultad de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, mandato que podría llevar a considerar exigible sólo la responsabilidad prevista en el inciso 2° del artículo 7° de la ley 610 - la civil dentro del proceso penal -, nada impide que aún sin existir punible perseguible, frente al daño ocasionado por el servidor, éste responda también conforme a las normas del artículo 6° de la C. P. y del Código Civil - art. 2341 -, en la misma forma como lo hacen los particulares, tal como se explicará más adelante.

Control y gestión fiscal. Responsabilidad fiscal.- El control fiscal es una función

pública que tiene por objeto la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, ejercida por la Contraloría General de la República⁵, las contralorías territoriales y la Auditoría General, que se ⁴ Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C 832 de 2002, precisó : "Resulta evidente además que el legislador en este caso no tomó en cuenta al expedir la norma acusada que en la medida en que la acción penal y la acción fiscal responden a objetivos diferentes y que los bienes jurídicos protegidos en cada caso son distintos, bien puede suceder que ante los mismos hechos, el resultado en cada caso de los procesos que se inicien sea diferente, sin que, como lo recuerda acertadamente el señor Fiscal General de la Nación, ello signifique la vulneración de la ley o que se pueda presumir que los responsables de cada proceso hayan obrado en contra de la misma."

El artículo 119 constitucional señala que "La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración". En la Asamblea Nacional Constituyente. Informe - ponencia se precisó que "...la función fiscalizadora es de interés primordial del cumple mediante el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley (art. 267 de la C.P.).

Para el cumplimiento de esta función, se asigna a los organismos de control la atribución de establecer **la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal**, imponer las sanciones que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma (art. 268.5 de la C.P.).

Para deducir responsabilidad fiscal, es preciso que la conducta reprobable se haya cometido en ejercicio de la gestión fiscal, definida en el artículo 3° de la ley 610 de 2000 así:

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

De ésta definición legal de gestión fiscal⁶, armonizada con las disposiciones siguientes de la ley 610 y dada su inescindible interrelación, se desprenden múltiples consecuencias: determina el objeto de la gestión; se tiene en cuenta para establecer el Estado, en cuanto tiene que ver con el correcto manejo de las finanzas públicas que son objeto de su atención. Los caudales o recursos que tienen las actividades gubernamentales provienen del pueblo y a él deben revertir en forma de servicios. (...) la contraloría representa a la sociedad en cuanto que es ella la titular de sus finanzas en último término, pues en principio lo son del estado. Vela porque los recursos que le proporciona al Estado estén correctamente manejados". (Gaceta Constitucional 59, jueves 25 de abril de 1991)

Sobre el concepto de gestión fiscal, esta Sala expresó en la Radicación No 848 de 1996 : "Gestión fiscal es, entonces, el conjunto de actividades económico jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo, o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de éste y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado. Dentro del género de entidades públicas queda comprendido el Banco de la República." Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C- 529 de 1993 señala: "...el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus

diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. "Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un periodo determinado, las nietas y propósitos inmediatos de la administración (Ley 42 de 1993. arts. 8° a 13)".

alcance, objeto y elementos de la responsabilidad fiscal, esto es, el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal (arts. 4° y 5°), así como la causación de un daño patrimonial al Estado producida por una **gestión fiscal** antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna (art. 6°).

Así mismo, sirve para estructurar el concepto de proceso de responsabilidad fiscal, entendido 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 ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta** causen, por acción u omisión, un daño al patrimonio del Estado (art. 1°).⁸

La acción fiscal cesará cuando se demuestre que el hecho no comporta el ejercicio de gestión fiscal y, por tanto resulta procedente dictar auto de archivo del proceso de responsabilidad fiscal (arts. 16 y 47); sin embargo, de existir efectiva lesión al patrimonio del Estado, habrá lugar a exigir la correspondiente responsabilidad patrimonial por otra vía, como se verá más adelante.

En consecuencia, se deduce responsabilidad fiscal por la afectación del patrimonio público en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos o los particulares que administren o manejen bienes o recursos públicos. Al respecto la Corte Constitucional, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1°⁹ de la ley 610, señaló:

⁷ Sent. C- 840/01: "...el circuito de la gestión fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado. Criterios éstos que en lo pertinente cobijan a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado (...) Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente."

Sent. C- 840/01: "Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos Op. CU. SU 620 de 1996. (...) la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de

cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso." // V. sent. C-477/01.

⁹ "Artículo 1°. El proceso de responsabilidad fiscal es 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." (El aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible en la sentencia C- 840/011 "El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo

de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.

De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de la tipicidad de la infracción. De suerte tal que sólo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado.

Una interpretación distinta a la aquí planteada conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidades que informan la gestión fiscal y sus cometidos institucionales.

Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.

En concordancia con estos lineamientos estipula el artículo 7 de la ley 610:

"(...) 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 a manera de presupuesto el artículo 5 de esta ley contempla como uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal, "la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal". (Resalta la Sala).

Pérdida, daño o deterioro de bienes, ocasionado por personas o servidores públicos en ejercicio o no de gestión fiscal.- El legislador- art. 7° de la ley 610 de 2000 – como consecuencia de la necesaria conexidad de la responsabilidad fiscal por el daño patrimonial al Estado en ejercicio de gestión fiscal, dispuso que en caso de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural sufrido por las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, "únicamente procede la derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables".

Cuando esta relación no está presente - el daño se produce en actividades distintas de la gestión fiscal -, las situaciones que pueden presentarse son las siguientes:

A) Existencia de daños jurídicos.- Ocurre cuando a pesar de existir un deterioro o pérdida, ésta se encuentra regulada como aceptable, normal u ordinaria dentro de la actividad del servidor público, tal como los que suceden "por desgaste natural" (art. 7°, ley 610 de 2000), evento en el cual no existe responsabilidad alguna a cargo de este por falta del elemento "daño antijurídico", quedándole al Estado solamente el derecho a obtener, si fuere el caso, la restitución de la cosa en el estado en que hubiere quedado, aún cuando sea inservible. Ello suele ocurrir con los bienes de consumo o de dotación entregados a los servidores: los primeros se consumen y desaparecen (como acontece con la papelería utilizada regularmente), los segundos se deterioran y pueden volverse inservibles (muebles y equipo de oficina). El daño también tiene el carácter de jurídico cuando los deterioros se producen por el riesgo normal a que se encuentran sometidos determinados equipos eléctricos o electrónicos por efecto de su "normal uso" (máquinas eléctricas, computadores, celulares, etc.).

B) Daño no imputable a actividad antijurídica.- Se presenta cuando el deterioro o pérdida obedece a la intervención de hechos de la naturaleza, como sucede con el acaecimiento de terremotos o incendios fortuitos, casos en los cuales tampoco hay responsabilidad del servidor y, por lo tanto, el Estado también carece de facultad para reclamar indemnización de perjuicios. Algo similar acontece cuando el deterioro o pérdida no le es imputable al servidor que tiene a su cargo el bien sino a otro servidor o a un tercero, como cuando la pérdida obedece a un hurto simple o calificado por parte de estos últimos. En estas hipótesis, el tercero, por su intervención, exonera de responsabilidad al servidor y se hace responsable frente al Estado. Este, a su vez, debe formular las denuncias policivas (si se trata de contravenciones, extravíos, etc.) o penales (si se está en presencia, por ej., de hurto simple o calificado), sin perjuicio de las obligaciones del servidor al respecto.

C) Daño antijurídico por conducta constitutiva de eventual falta disciplinaria.- En tal caso, si bien puede existir una eventual falta disciplinaria, cuando por mal uso o maltrato de los bienes asignados al servidor, estos se deterioran o dañan con violación del deber legal de conservación y destinación, no es menos cierto, que dentro de esa responsabilidad no está comprendido el resarcimiento de perjuicios, aunque indirectamente puede dar lugar a que voluntariamente el disciplinado haga la restitución, devolución o reparación para ejecutar o reducir las consecuencias disciplinarias consiguientes.

Al efecto, es aconsejable acudir a los antecedentes de la ley 610 de 2000 - art. 7° -.

En la ponencia aprobada en la Cámara en segundo debate del proyecto de ley que se convertiría en la ley 610, se hicieron precisiones en relación con las consecuencias resarcitorias derivadas de la responsabilidad disciplinaria :

"Lo anterior implica una distinción entre el desempeño como servidor público en ejercicio de la función pública y el manejo de los recursos del Estado con ocasión de la gestión

fiscal, de manera que no todo daño de contenido patrimonial a las entidades públicas implica derivación de responsabilidad fiscal, pues no toda actuación del funcionario que afecte el patrimonio público comporta el desarrollo de gestión fiscal.

Ello no implica que tales afectaciones económicas no puedan ser resarcidas, pues si ellas devienen de faltas a los deberes propios del desempeño como servidor público o de la comisión de hechos punibles, puede obtenerse su reparación como sanción accesoria a la principal que se imponga en los procesos disciplinarios o como indemnización por el delito cometido en los procesos penales.

