

El control fiscal en Colombia: Una aproximación a la situación de aplicación



**Carlos Felipe
Córdoba Larrarte**



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

El control fiscal en Colombia: Una aproximación a la situación de aplicación

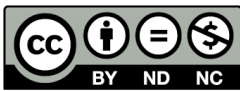
El control fiscal en Colombia: Una aproximación a la situación de aplicación

CARLOS FELIPE CÓRDOBA LARRARTE

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE– .

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN edición electrónica: 978-958-8968-85-8

ISBN edición impresa: 978-958-8968-86-5

© CARLOS FELIPE CÓRDOBA LARRARTE, 2018

© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2018

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra

Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, Bogotá, Colombia

PBX: (571) 703-6396, FAX (571) 323 2181

www.ilae.edu.co

Ilustración de portada: PIXELLEO. *Map of the world painted on hands, isolated on black*, Referencia de la foto 166491450.

Diseño de carátula, composición y edición electrónica:

Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144

editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia

Published in Colombia

*A Dios, por su generosidad para conmigo.
A mi madre (QEPD), a su ejemplo y esfuerzo le debo lo
que soy hoy. A mi padre por su disciplina y verticalidad,
¡gracias infinitas!
A mis amores, MARCELA, JUANITA, MARÍA y JUANJO,
gracias por acompañarme en este arduo caminar.
Millones de gracias.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO PRIMERO	
EL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA: APROXIMACIÓN PRELIMINAR Y CONSTITUCIONALIZACIÓN	19
I. El control fiscal en Colombia: alcance y elementos	21
A. El control fiscal en tanto concepto	21
B. Evolución histórica del concepto de control fiscal	28
II. El control fiscal a partir de la Constitución de 1991	39
A. Alcance y limitaciones constitucionales del control fiscal	39
B. Corte Constitucional, control de constitucionalidad y control fiscal	50
C. Mecanismos constitucionales para el control fiscal	55
III. Control fiscal y mecanismos administrativos	60

A.	El control fiscal en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–	60
B.	Particularidades y desafíos del control fiscal en el marco del proceso administrativo de responsabilidad fiscal	65
	Bibliografía	68
CAPÍTULO SEGUNDO		
	EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	81
I.	Responsabilidad y procedibilidad	86
A.	Elementos de la responsabilidad fiscal y procedibilidad	88
1.	Un daño patrimonial al Estado	88
2.	Una conducta dolosa o [gravemente] culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal	90
3.	Un nexo causal entre los dos elementos anteriores	91
B.	Estructura del proceso de responsabilidad fiscal	93
C.	El proceso ordinario de responsabilidad fiscal	95
1.	Conducencia, pertinencia y utilidad	100
2.	Vinculación de tercero garante	101
3.	Notificación y comparecencia del presunto responsable	101
4.	Fallo	102
5.	Archivo	103
6.	Grado de consulta	104
7.	Ejecutoria	104
8.	Proceso de responsabilidad fiscal verbal	106

II. Medios de control	109
A. Acción de reparación directa	111
B. Acción de repetición	114
C. Prevalencia y exclusión	118
III. El control fiscal en el derecho comparado	123
A. La responsabilidad fiscal en el derecho común europeo	125
1. Otros medios de control	130
2. Articulación local	132
3. Casos nacionales	132
B. La responsabilidad fiscal en el derecho latinoamericano	136
1. Argentina	137
2. México	141
3. Perú	143
IV. Perspectivas de aprendizaje y transformación para el derecho colombiano	146
Bibliografía	150

CAPÍTULO TERCERO

DELIMITACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL	163
I. Los conceptos de prescripción y caducidad en abstracto	163
A. El concepto de prescripción en clave histórica	171
B. La caducidad en tanto sanción: Origen, evolución y estado jurisprudencial actual	176
II. La prescripción y la caducidad al interior del ejercicio del control fiscal	182
A. El hecho generador	182