- Reconocimiento del carácter resarcitorio y administrativo del proceso, lo cual significa, de una parte, que, si bien la responsabilidad es personal y subjetiva, la misma no tiene un carácter sancionatorio, y en tal virtud la muerte del implicado antes del fallo no le pone fin al proceso (...)¹¹⁾

Gaceta del Congreso No. 299 de 1998.// En la ponencia para primer debate del mismo proyecto - Senado, se dijo: "La naturaleza y objetivos del proceso de responsabilidad fiscal adoptado en el Proyecto de ley en estudio responde a la estricta observancia de los elementos fundantes de la legítima acción permitida al Estado para la protección de sus bienes y de las garantías procesales que deben observarse en la actuación administrativa de control a quienes resultaren implicados en acciones que por su gestión fiscal irregular, causen perjuicios al patrimonio público." - Gaceta del Congreso No. 75/99, p. 7. se explicitaron las razones que llevaron a excluir del ordenamiento jurídico ninguna sanción accesoria¹².

En consecuencia, la sola referencia que hace el artículo 7° de la ley 610 al resarcimiento de los perjuicios mediante la imposición en el proceso disciplinario de sanción accesoria a la principal no basta para entender vigente tal pena con los fines indicados, pues el Código Disciplinario Único - ley 734 de 2002 - regula esta materia de manera íntegra y, por lo tanto, el artículo 7° debe entenderse derogado tácitamente en este aparte.

No obstante, como criterio para la graduación de la sanción en el artículo 47 ibidem se consagra "f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso...".

Puede afirmarse, entonces, que como consecuencia de la desaparición de la sanción accesoria en el nuevo Código Único Disciplinario, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario por la pérdida, daño o deterioro de bienes, por vía disciplinaria, sólo procede mediante la devolución, reparación o restitución voluntaria del bien - no a título de sanción - que realice el servidor público, lo cual produce efectos en la graduación de la sanción.¹³

D) Daño antijurídico ocasionado al Estado por el servidor o exservidor público.-
En este caso, la responsabilidad en que incurre el servidor o exservidor público es especial porque la asume el patrimonio particular de esta persona, no frente a un particular sino al Estado. Sin embargo, la exigibilidad de dicha responsabilidad varía según que el hecho dañoso sea un delito o un ilícito administrativo.

"En la exposición de motivos que fuera presentada por el entonces Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuellar para reformar el Código Único Disciplinario, se expuso: "el proyecto conserva la clasificación de las faltas en gravísimas, graves y leves, pero modifica las sanciones imponibles en cada categoría (...) El sistema propuesto, a diferencia del actual, en la determinación de la sanción tiene en cuenta el grado de culpabilidad del autor al cometer la falta, que constituye otra aplicación de la proporcionalidad que debe existir entre conducta y sanción..." (Gaceta del Congreso No. 304 de 1999). En la ponencia para segundo debate al pliego de modificaciones al proyecto de ley No. 129 de 2000 Cámara y 19 de 2000 Senado, Código Disciplinario Único, se dijo: "Así mismo, se plasmó como principio rector de la función propia de la sanción administrativa disciplinaria, que es de naturaleza preventiva y correctiva, y

mediante la cual se garantiza la efectividad de los principios y fines constitucionales y legales que deben observarse al ejercer la función pública. (...) 3. Carácter garantista de la ley disciplinaria. Dada su naturaleza sancionatoria, el derecho disciplinario debe respetar plenamente las garantías propias del derecho punitivo (...).(Gaceta del Congreso No. 626 de 2001). "5- Lo anterior no obsta para señalar que en materia del proceso de responsabilidad fiscal, como lo plantea el señor Contralor General en su escrito petitorio de selección de la tutela para revisión, es preciso distinguir para efectos de la caducidad de la acción fiscal, que uno es el proceso que se dirige contra la persona encargada del recaudo, manejo o inversión de dineros públicos o de la administración de bienes del Estado, que por su acción u omisión asumió una conducta contraria a la ley, para determinar su responsabilidad, y eventualmente, según el fallo que se profiera, imponerle la respectiva sanción. En este caso, el proceso fiscal, como lo señaló la Corte en la sentencia C-046 de 1994, tiene establecido un término de caducidad. Y otro, es el proceso que se sigue para la recuperación los bienes fiscales o de uso público, los que de conformidad con lo establecido por el artículo 63 de la Constitución Política, son imprescriptibles. En este caso, como lo señala el parágrafo 1° del artículo 44 de la ley 446 de 1998, cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables, la acción no caducará." Sent. T- 973/99.

a) Daño antijurídico causado por un delito.- Para que el resarcimiento de tales perjuicios se obtenga como consecuencia de la responsabilidad civil originada en la comisión de delitos tipificados en la legislación penal, para cuyo efecto la ley impone la obligación a las personas jurídicas de derecho público de constituirse en parte civil en todos los procesos por delitos contra la administración pública ¹⁴ (art. 36 ley 190/95) y, si se incumpliere tal deber legal, podrán intentar la demanda de constitución de parte civil las contralorías, en especial si se trata de los punibles de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contratos celebrados sin requisitos legales o de delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, conforme lo prevé el artículo 65 de la ley 610 de 2000.

La Sala precisa que en el evento del ejercicio de la gestión fiscal, la comprobación de responsabilidad fiscal' debe lograrse mediante la iniciación y agotamiento del proceso de responsabilidad propio de tal actividad, sin perjuicio de la que pudiera derivarse por la comisión de hechos punibles o faltas disciplinarias o, en su caso, de la responsabilidad civil deducible en el proceso penal, en los términos del artículo 65 en cita. Debe quedar claro que "la responsabilidad fiscal es tan sólo una 'especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público.'" (Sent. C-619/02)°

b) Daño ocasionado por un hecho ilícito administrativo.- Ahora, si se ocasiona un daño patrimonial al Estado por un servidor o exservidor público o por un particular en ejercicio de funciones públicas sin que medie gestión fiscal, no resulta procedente considerar que estén exonerados de responsabilidad y, por tanto, de resarcir los perjuicios causados al erario, pues en desarrollo del principio constitucional de responsabilidad al que se encuentran sujetos los servidores públicos y los particulares

¹⁴ Artículo 137 C. de P. P. : "Definición. Con la finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, el perjudicado o sus sucesores, a través de abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal.

En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada. Si el representante legal de esta última fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las contralorías territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil en forma prevalente y desplazar la constituida por las entidades

mencionadas.

Cuando la perjudicada sea la Fiscalía General de la Nación, estará a cargo del director ejecutivo de la administración judicial o por el apoderado especial que designe."

La Corte Constitucional en Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002 declaró exequible "en relación con los cargos estudiados, el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia en los términos de la presente sentencia" y exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000. La parte resaltada me declarada inexecutable, en la misma sentencia. // Ley 42 de 1993. Delitos contra los intereses patrimoniales del Estado. // "Artículo 87.—Los contralores, por si mismos o por medio de sus abogados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos contra intereses patrimoniales del Estado y sus conexos, o comunicarán a la respectiva entidad para que asuma esta responsabilidad.

Las entidades que se constituyan en parte civil informarán a las contralorías respectivas de su gestión y resultados. // Par. La parte civil, al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva, no deberá prestar caución."

Autónoma e independiente, deducible sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidades (art. 4° inciso 1° ley 610/00). ¹⁶ Ver Sent. C- 620/96.

mencionados, no sólo por infracción de la Constitución - art. 6° - y la ley, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones - cuya aplicación no se restringe al perjuicio causado en ejercicio de gestión fiscal - el deterioro o pérdida de los bienes públicos ha de ser resarcidos por quien causa el daño, de forma independiente a si

cumple o no una determinada actividad gestora¹⁷, todo sin perjuicio de las consecuencias disciplinarias - ley 734/02 - o penales que puedan derivarse de la conducta lesiva - arts. 7° y 65 ley 610 -. Tal como lo expresa la Corte Constitucional, "...el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado no es otro que el de garantizar el patrimonio económico estatal, el cual -lo ha dicho esta Corte- debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar "la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho - Sentencia C-832/2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil -, en los términos de lo estatuido por los artículos 2° y 209 de la Constitución Política". (Sent. C- 619/02)

En efecto, en relación con la responsabilidad del servidor público que ocasiona un daño a los bienes públicos sin estar en desarrollo de gestión fiscal, ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia C- 840 de 2001:

(i) "Para una mayor ilustración conviene registrar -dentro de un horizonte mucho más amplio- que los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas. De suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, tanto en la arena de la gestión fiscal como fuera de ella. Así por ejemplo, el daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuesta! ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribamiento culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo patente además que para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal. (...)