B.	Cómputo de términos	186
C.	Roles y cargas del funcionario y los particulares	194
1.	Roles de los funcionarios públicos	195
2.	Roles de la ciudadanía en el control fiscal	198
3.	Gestión y control fiscal privados	201
III.	Alcance jurisprudencial y doctrinario de la prescripción y la caducidad en el control fiscal	203
A.	Evolución del concepto de caducidad en el ejercicio del control fiscal en el seno de la jurisprudencia del Consejo de Estado	205
B.	Evolución del concepto de prescripción en el ejercicio del control fiscal en el seno de la jurisprudencia del Consejo de Estado	210
IV.	Perspectivas doctrinarias de evolución y nuevos horizontes	214
	Bibliografía	216

CAPÍTULO CUARTO

LA DESCENTRALIZACIÓN DEL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA: UNA APROXIMACIÓN

	A PARTIR DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	227
I.	Aproximación preliminar al análisis económico del derecho	227
A.	Origen y evolución del análisis económico del derecho	237

B.	Escuelas predominantes: similitudes y diferencias metodológicas. Escuela positiva y normativa de la regulación	238
II.	La descentralización a partir del análisis económico	239
A.	El concepto de descentralización y desconcentración	241
B.	Fundamentación económica de la descentralización	249
C.	Aproximación económica a la estructura del regulador fiscal	255
1.	Transferencias de riqueza y el interés privado	257
2.	Fallas de mercado y el interés público	260
3.	Riesgo y control	261
III.	El control fiscal a partir del aed: La captura del regulador fiscal y los modelos potenciales para su superación	263
A.	Corrupción	263
B.	Necesidad de una estructura descentralizada de control fiscal	265
C.	La gestión privada del gasto público	268
D.	Concurrencia del regulador y regulado	269
	Bibliografía	271
	CONCLUSIONES	279
	EL AUTOR	287

INTRODUCCIÓN

La presente obra realiza un recorrido del control fiscal y su ejercicio en los procesos de responsabilidad fiscal en Colombia, desde cuatro temáticas fundamentales:

- El control fiscal como concepto, desde lo abstracto e histórico y desde lo constitucional.
- Estructura y procedimiento del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia, desde lo procedimental y el derecho comparado.
- La prescripción y la caducidad, como instituciones en el ejercicio del control fiscal.
- Y por último la descentralización del control fiscal en Colombia.

De esta manera se estudia desde el nivel más general el control fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal,

se revisa el desarrollo legal del procedimiento y del ejercicio de éstos. Después de evidenciado el procedimiento, se analizan dos instituciones específicas dentro del procedimiento, la caducidad y la prescripción, para por último revisar la estructura del ejercicio del control fiscal en Colombia y cómo se surte de manera descentralizada.

El recorrido de estos cuatro capítulos, constituye una revisión de estos temas en general y acorde con el desarrollo doctrinario mas acostumbrado sobre este tema, como lo evidencian las obras citadas dentro del texto, sin embargo, con el deseo de evidenciar las temáticas más particulares del control fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal, a las cuatro temáticas generales se une el análisis de los temas propios y particulares de esta área.

Siendo así, al capítulo primero de nivel abstracto, histórico y constitucional, se agrega una propuesta de particularidades y desafíos del control fiscal en el marco del proceso administrativo de responsabilidad fiscal.

Al capítulo segundo, que evidencia el carácter procedimental de estos temas, se agrega un análisis sobre el proceso de responsabilidad fiscal y su relación con la reparación directa, relación que antaño fue un debate particular de esta área y que como se evidencia en el capítulo, continua vigente.

Al tercer capítulo, después de profundizar en las instituciones particulares de caducidad y prescripción, se

agrega un análisis del alcance jurisprudencial y doctrinario de la prescripción y la caducidad en el control fiscal, ya que a nivel procedimental el capítulo abarca la temática general de la doctrina que en materia fiscal se ha dado, con lo que evidenciar el particular y algo inusual desarrollo de estas figuras en esta área es una propuesta que busca enriquecer el estudio del tema.