(li) La definición del daño patrimonial al Estado no invalida ni distorsiona el bloque de competencias administrativas o judiciales que la Constitución y la ley han previsto taxativamente en desarrollo de los ¹⁷ Sent. C-840/01: Tanto en ejercicio de gestión fiscal

como en ausencia de ella, resulta válida la siguiente conclusión de la Corte Constitucional : "...en datándose de responsabilidad fiscal resultaría impropio situarse en los dominios del artículo 90 Superior, pues, sencillamente, en tal hipótesis fiscal el Estado es justamente el extremo afectado, como que el Tesoro Público sufre los quebrantos causados por la conducta irregular de quienes ejercen gestión fiscal, sean éstos servidores públicos o particulares. Circunstancia pasiva que se hace aún mas palmaria si se tiene en cuenta que en el evento de la responsabilidad fiscal el Estado no debe hacer erogación alguna, por el contrario, el resarcimiento pecuniario corre a su favor, siendo por ende impensable cualquier acción de repetición contra funcionario alguno. Lo cual se refuerza al recordar que no toda conducta de un servidor público vincula a la Administración." (Resalta la Sala)

principios de legalidad y debido proceso. Por lo mismo, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o participe del daño al patrimonio público no tiene poder ; jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal".

Además, en este sentido ha dicho la jurisprudencia y la doctrina que " toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a la que lo restrinja"¹⁸

En particular, en tomo a la responsabilidad patrimonial, señala el artículo 2341 del Código Civil que " El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido."

Al respecto Arturo Valencia Zea expone que "La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha causado un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta relación de hecho, o sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por este motivo se

advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por tanto, es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro (...)"¹⁹

Así, el artículo 86 del C.C.A., - modificado por el artículo 31 de la ley 446/98 - diferencia la acción de reparación directa, mediante la cual la persona interesada puede demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa, sin consideración al cumplimiento o no de gestión fiscal, de la que "Las entidades públicas deberán promover (...) cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública". El artículo 149 del C.C.A., modificado por la ley 446 de 1998, art. 49, dispone que "las entidades públicas podrán obrar como demandantes en los procesos contenciosos administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en éste código si las circunstancias lo ameritan".

Ello significa que si el Estado puede incoar la acción consagrada en el artículo 86 cuando ha sido condenado patrimonialmente como consecuencia de una conducta dolosa ¹⁸ Arturo Alessandri Rodríguez, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, tomo I, pág. 211, en Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 6 de mayo de 1993, Exp. 7428. ¹⁹ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. Tomo III, pág. 202.

o gravemente culposa de uno de sus agentes - caso en el cual podrá intentar la acción de repetición contra el servidor o exservidor - o si resulta perjudicado por la actuación de

un particular, por fuera de la órbita de la gestión fiscal o sin que su conducta constituya delito, con mayor razón podrá hacerlo cuando sufre un detrimento patrimonial, por la acción u omisión de un servidor o exservidor público. Esta conclusión se refuerza al comprobar que estos agentes al lesionar el patrimonio público, se separan de las condiciones previstas por el legislador para el ejercicio de la función pública y caen en el campo de la actividad de los particulares, razón por la cual les es exigible – como mínimo - la responsabilidad propia de estos para efectos patrimoniales.

En este sentido la Corte en la sentencia C- 619 de 2002 precisó :

"No obstante, los agentes estatales que no cumplen gestión fiscal, si bien no manejan directamente recursos estatales, también se hallan en el deber de proceder con estricto apego al principio de legalidad que rige sus actos y por ello, al apartarse de esa directriz, **pueden también incurrir en responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial.** Si ello es así, no hay motivos para que la ley establezca un régimen de responsabilidad fiscal y patrimonial con distintos fundamentos de imputación." (Destaca la Sala de Consulta) (...)

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutoria de esta Sentencia."

Los elementos genéricos que estructuran la responsabilidad, a saber: a) acción u omisión de carácter culposos o doloso, imputable al servidor o exservidor público en ejercicio o con ocasión del ejercicio de un cargo b) un daño, en el evento de la consulta, la pérdida o deterioro de un bien perteneciente a la entidad pública que sufre el perjuicio causado por el servidor o exservidor público; y c) un nexo de causalidad entre el hecho del servidor o exservidor público y el perjuicio causado a la administración, tienen plena aplicación, así no exista de por medio gestión fiscal.²⁰

Los criterios expuestos por la Corte en la sentencia C- 619/02, son aplicables - *mutatis mutandi* - a la responsabilidad patrimonial del servidor o exservidor que no ejerce función fiscal : "6.8. Téngase en cuenta que ambas modalidades de responsabilidad - la patrimonial como la fiscal- tienen el mismo principio o razón jurídica: la protección del patrimonio económico del Estado. En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable) sino eminentemente reparatoria o resarcitoria, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los

De esta manera se deduce que el Estado puede obtener el resarcimiento de los perjuicios causados por el servidor público que no cumple gestión fiscal, mediante la acción de reparación directa, incoada ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de la aplicación de las pólizas de seguro que deben amparar **los bienes del Estado**, conforme lo prevé el artículo 107 de la ley 42 de 1993.

Finalmente, es necesario precisar que conforme a lo señalado por la Corte Constitucional, "...un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta **leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial**". - Sent. C- 619/02 -.

El grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal. Notificaciones y recursos. Como ya se señaló, el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías tendientes a determinar la

responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando se cause un daño patrimonial al Estado, en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, proceso que tiene naturaleza administrativa, resarcitoria y patrimonial, al cual se aplican las garantías constitucionales y legales del debido proceso, principalmente las relativas a la competencia, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa para ser oído e intervenir en el proceso, presentar y controvertir pruebas e interponer recursos y el derecho a que se sigan las formas propias del proceso sin dilaciones injustificadas y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (art. 29 de la C.P.)²¹.

El legislador regula el proceso de responsabilidad fiscal²² en la ley 610 de 2000 y en ella se establece una etapa previa de indagación preliminar cuando no existe certeza sobre la mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C- 840/2001-. Diferencias éstas que, además, tan sólo se orientan a imprimirle eficiencia a la actividad del Estado en lo que corresponde a la preservación de los bienes y recursos públicos, pero que no alteran el fundamento unitario que reside en un principio constitucional el cual es común e indivisible a ambas modalidades de responsabilidad: la garantía del patrimonio económico del Estado." // El fundamento de la responsabilidad para el caso sigue siendo de naturaleza constitucional: arts. 2° y 6°.

²¹ Ver sentencias de la Corte Constitucional SU- 620 de 1996 y C-540 de 1997.

²² La Corte Constitucional en la sentencia C-477/01 resume el proceso en los siguientes términos: "a. El proceso puede iniciarse de oficio por las propias contralorías, a solicitud de las entidades vigiladas, o por denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, especialmente por las veedurías ciudadanas. (Artículo 9°). b. Antes de abrirse formalmente el proceso, si no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por el término de seis (6) meses, al cabo de los cuales procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 39). c. Cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 40)

Una vez abierto el proceso, en cualquier momento podrán decretarse medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables. (Artículo 12) d.En el auto de apertura del proceso, entre otros asuntos, deberán identificarse la entidad afectada y los presuntos responsables, y determinarse el daño patrimonial y la estimación de su cuantía. Dicho auto, además, debe contener el decreto de las pruebas que se estimen conducentes y pertinentes, el decreto de las medidas cautelares que deberán practicarse antes de la notificación, y la orden de practicar después de ellas, la notificación respectiva. (Artículo 41) e. Como garantía de la defensa del implicado, el artículo 42 prescribe que quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal en su contra, antes de que se le ocurra el hecho, la causación del daño patrimonial, la determinación de los presuntos responsables, la entidad afectada, cumplida la cual solo procede el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad (art. 39).

Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o de la vigilancia y control se establezca la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles responsables, se ordenará la apertura formal del proceso de responsabilidad fiscal (art. 40). Si por el contrario, se prueba que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, debe proferirse auto de archivo , así como cuando se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la existencia de una causal excluyente de responsabilidad o la existencia de caducidad o prescripción de la acción (art. 47).

Así mismo, procede el fallo con responsabilidad fiscal cuando en el proceso obra prueba de la certeza de la existencia del daño patrimonial y de su cuantificación, de su individualización y de la relación de causalidad entre el agente y el daño al erario y, como consecuencia se establece la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable (art. 53 ²⁴). Por el contrario, cuando se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad, el funcionario debe proferir fallo sin responsabilidad (art. 54).

formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, tiene el derecho de solicitar que se le reciba exposición libre y espontánea. De todas maneras, no puede proferirse el referido auto de imputación, si el presunto responsable no ha sido previamente escuchado, f. Si el imputado no puede ser localizado o si citado no comparece, se le debe nombrar un apoderado de oficio con quien se continúa el trámite. (Artículo 43). g. El término para adelantar estas diligencias es de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal. Notificado a los presuntos responsables el auto de imputación, se les correrá traslado por el término de diez (10) días a fin de que presenten los argumentos de su defensa, y soliciten y aporten las pruebas que pretendan hacer valer, (Artículos 45 a 50). li. Vencido el término del traslado anterior, se debe dictar el auto que decreta las pruebas solicitadas, o las que de oficio se encuentren conducentes y pertinentes. El término probatorio no podrá ser superior a treinta (30) días; contra el auto que realicen pruebas proceden los recursos de reposición y apelación. (Artículo 51). i. De conformidad con lo prescrito por el artículo 52, "vencido el término del traslado, y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, llamada fallo, con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días. j. En los términos del 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 (...)"

" En la sentencia C-840/01 la Corte Constitucional señala: "Siendo del caso enfatizar desde ahora que, con arreglo a la nueva preceptiva legal el proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente a partir de la expedición del auto de apertura (art. 40 ib.) Por contraste, la indagación preliminar, si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte del mismo. Tanto es así que en los casos en que a través de la indagación preliminar no se logren verificar los aspectos señalados por el artículo 39 de la ley 610 dentro del término de 6 meses, se deberá concluir con un auto de archivo. Vale decir, en tales hipótesis no existirá proceso de responsabilidad fiscal, ya que su presencia se anuncia sólo a partir del auto de apertura. En consonancia con esto el artículo 9 de la misma ley sitúa la fecha de este auto como el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal. Así, pues. hoy nos hallamos ante una regulación que presenta un estructura temática y procedimental mucho más garantista del debido proceso, sin que ello obste para que los ciudadanos puedan instaurar las correspondientes demandas en acción de inconstitucionalidad."

²⁴ Sent. 619/02: declaró inexecutable el vocable "leve" que aparecía en esta norma.

Una vez resuelto el proceso debe procederse a la notificación, conforme lo prevé el artículo 55:

"Notificación del fallo.- 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."

La Corte Constitucional precisa el contenido de esta disposición en la sentencia C-183 de 2002, así:

"Ese enunciado normativo contiene dos normas jurídicas: a. La notificación, en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo, de la providencia que decide el proceso de responsabilidad fiscal

b. La procedencia, contra esa providencia, de los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo, interpuestos y sustentados por quienes tengan interés jurídico y ante los funcionarios competentes.

Ese es el entendimiento de la disposición acusada pues así se infiere tanto de su tenor literal como del contexto de la ley de la que hace parte y de la materia regulada.

En cuanto al tenor literal, el adverbio "a/" contenido en el enunciado remite al estatuto procesal que en él acaba de citarse y que debe aplicarse en materia de notificaciones y no a la providencia de cuya notificación se trata.

En cuanto al contexto de la Ley 610 de 2000, hay que indicar que en ella se advierten múltiples referencias que corroboran la procedencia, contra la providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal, de los recursos señalados en el Código Contencioso Administrativo. Así ocurre con la alusión a la ejecutoria de las providencias que ponen fin al proceso de responsabilidad fiscal, al trámite de la segunda instancia, a la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa del acto administrativo en firme con el que termina la actuación y al conocimiento de los contralores, como funcionarios de segunda instancia, de la apelación interpuesta contra los actos proferidos por los delegatarios - Artículos 56, 57, 59 y 64 de la Ley 610-.

Y en cuanto a la materia regulada, no debe perderse de vista que el proceso de responsabilidad fiscal es una actuación administrativa que también se rige por los contenidos sustanciales y procesales del derecho fundamental al debido proceso, uno de los cuales es la segunda instancia."

De lo anterior resulta claro para la Sala que todos los actos administrativos mediante los cuales se resuelva el proceso de responsabilidad fiscal, entendiéndose 'por tales aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o los de trámite que hacen imposible continuar la actuación administrativa , en armonía con el artículo 50 del

²⁵ La ley 610 enumera los actos administrativos de trámite respecto de los cuales proceden recursos por la vía gubernativa y deben ser notificados.

Código Contencioso Administrativo - aplicable al proceso de responsabilidad fiscal por remisión del artículo 66 de la ley 610²⁵-, deben ser notificados en la forma y términos allí previstos para que produzca efectos la decisión adoptada (art. 48 del C.C.A.) y para garantizar el derecho de defensa mediante la interposición de los recursos legalmente procedentes, esto es, el de reposición, apelación y queja (art. 50).

En consecuencia deben notificarse tanto el acto mediante el cual se establece la responsabilidad fiscal como el fallo sin responsabilidad fiscal, incluso el auto de archivo proferido antes de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, en consideración a la remisión a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo prevista en el artículo 66 de la ley 610 de 2000, "

De otra parte, el artículo 18 ibidem ha previsto el grado de consulta en los siguientes términos:

"Artículo 18. Grado de consulta. 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.

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 fiscalizados

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".

Mediante esta figura se otorga competencia al superior del funcionario para revisar oficiosamente los actos administrativos por los cuales se ha resuelto definitivamente la actuación administrativa o han hecho imposible continuar su trámite. El objeto de la consulta, precisamente, es lograr que tales decisiones definitivas sean revisadas, en el evento en que contra ellas no se interponga en tiempo el recurso de apelación, como ocurre con el grado jurisdiccional regulado por el artículo 184 del C.C.A.

"En relación con esta norma en el informe de ponencia de la ley 610 para primer debate en la Cámara se precisó: "En consideración al reconocimiento de la connotación administrativa que tiene el proceso de responsabilidad fiscal, para determinar la fuente jurídica aplicable en los eventos no previstos por la ley. Se propone establecer un orden de precedencia que sitúe en primer lugar al Código Contencioso Administrativo, luego al Código de Procedimiento Civil, por la remisión que aquél estatuto efectúa a éste para llenar sus propios vacíos, y por último al Código de Procedimiento Penal, condicionando en todo caso la aplicación subsidiaria de tales normas a su compatibilidad con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal." (Gaceta del Congreso No. 257 de 1998, páginas 5 y 6.)²⁷ En la sentencia C- 557/01 la Corte señaló que "aunque los artículos que regulaban el proceso de responsabilidad fiscal de la Ley 42 de 1993 no lo ordenaran expresamente, era forzoso notificar al presunto responsable el auto de apertura de investigación".

En consecuencia, la decisión que resuelve la consulta, si bien requiere de notificación para que ésta produzca efectos, no es susceptible de recursos, porque la decisión definitiva ya ha sido tomada dentro de la actuación administrativa y la cual es justamente materia del grado de consulta.

No resulta acertado interpretar que la procedencia del grado de consulta, en los términos expresados, interfiera con el derecho de impugnación mediante la interposición de los recursos ordinarios, en consideración a que las normas generales relativas a las notificaciones por la vía gubernativa son aplicables al proceso fiscal por remisión que hacen al efecto los artículos 55 y 66 de la ley 610 en armonía con el 184 del C.C.A., de manera que en el caso de ser interpuesto oportunamente el recurso de apelación habrá lugar a tramitarlo, dado que su finalidad es la misma de la consulta - la revisión de la decisión definitiva por el superior - y, por lo tanto el grado de consulta resulta improcedente, a menos que la apelación tenga un alcance ajeno a la materia propia de la consulta, caso en el cual, al entenderse la apelación interpuesta en lo desfavorable al apelante, situación que impide al superior enmendar la providencia en lo que no fue objeto del recurso - principio de no reformatio in pejus art. 357 C.P.C. aplicable por remisión del 66 de la ley 610 -, debe considerarse que no se suspende la competencia del superior para resolver la consulta, pues de no tramitarse ésta última se burlaría el objetivo previsto por el legislador de obtener la revisión de tales decisiones por el superior. En consecuencia, sin perjuicio del carácter subsidiario de la consulta, la administración conserva la competencia para conocer de todo aquello que no sea materia de apelación.

La contabilización del término de los tres (3) días siguientes al acto definitivo para el envío al superior del expediente para tramitar el grado de consulta, ha de entenderse con posterioridad a la ejecutoria, conforme a los artículos 18 y 55 de la ley 610 y al artículo 48 del C.C.A., pues no de otra forma la decisión produce efectos, sin perjuicio de la interposición de los recursos.

Determinación del detrimento patrimonial. La responsabilidad fiscal se configura cuando concurren una conducta dolosa o culposa atribuible a un servidor público o particular en ejercicio de gestión fiscal o con ocasión de ella, un daño patrimonial al Estado y el nexo causal de estos extremos, elementos que dan lugar - de ser ella concretada - al nacimiento de la obligación de reparación o resarcimiento mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por el Estado (

arts. 4° y 5° ley 610/00).

En otros términos, el resarcimiento del perjuicio supone la configuración de la responsabilidad, de manera que la procedencia del auto de archivo a que se refiere el artículo 47, cuando se acredita el resarcimiento pleno del perjuicio, implica necesariamente que se ha producido un fallo con responsabilidad fiscal y por ello el artículo 53 de la ley 610 impone la obligación al funcionario competente de determinar en él, en forma precisa, la cuantía del daño causado, actualizado a' valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DAÑE para los periodos correspondientes.

La Sala responde

1. y 2. El resarcimiento de perjuicios por la pérdida, daño o deterioro de bienes del Estado, causados por servidores públicos o personas que no desarrollan gestión fiscal, ha de obtenerse dentro del proceso penal, si la conducta constituye delito, o por medio de la acción de reparación directa en los otros eventos.