Por último, el quehacer del control fiscal desde el nivel organizacional, conllevó a la descentralización de esta función, desde la doctrina del derecho administrativo se encuentran desarrollados los niveles en que se surte y su relación con la organización del Estado, por esto, se aborda este capítulo también a partir del análisis económico del derecho, escuela que brinda importantes consideraciones sobre el tema en el cual al tratarse de la protección del patrimonio público, la eficiencia y eficacia, como labores propias de la economía tiene un papel preponderante, en especial, en lo que a captura del regulador puede aportar.

De esta manera, al evidenciar y revisar las temáticas pertinentes del tema, se pueden realizar propuestas a puntos particulares de cada tema abordados en el desarrollo de los capítulos, en lo cual nos detenemos al final de esta obra: su desarrollo y relación con estos puntos particulares, mas allá de un ejercicio descriptivo, busca realizar propuestas de valor y diferenciadas, para la construcción de esta área de tan alta importancia, la que como ya se vera en la obra, constituye en definitiva un tema de intereses superior.

CAPÍTULO PRIMERO
EL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA:
APROXIMACIÓN PRELIMINAR Y
CONSTITUCIONALIZACIÓN

En el contexto colombiano, el control fiscal ha sido catalogado como una función pública que tiene el propósito u objetivo fundamental de vigilar el manejo de los fondos o bienes del Estado que son asignados a los particulares o a las entidades en todos sus órdenes y niveles.

Dicha función pública, tiene sustento normativo en los artículos 119, 267-3 y 268 de la Constitución Política de 1991¹, en los artículos 9.º y 14 de la Ley 42 de 26 de

1 CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>]. En adelante, todas las referencias a la Carta Política remiten a esta fuente.

enero de 1993², en la Ley 610 de 15 de agosto de 2000³ modificada por la Ley 1474 de 12 de julio de 2011⁴, en los artículos 5.º, 34, 35 y 51 del Decreto-Ley 267 de 22 de febrero de 2000⁵, y en las Normas Internacionales de Entidades Fiscalizadoras Superiores –ISSAI–⁶ que han sido expedidas por la Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores –INTOSAI– a nivel mundial, que para el caso de América Latina, se encuentra integrada por la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores –OLACEFS–, de la cual hace parte la Contraloría General de la República de Colombia.

Por tal motivo, en esta parte del escrito se presentará al lector un análisis sistemático de tipo deductivo de la gestión fiscal y del control de resultado que ejecuta la administración pública en el ordenamiento jurídico colombiano, con el propósito de garantizar la aplicabilidad de los principios de la función pública que fueron estipulados de forma expresa en el artículo 209 del ple-

2 *Diario Oficial*, n.º 40.732, de 27 de enero de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=289>].

3 *Diario Oficial*, n.º 44.133, de 18 de agosto de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725>].

4 *Diario Oficial*, n.º 48.128, de 12 de julio de 2011, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html].

5 *Diario Oficial*, n.º 43.905, de 22 de febrero de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9599>].

6 Disponibles en [<http://www.intosai.org/es/acerca-de-nosotros/is-sai.html>].

xo superior, así como la prevalencia de las reglas, valores, directrices y mandatos de categoría constitucional y legal, que regulan en el sistema interno el ejercicio de las labores administrativas y de vigilancia fiscal que han sido atribuidas a las diferentes dependencias de la Contraloría General de la República.

I. EL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA: ALCANCE Y ELEMENTOS

A. El control fiscal en tanto concepto

El control fiscal es un concepto que ha sido analizado de forma paulatina en el ámbito del derecho, en especial por la doctrina, por las leyes y por la jurisprudencia que ha sido emitida por las altas cortes al respecto. Por tal razón, para comprender el término, los elementos y el alcance del control fiscal en el contexto colombiano, es necesario realizar un estudio inicial de los diferentes aportes teóricos que han sido proferidos por algunos autores y juristas con el propósito de explicar la aplicabilidad de dicho concepto en el ámbito jurídico.

Para comenzar, es importante señalar que el control fiscal ha sido definido de manera general como un modelo de “vigilancia de la gestión fiscal del Estado”⁷,

7 HERNÁN ALONSO MAZO GIRALDO. *Apuntes para una teoría del control fiscal en Colombia*, 2.^a ed., Medellín, Pontificia Universidad Bolivariana, 1997.

que tiene el propósito de regular y delimitar “aspectos financieros, de legalidad y gestión, de resultados”⁸. Desde la perspectiva del derecho público, ha sido considerado como un subsistema que se encuentra conformado por una serie de

actividades, operaciones y procesos que desarrolla la administración en todos sus niveles, o los particulares cuando administran fondos o bienes públicos, con el fin de cumplir tanto sus objetivos y metas especiales, como los fines generales del Estado⁹.

De ello es dable señalar que el control fiscal es un componente que busca optimizar el manejo y la administración de los bienes y recursos del Estado, por medio de la implementación de procedimientos y de reglas que operan de forma simultánea como una garantía del cumplimiento de los fines esenciales del Estado que fueron estipulados en el artículo 2.º de la Carta Constitucional colombiana, además de los principios y derechos allí establecidos.

Al respecto, NÉSTOR PEDRO SAGUÉS explica que el concepto de la gestión fiscal se deriva del concepto integral de Estado social de derecho¹⁰, pues es una

8 LUIS ALONSO RICO PUERTA. *Teoría general y práctica de la contratación estatal*, Bogotá, Leyer, 2001, p. 145.

9 URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA. *Fundamentos constitucionales del control fiscal*, Bogotá, Umbral, 1996, p. 198.

10 Creado por el jurista alemán HERMANN HELLER (Cieszyn, Polonia, 17 de julio de 1891-Madrid, 5 de noviembre de 1933). Fue definido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-566

gestión orientada a los resultados, basada en el fortalecimiento de dos aspectos esenciales: la gestión integral con participación ciudadana y la capacidad institucional de los organismos y entidades gubernamentales¹¹.

Ahora bien, además de constituir un modelo que tiene el objetivo de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o de las entidades que tienen a su cargo el manejo de fondos o bienes de la Nación, el control fiscal busca lograr el resarcimiento de los daños¹² que se ocasionen al patrimonio del Estado, por ello se ha afirmado que es un “subsistema jurídico autónomo del derecho administrativo”¹³ que responde al impulso de la teoría de la responsabilidad del Estado, en donde se da un paso de la irresponsabilidad absoluta, a

de 30 de noviembre de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm>], como aquel que “se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social”.

- 11 NÉSTOR PEDRO SAGÚES. *Los principios específicos del derecho constitucional*, Bogotá, Ibáñez, 2006, p. 96.
- 12 Para JORGE BUSTAMANTE ALSINA daño significa “el menoscabo que experimenta el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen y también la lesión a los sentimientos el honor o a las afectaciones legítimas”. Cfr. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, p. 143.
- 13 RODRIGO UPRIMNY PÉREZ y LUZ MARÍA SÁNCHEZ DUQUE. *Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: balance y perspectivas*, Bogotá, De justicia, 2004, p. 49.

la responsabilidad que se va fraccionando, de acuerdo con los actos que den lugar a la misma y se observan, entre ellos, aquellos actos que sean de responsabilidad directa del funcionario público o particular que temporalmente ejerza función pública¹⁴.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el control fiscal se encuentra establecido de forma expresa en el artículo 267 de la Constitución Política de 1991 en donde, el constituyente originario determino que:

El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación [...] La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

De dicha disposición Superior, se infiere que el control fiscal como ejercicio de una función pública¹⁵ implica actos jurídicos o relaciones jurídicas en donde las entidades o los particulares comprometen el tesoro

14 JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ. *La contratación de las entidades estatales*, 3.ª ed., Medellín, Librería Jurídica, 2001, p. 23.