3. Contra la decisión que resuelve el grado de consulta no proceden recursos.

4. y 5. Los actos definitivos respecto de los cuales procede el grado de consulta - el que deduce responsabilidad fiscal, el fallo sin responsabilidad fiscal, el auto de archivo -, deben notificarse conforme al artículo 55 de la ley 610 de 2000, en armonía con las normas pertinentes del C.C.A..

6. y 7. El término de tres (3) días establecido en el artículo 18 de la ley 610 de 2000 para el envío del expediente al superior de quien dicta el acto administrativo objeto de la consulta, ha de contabilizarse con posterioridad a la ejecutoria del auto que así lo disponga. Dentro del término de ejecutoria podrán interponerse los recursos de ley. La interposición oportuna del recurso de apelación enerva el trámite del grado de consulta, a menos que verse sobre materias distintas a las propias del grado de consulta, conforme a lo expuesto en las consideraciones.

8. La actualización de la cuantía del daño procede una vez proferido el fallo con responsabilidad fiscal.

Transcribese al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, Envíese copia a la Secretaría de jurídica de la Presidencia de la República.

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI
Presidente de la Sala

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

JORGE MURGUEITIO CABRERA

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Luis Guillermo Salazar Otero

Aprobado Acta No. 300

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil doce (2012)

ASUNTO:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, contra la sentencia de 9 de febrero de 2012, por medio de la cual la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga resolvió condenarlo a la pena principal de setenta y cuatro (74) meses de prisión, multa por treinta y un millones setecientos sesenta y cuatro mil doscientos setenta pesos con trece centavos (\$31'764.270,13), e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, al hallarlo responsable del delito de Peculado por Apropiación a favor de terceros.



Corte Suprema de Justicia

HECHOS

En los años 1991 y 1995, HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ obrando como Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, profirió fallo en los procesos laborales instaurados por Gabriel Millán Olave¹, Omaira Arango de Kardus², Aurora Delgado de Quiñonez³ y Pedro Daniel Valencia Angulo⁴, contra el Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia - FONCOLPUERTOS- en liquidación, por cuyo medio se reconocieron y cancelaron una serie de acreencias laborales a las que no tenían derecho.

Las actuaciones no se remitieron al superior para surtir el grado jurisdiccional de consulta, sino que se archivaron y las sumas de dinero ordenadas en los fallos comenzaron a cancelarse por el Fondo.

¹ Sentencia de 8 de junio de 1995, por la cual se declaró la pensión de jubilación del accionante. En oficio 081 de 21 de febrero de 1996, se ordenó al Banco Popular el pago de \$6.613.926,18.

² Providencia de 17 de junio de 1993, por la que se declara pensión de jubilación, y oficio 1318 de 28 de julio de 1994 por el que ordenó el pago de \$329.014,24.

³ Decisión de 11 de septiembre de 1995, en donde reconoce pensión de jubilación. El pago de la condena se efectuó el 20 de mayo de 1998, por valor de \$4.400.000.

⁴ Fallo de 25 de julio de 1995, declaró la pensión de jubilación en favor del accionante, y se ordenó el pago de \$ 27.364.270,13 a través de oficio 107.



Corte Suprema de Justicia

El Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo 839 de 2000, dispuso desarchivar los expedientes con el propósito de surtir el grado jurisdiccional de consulta ante las Salas de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, entidad que revocó la totalidad de las sentencias y, en su lugar, absolvió a Foncolpuertos.

ANTECEDENTES

Con fundamento en las decisiones emitidas, la Fiscalía 20 adscrita a la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante resolución de 12 de julio de 2004, ordenó la Apertura de la Instrucción y en ella libró orden de captura contra GAMBOA VELÁSQUEZ para proceder a resolver su situación jurídica.

El 3 de agosto de 2006, el ente acusador procedió a declarar la conexidad procesal entre los procesos adelantados por los ex trabajadores Justo Exiquio Cortés, Omaira Arango de Karduss, Gabriel Millán Olave y Pedro Daniel Valencia Angulo.



Corte Suprema de Justicia

Agotado el periodo instructivo, así como la vinculación del procesado mediante declaratoria de persona ausente, a través de resolución de 26 de febrero de 2008, la fiscalía calificó el mérito del sumario y profirió acusación en contra de HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ como probable autor del punible de Peculado por Apropiación, a la vez que mantuvo en firme la medida de aseguramiento sin beneficio de libertad provisional.

Efectuado el reparto en la oficina de apoyo judicial, correspondió adelantar la etapa de juzgamiento a la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, quien avocó el conocimiento de la misma en proveído de 17 de julio de 2008.

En sesiones del 24 de junio de 2009, 17 de febrero, 17 de marzo y 10 de mayo de 2011, se efectuó la respectiva vista pública, la cual finiquitó con sentencia de carácter condenatorio proferida el pasado 9 de febrero de 2012.

En escrito radicado el 20 de febrero de la presente anualidad, el condenado interpuso y sustentó recurso de apelación contra la citada providencia.



Corte Suprema de Justicia

IDENTIDAD DEL PROCESADO

HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.538.518, nació el 13 de junio de 1957 en el municipio de Cali, Valle del Cauca, hijo de José y Fanny, casado con Luz Marina Arango, abogado egresado de la Universidad Libre, se desempeñó como juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura hasta el día de su renuncia el 20 de abril de 1998.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

De la prescripción

Sostuvo el Tribunal que en los casos de Gabriel Millán Olave y Omaira Arango de Karduss, el valor de lo apropiado no superó los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual comporta una rebaja de la pena de la mitad a las tres cuartas partes de conformidad con el artículo 19 de la Ley 190 de 1995.

Agregó que el descuento previsto en la norma, aumentado en una tercera parte por ostentar la calidad de servidor público, asciende a un total de diez años, periodo inferior



Corte Suprema de Justicia

al transcurrido entre el pago efectivo del dinero y la resolución de acusación, razón por la cual decretó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal en los dos trámites mencionados.

Del peculado por apropiación en los demás procesos

En criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga se reunieron los presupuestos exigidos por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para condenar a HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ como autor del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, en concurso homogéneo y sucesivo, por virtud del detrimento patrimonial que sufrieron los bienes estatales ante la disponibilidad jurídica que tuvo de los mismos cuando profirió las decisiones laborales dentro de los procesos seguidos a instancia de las demandas presentadas por Pedro Daniel Valencia Angulo y Aurora Delgado de Quiñonez.

Precisadas las cuantías, destacó la contrariedad de las decisiones con el ordenamiento jurídico, dado que no se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 25 del Código



Corte Suprema de Justicia

Procesal del Trabajo, como quiera que las demandas resultaban ampliamente genéricas e imprecisas. Añadió que el procesado erró al tener en cuenta a efectos de otorgar la prestación social, el salario que acogió la entidad demandada para liquidar la pensión de jubilación del demandante.

Resaltó que a pesar de los insalvables defectos sustanciales que tenían las demandas laborales, el acusado acomodó el trámite con el fin de fallar *extra y ultra petita*, contradiciendo con ello la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral.

Sostuvo que la condición de juez laboral le permitió entrar en relación directa con los recursos de Foncolpuertos, para disponer de los mismos y dar órdenes para el pago de distintas sumas derivadas de las providencias cuestionadas, lo que constituye el delito de peculado por apropiación.

Resaltó que el dolo en su comportamiento se acredita en actuaciones tales como: la producción reiterada y consecutiva de fallos ilegales, la forma en que resolvía los



Corte Suprema de Justicia

casos sin contar con fundamentos probatorios o el reiterado irrespeto a las leyes laborales y lo consagrado en las convenciones colectivas de trabajo, de manera que no se acreditó la ausencia de culpabilidad reclamada.

LA IMPUGNACIÓN

Sobre el grado jurisdiccional de consulta.

Alegó que de conformidad con el texto original del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, vigente al momento de adelantarse los procesos en cuestión, el grado jurisdiccional de consulta no era procedente en las sentencias adversas a las entidades descentralizadas, criterio compartido por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Destacó que por el hecho de no haberse tramitado el grado jurisdiccional de consulta antes del año 1999, no puede tildarse decisión como manifiestamente contraria a la ley, de modo que los fallos por los cuales se le condena se ajustaron a la ley y la jurisprudencia.



Corte Suprema de Justicia

Cuestionó el acuerdo 830 de 2000 mediante el cual el Consejo Superior de la Judicatura ordenó la consulta de las sentencias adversas a FONCOLPUERTOS, debido a que infringió las normas relativas a la competencia territorial, quebrantando la Constitución y la Ley.

Sostuvo que las sentencias proferidas por las Salas Laborales en sede de consulta, emitidas con base en el acuerdo anterior, no pueden utilizarse para demostrar que las sentencias que condenaron a la Empresa Puertos de Colombia fueron desacertadas y manifiestamente contrarias a la ley, habida cuenta que las mismas fueron emitidas mediante vulneración del debido proceso y del principio de cosa juzgada, razón suficiente para descartar el supuesto peculado por apropiación.