15 La cual designa “tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico al que están sometidos y la organización que les encuadra”. RAMÓN PARADA VÁSQUEZ. *Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 184.

nacional, por ello es un mecanismo que busca precaver la comisión de irregularidades en el manejo de los bienes públicos y, de manera adicional, es un modelo que tiene el propósito de verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto. Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado en algunas de las sentencias que ha proferido, los elementos estructurales del control fiscal, por ejemplo, en cuanto al concepto el Alto Tribunal señaló en la Sentencia C-557 de 20 de agosto de 2009¹⁶ que:

Constituye el instrumento necesario e idóneo en un Estado constitucional de derecho para garantizar el cabal y estricto cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado, a través de la inspección de la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, constituyendo el objetivo final del control de los resultados de la administración y la vigilancia de la gestión fiscal, el verificar el manejo correcto del patrimonio estatal, o dicho en otros términos, la preservación y buen manejo de los bienes que pertenecen a todos.

Siguiendo dicha perspectiva, fue proferida la Sentencia C-103 de 11 de marzo de 2015¹⁷ en donde se señaló que el control fiscal analizado desde el punto de vista del paradigma semántico constituye

16 M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-557-09.htm>].

17 M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-103-15.htm>].

... una función pública especializada, que tiene por objeto vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que tienen a su cargo el manejo de fondos o bienes de la Nación, con el propósito de velar por la protección del patrimonio público.

Por su parte, la Sentencia C-534 de 11 de noviembre de 1993¹⁸ examinó las modalidades de control fiscal como mecanismos de manejo de los recursos públicos que se pueden dar tanto en el ámbito externo como en el ámbito interno. En cuanto al primer ámbito, el mencionado fallo señala que es el que se atribuye a la Contraloría General de la República por mandato constitucional así como a las contralorías municipales y distritales encargadas de la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades territoriales y a la Auditoría General de la República, entidad encargada por mandato constitucional de vigilar la gestión fiscal de la Contraloría General de la República, es decir, es un control fiscal que se realiza a nivel general en el territorio colombiano. Por su parte, el control fiscal interno es aquel que tiene el propósito de complementar el control externo pues constituye:

El control interno que las propias entidades públicas están obligadas a diseñar e implementar, conforme a lo establecido en los artículos 209 inciso 2.º y 269 Superior. La adopción de este segundo mecanismo, tuvo el propósito de garantizar la eficacia e integralidad del control fiscal, y hacerlo compatible con la opción del constituyente por un

18 M. P.: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9592>].

modelo posterior de control externo y con la autonomía del órgano encargado de llevarlo a cabo¹⁹.

Siguiendo dicha línea argumental, la Sentencia C-1191 de 15 de noviembre de 2001²⁰ explicó que la naturaleza del control fiscal implica que éste se manifieste en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales, pues en el marco del Estado moderno no es tan solo necesaria la identificación de las funciones que deben cumplir los órganos o entidades, además, es imperativo el establecimiento de controles aplicables al ejercicio de dichas funciones. En tal sentido señaló la Corte que:

Contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibile. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos.

En conclusión, el control fiscal constituye una actividad pública que tiene el objetivo fundamental de asegurar el respeto y la prevalencia de los intereses generales de la comunidad, que se encuentran representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos. Es una práctica que asegura

19 Sentencia C-534 de 1993, cit.

20 M. P.: RODRIGO UPRIMNY YEPES, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1191-01.htm>].

la eficacia de los fines esenciales del Estado, que se confía a órganos específicos como las contralorías, en donde existe participación activa de la ciudadanía encaminada a ejercer vigilancia de la gestión pública.