En cuanto a las sentencias proferidas dentro de los procesos adelantados por Pedro Daniel Valencia Angulo y Aurora Delgado de Quiñónez, declaró que en los mismos procedía la inclusión de factores salariales por ser inherentes y ligados a la pretensión del demandante. Añadió que las deficiencias en la demanda o en el trámite



Corte Suprema de Justicia

posterior, debían ser objetadas por la contraparte, situación que nunca se presentó.

Manifestó que entre las obligaciones del juez de primera instancia, se encuentra la de interpretar las demandas cuando estas resulten oscuras, vagas o imprecisas, de modo que dicha actitud no puede reprocharse al procesado al momento de resolver las demandas cuestionadas.

Alegó que la decisión carece de fundamento lógico y objetivo al sostener que el juez olvidó su función de juzgador para convertirse en liquidador, puesto que si ello es así, no tendría ningún sentido cualquier reclamación elevada de carácter pensional en donde lo pretendido sea la reliquidación del monto reconocido.

Destacó que las conductas enjuiciadas se predicen atípicas toda vez que las mismas no se adecuan a los elementos objetivos del tipo penal, ni se pudo acreditar la existencia de dolo en su actuación, para lo cual citó numerosas providencias en donde se demuestra que no toda decisión



Corte Suprema de Justicia

violatoria de la ley sustancial, constituye una conducta delictual.

Otorgado el traslado previsto en la ley para los no recurrentes, guardaron silencio.

LA CORTE CONSIDERA

1. Es competente la Corte Suprema de Justicia para resolver el recurso de apelación propuesto por el procesado contra la decisión proferida por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga, con base en lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 y el numeral 2° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

1.1 De conformidad con los principios de limitación y no reforma en peor, la presente decisión se concretará al asunto objeto de impugnación y a aquellos que les resulten inescindiblemente vinculados.



Corte Suprema de Justicia

2. Cuestión previa

2.1. En principio, la Sala estima necesario precisar al recurrente, que el delito por el cual se le condenó fue exclusivamente el de peculado por apropiación en favor de terceros, en concurso homogéneo y sucesivo, reseña que se realiza al advertir que algunos apartes del recurso cuestionan la sentencia de primera instancia sobre la base de no encontrar acreditada la ejecución de conductas prevaricadoras, cuando lo cierto es que aquellas por virtud de la declaratoria de prescripción de la acción penal no comprometen el estudio de la Sala. Con ese entendimiento, se abordara el recurso.

3. Del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

3.1. El artículo 397 de la Ley 599 de 2000 dispone que *incurre en el punible de peculado por apropiación el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.*



Corte Suprema de Justicia

3.2. Con relación al elemento objetivo del delito, es necesario recordar que se trata de un ilícito de resultado, eminentemente doloso cuya descripción típica exige: i) un sujeto activo calificado, ya que para su comisión se requiere la calidad de servidor público, y, ii) Que se abuse del cargo o de la función, apropiándose o permitiendo que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares, cuya tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

4. En cuanto al primer requisito, esto es la calidad de funcionario público, no ha existido controversia, habida cuenta que se halla plenamente acreditada dentro de las diligencias la condición de Juez 1º Laboral del Circuito de Buenaventura.

4.1. Con relación al segundo aspecto, se debe indicar que el acusado, en la condición referida, desarrolló actos de disposición jurídica sobre dineros públicos en el trámite de procesos sometidos a su competencia, que le implicaron adoptar decisiones dirigidas a disponer de los



Corte Suprema de Justicia

recursos estatales, es decir, el entonces funcionario, valiéndose de su cargo, de manera ilegal entregó a terceros los dineros del Estado.

4.2. Sobre el alcance de la disposición jurídica, la Corte ha reiterado lo siguiente:

“En el entendido de que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional, forzoso es concluir que ese vínculo surge entre un juez y los bienes oficiales respecto de los cuales adopta decisiones, en la medida en que con ese proceder también está administrándolos. Tanto es así que en sentencias judiciales como las proferidas por el implicado en los procesos laborales que tramitó ilegalmente, dispuso de su titularidad, de manera que sumas de dinero que estaban en cabeza de la Nación (FONCOLPUERTOS –Ministerio de Hacienda y Crédito Público), pasaron al patrimonio de los ex trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia y del abogado que los representó, siendo indiscutible que el acto de administración de mayor envergadura es aquel con el cual se afecta el derecho de dominio”⁵.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Rad. 35731.



Corte Suprema de Justicia

4.3. Ahora bien, el desmedro del erario fue plenamente demostrado en el proceso objeto de apelación, como quiera que se obtuvo la relación de los instrumentos jurídicos con los cuales el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, concretó el pago irregular a terceros, así:

Demanda de Aurora Delgado de Quiñonez⁶

<i>Sentencia:</i>	11 de septiembre de 1995
<i>Orden de pago:</i>	Resolución No. 869 del 7 de mayo de 1998, Acta No. 48 del 30 de abril de 1998.
<i>Medio y fecha de pago:</i>	Resolución No. 2070 de 20 de mayo de 1998 con bonos TES DCV 138-00-2-001049-5 Serfinco.
<i>Valor:</i>	\$ 4.400.000

⁶ A folio 18 Cuaderno Original 1.



Corte Suprema de Justicia

Demanda de Pedro Daniel Valencia Angulo⁷

<i>Sentencia:</i>	25 de julio de 1995
<i>Orden de pago:</i>	Resolución No. 223 de 30 de enero de 1996.
<i>Medio y fecha de pago:</i>	Nota Débito No. 997 de 6 de febrero de 1996
<i>Valor:</i>	\$ 27.364.270,13

4.4. En forma análoga, los Tribunales Superiores de Descongestión de Bogotá y Popayán, al disponer el desmonte de los reajustes pensionales concedidos por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura, resaltaron la ilegalidad manifiesta de las órdenes impartidas, razón por la cual el área del Sistema Nacional de Pagos del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, relacionó las distintas sumas de dinero que debían ser reintegradas por los beneficiarios así⁸:

- Aurora Delgado de Quiñónez: \$ 4.400.000

⁷ A folio 101 Cuaderno Original 1.

⁸A folio 18 y 102, Cuaderno Original No. 1.



Corte Suprema de Justicia

- Pedro Daniel Valencia Angulo: \$ 27.364.270,13

4.5. Por ello y frente a este panorama, es imperioso destacar que las conductas perpetradas por el acusado, estaban dirigidas a la apropiación de dineros públicos aprovechando su poder de disposición jurídica sobre ellos, lo que condujo a proferir decisiones contrarias a la ley que permitieron el desfalco estatal.

4.6. Dado lo anterior, ninguna vocación de éxito tiene la hipótesis que postula el procesado, al pretender desligar su responsabilidad por las sumas pagadas, basta revisar las pruebas allegadas al proceso, en especial las resoluciones que rectificaron nuevamente las pensiones y ordenaron las compensaciones, para establecer que los dineros liquidados y cancelados a favor de terceros, fueron producto de los ilegales reajustes que en su momento y en diferentes sentencias ordenó el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura dentro de los procesos laborales adelantados por Aurora Delgado de Quiñónez y Pedro Daniel Valencia Angulo, así como de



Corte Suprema de Justicia

los bonos TES y notas débito con los que concretó la entrega de los dineros.

4.7. Debe recordarse al apelante, que fue justamente por el conocimiento que otras autoridades judiciales de mayor jerarquía tuvieron de las sentencias de primera instancia proferidas por él, que se puso en evidencia la ilegalidad de sus providencias producto de las cuales ingresaron sistemáticamente al patrimonio de terceros, dineros del Estado, que los enriquecieron de manera injustificada, con lo cual se demuestra que su responsabilidad no radica en la apropiación para sí de dineros públicos, pues de haberse acreditado tal circunstancia se mudaría la calificación de peculado en provecho de terceros a peculado en provecho propio, que no fue la conducta delictiva por la que se le acusó.

5. Con relación al alegato según el cual el grado jurisdiccional de consulta procedía exclusivamente en aquellos procesos adelantados contra la Nación, los departamentos o los municipios, se debe recordar que la Corporación abordó el debate en los siguientes términos:



Corte Suprema de Justicia

“Sobre el particular, conviene precisar que la consulta de las sentencias laborales proferidas por el doctor HÁROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, se dispuso con fundamento en una interpretación razonable surtida en torno a las normas reguladoras de la materia. En ése sentido se estimó que, como al tenor del artículo 69 del Código de Procedimiento laboral, dicho grado jurisdiccional opera, entre otros casos, cuando las sentencias de primera instancia fueren adversas a la Nación, tal situación se presentaba frente a la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA porque el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991 ordenó la asunción por parte de la Nación de los pasivos de la mencionada entidad oficial.