B. Evolución histórica del concepto de control fiscal

El control fiscal en el contexto colombiano “ha estado presente desde el Descubrimiento y la Conquista, aunque el control que se realizaba era sobre el manejo de los bienes de la corona y no sobre bienes del Estado”²¹, al respecto, el jurista URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA explica que “cuando se produce el Descubrimiento se implanta en América un sistema de vigilancia, equivalente al existente en España, sobre los bienes de la corona”²².

Por tal motivo, en esta parte del escrito se pretende examinar los antecedentes históricos del control fiscal en Colombia, iniciando en la etapa de Descubrimiento y Colonia, hasta llegar a la etapa de la constitucionalización de dicho concepto por el constituyente originario en la Constitución de 1991.

Como se señaló, el control fiscal se encuentra presente en el contexto colombiano desde la época de la

21 DIEGO YOUNES MORENO. *Régimen del control fiscal*, Bogotá, Temis, 2014, p. 55.

22 AMAYA OLAYA. *Fundamentos constitucionales del Control Fiscal*, cit., p. 23.

Colonia²³ en donde no se controlaba el manejo y uso de los bienes de la corona, sino que más bien se protegían los bienes del Estado. ARMANDO GÓMEZ LATORRE explica en su obra que el control fiscal tuvo origen

desde el descubrimiento ya que en el segundo viaje de CRISTÓBAL COLÓN venía un funcionario de los Reyes Católicos llamado lugarteniente de los Contadores Mayores de Castilla con la misión de controlar ingresos y egresos de la expedición²⁴.

Por su parte, GÓMEZ LATORRE señala que en 1604, con la creación de los Tribunales de Cuentas, se trató de materializar por primera vez el papel de la contralorías en el país pues eran éstas corporaciones que

durante el siglo XVII, y gran parte del XVI hicieron las veces de contralorías regionales en los virreinos, capitanías y presidencias en que España había dividido política y administrativamente su imperio colonial en América²⁵.

Con posterioridad, en el periodo comprendido entre los años 1690 y 1731 se crearon las Oficinas de Contabilidad, integradas por

23 Real Audiencia de Santa Fe, 1550-estallido de la Independencia, 1810.

24 ARMANDO GÓMEZ LATORRE. "Antecedentes históricos de la Contraloría General de la República" en YOUNES MORENO. *Régimen del control fiscal*, cit., p. 55.

25 ARMANDO GÓMEZ LATORRE. "Antecedentes históricos de la Contraloría", en *Economía Colombiana*, n.º 150, 1983, p. 52.

las Reales Audiencias, los Concejos de Indias, los Tribunales de Cuentas, las oficinas de contabilidad, precedidas por el lugarteniente de los Contadores Mayores de Castilla”²⁶.

En donde, se realizó principalmente la actividad económico-financiera del aparato estatal a favor de la corona española. En cuanto a los tribunales de cuentas, es necesario señalar que eran aquellos que

tenían a su cargo el examen, el enjuiciamiento y sanción de los empleados públicos que tuvieran bajo su responsabilidad manejo de fondos, bienes o servicios del Estado español y de la respectiva jurisdicción colonial a su cargo²⁷.

Luego, en la época de la Independencia, en donde se proclamó la República de Colombia –posterior a los diversos gritos de Independencia que se presentaron durante el período comprendido entre 1810 a 1816 en donde hubo grandes conflictos internos– se generó una crisis relacionada con el manejo de los recursos públicos pues se consideró imperativo que dicha función empezará a realizarse en favor del Estado. MIREYA MOSQUERA DE FALLA explica al respecto que

... en la época de la Independencia se desató una crisis que generó un replanteamiento del sistema fiscal. La República empezó a dictar normas fiscales. Es en esta época don-

26 JORGE HERNÁN BETANCUR AGUILAR. *El control fiscal en Colombia*, Bogotá, Luz, 1984, p. 17.

27 GÓMEZ LATORRE. “Antecedentes históricos de la Contraloría”, cit., p. 53.

de se inicia en forma regular el Control Fiscal sobre los bienes de la Hacienda Pública”²⁸.