Además, el procedimiento del Consejo Superior de la Judicatura al dar vía libre al grado jurisdiccional de consulta compagina con el criterio sentado ulteriormente por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-962 del primero de diciembre de 1999, en cuya parte motiva, sobre lo pertinente preciso:

“Ante tan claras disposiciones, a juicio de la Corte no hay ninguna duda acerca de la obligatoria aplicación del artículo 69 del C.P.L. y, por ende, de la forzosa tramitación de la consulta de las sentencias de primera instancia que sean total o parcialmente adversas a FONCOLPUERTOS, toda vez que el pago de las acreencias reconocidas estaría a cargo de la Nación, responsable directa de las obligaciones laborales y del pasivo laboral de COLPUERTOS y de FONCOLPUERTOS, según lo



Corte Suprema de Justicia

dispusieron en particular, la Ley 1ª de 1991, el Decreto-Ley 036 de 1992 y el decreto Ley 1689 de 1997”⁹.

5.1. Como quiera que lo citado conserva plena vigencia, la Sala desestimaré la inconformidad planteada por el recurrente con relación a la improcedencia del grado jurisdiccional de consulta, y en su lugar reiterar lo dicho en decisiones anteriores.

6. Frente al argumento elevado por el apelante según el cual el Ministerio de Protección Social debía impugnar o solicitar la consulta sobre las decisiones proferidas en su contra, es deber resaltar que fue el propio procesado quien negó en sus decisiones la posibilidad de acudir al grado jurisdiccional de consulta disponiendo con cargo al erario la modificación de las acreencias laborales, la terminación de los procesos, la entrega de los dineros existentes y el archivo de los procesos, nada de lo cual puede ser atribuido al ministerio, quien se limitó a dar cumplimiento a las decisiones proferidas por la autoridad judicial.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de julio de 2008, Rad. 29837, reiterado en sentencia 33201 del 27 de abril de 2011.



Corte Suprema de Justicia

7. Es necesario insistir, como lo ha sostenido la Sala¹⁰, que la legitimidad del grado jurisdiccional de consulta, las facultades del juez para fallar más allá de lo pedido, los criterios de aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, el deber de precisión y claridad en el relato de los hechos y en la determinación de las pretensiones, así como la obligación de probar lo que se demanda, son obligaciones de contenido legal que deben respetar los funcionarios judiciales al momento de emitir un fallo, sin que resulte de recibo plantear una interpretación distinta de la ley, para dotar de legalidad sus actuaciones cuando fungió como juez, debate jurídico que además ya se definió en la instancia laboral.

7.1. Por el contrario, el conjunto de irregularidades cometidas por HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ en su actuación como Juez Laboral, propiciaron beneficios indebidos a los demandantes en perjuicio del Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, dado que fueron tales conductas las que configuran el *modus*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Rad. 35731.



Corte Suprema de Justicia

operandi con el cual se concretó la masiva defraudación a los bienes estatales.

7.2. En efecto, el implicado manipuló el contenido de las demandas y falló con desconocimiento de la ley a través de diversas anomalías, entre las que se puede enumerar la indebida inserción de factores salariales prescritos, el reconocimiento de mesadas y reajustes pensionales por fuera de lo previsto en la ley, la admisión de pretensiones imprecisas en contra de lo previsto en el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo, la incongruencia entre lo pretendido y lo fallado, la insuficiencia de pruebas, la ausencia de diferenciación entre pensión de jubilación e invalidez y las injustificadas liquidaciones de costas.

8. En conclusión la Sala encuentra satisfechos los elementos objetivos que estructuran la conducta penal de peculado, debido a que: *i)* la condición de servidor público del ex juez está probada; *ii)* se acreditó el abuso del cargo y su relación de disponibilidad jurídica sobre bienes del Estado; *iii)* el impugnante dispuso de tales



Corte Suprema de Justicia

bienes y, *iv*) logró con su comportamiento un provecho ilícito a favor de terceros.

9. En relación con el elemento subjetivo del tipo, resulta irrefutable indicar que se trataba de una organización delictiva por la cual abogados y ex trabajadores presentaron demandas con pretensiones inadmisibles, en donde el aporte del funcionario judicial fue vital, porque al tener la disponibilidad jurídica de los dineros, fue quien permitió la prosperidad de las pretensiones y la entrega de los bonos TES y notas débito con los que se defraudó las arcas públicas.

9.1. De acuerdo con lo aducido, el material probatorio existente permite concluir que GAMBOA VELÁSQUEZ con pleno conocimiento y voluntad de su proceder ilícito, consumó las conductas por las que fue acusado, comportamientos dolosos que se advierten en las inconsistencias contenidas en sus providencias y frente a las cuales resultan inadmisibles las justificaciones esgrimidas, toda vez que se trata de un funcionario con



Corte Suprema de Justicia

suficiente experiencia en la rama judicial que conocía plenamente las disposiciones que aplicaba.

10. Finalmente, se debe recalcar la antijuridicidad de la actuación, ya que el erario sufrió un grave quebranto con la conducta del ex juez, quien en una clara muestra de un ejercicio abusivo del poder que le otorgaba el cargo y las funciones a él discernidas, dispuso en forma ilícita de los dineros de FONCOLPUERTOS.

11. En estas condiciones, la Sala deberá descartar los argumentos expuestos por el apelante, y en consecuencia ratificará el fallo impugnado en cuanto declaró penalmente responsable a HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ por los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, en concurso homogéneo y sucesivo.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



Corte Suprema de Justicia

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia de 9 de febrero de 2012, por medio de la cual la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga condenó a HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ al hallarlo penalmente responsable del delito de Peculado por Apropiación a favor de terceros.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

República de Colombia

26
Segunda Instancia Rad. 39175
Harold Gamboa Velásquez



Corte Suprema de Justicia

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

Cartagena de Indias, D.T. y C., 14 de noviembre de 2017



Doctora
HAISARY CASTAÑO VILLA
Juez Decimo Administrativo del Circuito de Cartagena
Rama Judicial del Poder Público

Radicado: 2017-00226.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Asunto: Recurso de reposición en contra del auto del 7 de noviembre de 2017.

Cordial saludo,

En mi condición de apoderado especial del señor **CARLOS ALBERTO BARRIOS GÓMEZ**, con el respeto acostumbrado, nos permitimos presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra del **AUTO DEL 7 DE NOVIEMBRE DE 2017**, mediante el cual se negó la solicitud de **MEDIDA CAUTELAR** en contra de los actos administrativos demandados:

I. TEMPORALIDAD Y OPORTUNIDAD DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

El presente recurso de reposición en contra del auto recurrido se presenta dentro del termino establecido para ello, toda vez que el auto fue notificado mediante Estado electrónico del 9 de noviembre de 2017 siendo el último día para su presentación el 15 de noviembre de 2017.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Se exponen a continuación los argumentos en contra de la decisión tomada por el Despacho, como se muestra a continuación:

1. En relación con el primer cargo, la decisión objeto de recursos estimó que el hecho de que no se hubiese elevado el grado de consulta en el caso concreto, no desconocía el debido proceso del accionante, sin realizar un análisis frente al estándar

normativo requerido para el decreto de medidas cautelares en materia de lo contencioso administrativa.

En efecto, se encuentra en primera medida que el Despacho realizó un análisis incompleto sobre el alcance del grado de consulta en el proceso de responsabilidad fiscal. Si bien es cierto que el grado de consulta se relaciona con el interés superior que involucra el proceso de responsabilidad fiscal, no es menos cierto que se trata de un tramite procesal que debe ser respetado so pena de violentar el principio de legalidad propio del Estado de Derecho y propio de las actuaciones administrativas, sino también la protección de los derechos fundamentales y del derecho de defensa. Véase, Honorable Señora Juez, que el grado de consulta debe surtirse **(i) cuando se dicte auto de archivo; (ii) cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal; (iii) cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el investigado hubiese estado representado por un apoderado de oficio.**

Es decir, también de interés de la actuación no solo el respeto del patrimonio público si no también el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la actuación administrativa. Este aspecto permite colegir que se trata de una actuación vinculada a las formas propias de la actuación administrativa fiscal tutelada por el artículo 29 de la Constitución, al decir que en las actuaciones judiciales y administrativas se respetaran las formas propias de cada juicio, esto es, las reglas dentro de los procedimientos.

Tan importante es tal actuación procesal que señaló con expresa claridad que en el caso de que el superior no se pronuncié en el evento en que se envíe el expediente al superior y este no lo resuelva en termino la decisión quedará en firme y se generaran consecuencias disciplinarias para el funcionario moroso. Es decir, la disposición viene recubierta de dos consecuencias, una procesal y otra extra procesal, la primera por los efectos sobre la decisión y la segunda de carácter personal para el servidor público.

En la decisión no se tuvo en cuenta que ni siquiera se envió el expediente al superior funcional, es decir ni siquiera se generaron los presupuestos para que la decisión quedará en firme por el paso del tiempo, pues tales efectos se generan después que efectivamente el funcionario encargado de la sustanciación del proceso envía el expediente ante el superior funcional para lo de su competencia.

Lo anterior quiere decir que nos encontramos frente a un desconocimiento absoluto de las disposiciones que se estimaron violadas, especialmente del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, al cual se ha hecho referencia, al punto que la decisión tomada dentro de la actuación nunca quedó en firme, pues lo que correspondía al funcionario era enviar el expediente por haber perdido inclusive competencia para continuar con el

proceso hasta tanto no se cumpliera el trámite en la segunda instancia. Y además, nunca se generó firmeza de la decisión tomada al interior del proceso, en la cual se archivó la decisión y se formuló imputación fiscal al señor Carlos Alberto Barrios Gómez.

Debe agregarse, para efectos de que sea tenido en cuenta al momento de resolver el recurso, que la responsabilidad fiscal es de carácter patrimonial y su declaratoria tiende a realizarse bajo las reglas de la responsabilidad patrimonial, por lo cual es admisible predicar responsabilidad solidaria en relación con daños patrimoniales que son materia de juicio de responsabilidad fiscal, precisamente por este elemento la consulta era de interés de todos los sujetos procesales y no solamente de quien fue excluido del proceso de responsabilidad fiscal.

En este sentido, correspondía al despacho hacer un análisis de la actuación y valorar como pruebas obrantes en la actuación los conceptos de la Contraloría General de la República e inclusive el pronunciamiento de la Auditoría General de la República en relación con la omisión del grado del consulta dentro del proceso adelantado contra mi poderdante, pruebas que permitían en estadio procesal decretar la medida cautelar en favor del señor Carlos Alberto Barrios Gómez sin que por tales aspectos pueda colegirse un prejuizgamiento.

2. En relación con el segundo cargo, se realizó un análisis incompleto e impreciso del artículo 27 de la Ley 610 de 2000, que establece que:

“Artículo 27. Comisión para la práctica de pruebas. El funcionario competente podrá comisionar para la práctica de pruebas a otro funcionario idóneo”.

Como se encuentra establecido, en materia de responsabilidad la comisión **solo es posible para la práctica de pruebas**, pero está prohibido comisionar para el **decreto de pruebas** pues esta facultad solo se encuentra en cabeza del servidor público que adelanta la actuación fiscal, pues en el proceso de responsabilidad, no existe la posibilidad de delegar o adelantar toda la acción fiscal a través un funcionario comisionado, esto es, para proferir decisiones sustanciales dentro del proceso, como lo son el decreto y practica de pruebas.

En el presente caso se hizo una interpretación inadecuada del artículo 37 del Código General del Proceso y el artículo 139 del Código General del Proceso, pues ninguna de estas normas autoriza para que el funcionario inferior pueda asumir las competencias del funcionario encargado de conocer y fallar el proceso de responsabilidad fiscal, y lo que se hizo en este caso es que se vaciaron las competencias en un funcionario de inferior categoría, sin competencia para decretar a

motu propio pruebas dentro de la actuación. Lo anterior seria admitir que el secretario o sustanciador de un Juez o de una Autoridad Disciplinaria tienen competencias del titular del despacho para decretar pruebas por si mismos.

Se reitera entonces que, en el presente caso, las pruebas que fundaron la imputación de responsabilidad fiscal en contra del señor Carlos Alberto Barrios Gómez fueron decretadas en el marco del Auto del 17 de diciembre del 2015, por medio del cual se comisionó a un funcionario para el ejercicio de la acción fiscal, cuando dicha autorización se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico. En este sentido, tal y como consta expediente el funcionario comisionado se encargó de decretar pruebas de cargo a lo largo de toda la actuación, a pesar de no tener competencia para ello.

En este sentido, se tiene que el Director Técnico de Responsabilidad Fiscal y Acciones Judiciales de la Contraloría Distrital de Cartagena, al momento hasta antes de proferir decisión de imputación, debió ejercer un control de legalidad de la actuación y no expedir una decisión basada en pruebas obtenidas con violación al debido proceso.

Al respecto se tiene que de acuerdo con la Ley 610 de 2000:

“Artículo 48. Auto de imputación de responsabilidad fiscal. 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”.*

Se tiene que las pruebas fundaron dicha decisión, así como los actos administrativos demandados fueron expedidas con base en prueba de cargo obtenida con violación

del principio de legalidad y con ello del debido proceso constitucional, por lo cual nunca debieron proferirse tales decisiones en detrimento del señor Carlos Alberto Barrios Gómez.

En este sentido, se considera muy respetuosamente que la decisión debe reponerse, y debe decretarse la medida cautelar.

3. En relación con el tercer cargo, no se analizaron las situaciones concretas y particulares, y en este sentido la decisión no fue debidamente motivada al no dar respuesta a los planteamientos del solicitante, en este sentido se solicita se reponga la decisión acogiendo los argumentos que ahora se reiteran y por esto se solicita que se analicen los aspectos expuestos en la solicitud de manera puntual y en debida forma:

- **Existió un comportamiento apegado a los deberes funcionales del cargo.**

En efecto, como se pudo establecer a lo largo del proceso de responsabilidad fiscal, el señor Carlos Alberto Barrios Gómez procedió con suma diligencia y cuidado en el ejercicio de sus funciones, puesto que en relación con los pagos de las mesadas de los meses de mayo y junio de 2012, se basó entre otros en los certificados de Supervivencia y demás documentos relacionados con la beneficiaria de la pensión que fue pagada por el Distrito de Cartagena.

Encontramos, además, en relación con las mesadas pensionales de los siguientes meses, la Contraloría encontró que el señor Carlos Alberto Barrios Gómez fue engañado por terceras personas quienes presentaron documentos falsos, al punto que se interpuso denuncia penal en contra de las personas que defraudaron el patrimonio del Distrito.

Así mismo no debe olvidarse que, en relación con los meses de noviembre y diciembre, en el proceso de responsabilidad fiscal no se encontró prueba de que existiera información publicada por la Registraduría Nacional del Estado Civil en relación con la muerte de la beneficiaria.

Así mismo, como bien se demostró en el proceso, el señor Carlos Alberto Barrios Gómez ejerció los actos tendientes a evitar fraudes, sin embargo, producto de la actividad de terceras personas fue engañado y abusado en su buena fe, situación que está demostrada en el plenario al punto que fue este el hecho determinante en la

decisión de archivo que nunca fue objeto de consulta en este proceso de responsabilidad fiscal. Entre otros actos acreditados en el proceso:

1. Se enviaron oficios a la notaria de la ciudad de Cartagena, Turbaco y Arjona, por ser el radio de acción de los pensionados del distrito de Cartagena, con fecha el 14 de febrero de 2012, sin tener un mes en el cargo y con el fin de adelantar todo los tramites y actuar con la **diligencia** requerida, ya que se iba a implementar la norma antes mencionada, entre los oficios mencionados se encuentra la señora FANCISCA OTERO GARCIA .
 2. Se enviaron oficios a la Registraduría pero el tiempo transcurrió entre el momento de la solicitud y la respuesta era muy distante.
 3. Se encontró personal de apoyo a la gestión para apoyar el proceso de la nómina del fondo de pensiones y seguir así vigilante de si en algún momento fallecía un pensionado y este no notificaba el fondo de pensiones pudiéramos tener acceso a la base de datos de la Registraduría a través de las pocas herramientas electrónicas que esto había dispuesto, esta personas fueron LUIS ROCHA SACCO y JORGE MENDOZA , desde ya solicito sean llamado a recibir testimonio .
 4. Se realizaron visitas permanentes a los pensionados con mayor edad a través del grupo de bienestar institucional coordinado en ese momento por P.U. y a la que forma asistí en varias oportunidades.
 5. Se estableció un convenio bancario con en la entidad AV VILLAS y BANCO DE OCCIDENTE , para pagar la nómina de los pensionados , esto con el fin de realizar el c contrato atreves del sistema biométrico que hacían los bancos.
 6. Se estableció un cronograma de pago estableciendo fecha en la cuales se iban a recibir documentos, novedades y otras actuaciones asociada a la nómina del fondo de pensiones.
 7. Se realizó la primera implementación de la ley de archivo en el fondo de pensiones en cumplimiento de nómina.
- **El nexa causal entre el daño y el comportamiento no se da en el presente caso.**

Está demostrado en el proceso que fueron terceras personas quienes ejercieron actos tendientes a defraudar el patrimonio público del Distrito de Cartagena, al punto que se interpuso denuncia en contra de las personas que mediante actos de mala fe engañaron a los funcionarios del Distrito de Cartagena.

Y en relación con el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es importante destacar que el mismo si tiene aplicación al caso concreto, porque se trata del desconocimiento de derechos políticos por parte de una autoridad administrativa, en el que debieron respetarse todas las garantías de la convención, situación que efectivamente no ocurrió en el presente caso.

Por las anteriores razones, se solicita se reponga la decisión y se decrete la medida cautelar en favor de mi poderdante.

Atentamente,

Juan Montalvo
IVÁN JOSÉ MONTALVO MENDOZA
CC. 1.081.913.266 de Cartagena
T.P. 285.179 del CSJ