Por ello podría afirmarse que es desde este periodo en donde el control fiscal empezó a tener verdaderos límites de tipo o categoría jurídico-normativa.

Uno de dichos límites, fue la Constitución del Estado de Antioquia²⁹ en donde se estableció que el Tribunal de Cuentas Superior de la Hacienda, tenía la función de “glosar y fenecer todas las cuentas que debían de rendir los empleados encargados en la recaudación o distribución de los caudales del Estado”³⁰; adicionalmente, se estipuló que la Cámara de Representantes tenía la función fiscalizadora de los recursos y bienes del Estado, en donde básicamente se debía

acusar y perseguir delante del Senado a todos los individuos de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a sus Secretarios cuando hayan delinquido por violación de la Constitución, mala conducta, soborno u otros crímenes semejantes³¹.

Años después, el General FRANCISCO JOSÉ DE PAULA SANTANDER OMAÑA³² expidió la Ley principal contra

28 MIREYA MOSQUERA DE FALLA. *La auditoría gubernamental*, Bogotá, Universidad Nacional, 1981, p. 35.

29 De 3 de mayo de 1812, disponible en [http://bdigital.unal.edu.co/191/13/constitucion_del_estado_de_antioquia.pdf].

30 URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA. *Fundamentos constitucionales del control fiscal*, Bogotá, Umbral, 2005.

31 BETANCUR AGUILAR. *El control fiscal en Colombia*, cit., p. 18.

32 Villa del Rosario de Cúcuta, 2 de abril de 1792-Bogotá, 6 de mayo de

los empleados de la Hacienda³³, que se caracterizó por sus ejemplares penas, pues en su plexo se estipulaba que debía ser condenado a muerte todo funcionario que defraudará al Tesoro de la Nación, así en los artículos 1.º y 2.º se expresaba que:

El empleado en la Hacienda Nacional a quien se le justificare sumariamente fraude o malversación en los intereses públicos o resultare alcanzado, se le aplicará irremisiblemente la pena de muerte sin necesidad de formar más proceso que los informes de los Tribunales respectivos [...] Al empleado al que se le justificare sumariamente poco empeño en el desempeño de su destino con perjuicio del Erario Nacional, se le privará de su empleo y será destinado al servicio de las armas o a un presidio de los de Guayana, según las circunstancias³⁴.

Luego, en 1821 se expidió la Constitución de Cúcuta³⁵, la cual determinó en el artículo 180 que sólo podía extraerse del Tesoro común cantidades de oro, plata, papel u otra forma equivalente, para realizar la compra de objetos o de inversiones ordenados por la ley; en dicha época, se publicaba cada año una cuenta regular de entradas y los gastos de los fondos públicos con el

1840. Primer presidente constitucional de Colombia, entre el 7 de octubre de 1832 y el 1.º de abril de 1837.

33 De 23 de octubre de 1819, disponible en [<http://sepacomo.com/14-decreto-ley-principal-contralosempleados-de-hacienda/>].

34 WILLIAM VÁSQUEZ MIRANDA. *Control fiscal y auditoría de estado en Colombia*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2000, p. 34.

35 De 30 de agosto de 1821, disponible en [http://www.cervantes-virtual.com/obra-visor/colombia-16/html/0260ce5e-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html].

propósito de que fuera de conocimiento público, con lo cual se denota la aplicabilidad del principio de publicidad. Más adelante, en 1832 se creó la Contaduría General de la Hacienda la cual era:

Un órgano dependiente del Poder Ejecutivo y formado por tres contadores mayores, tenía la atribución de examinar o fenecer las cuentas anuales que debían rendir los empleados responsables de manejo [...] la Contaduría General de la Hacienda fue reestructurada mediante la Ley 20 de 1840 la cual le señaló una estructura con un Contralor General Mayor, siete contadores, un secretario y un equipo de subalternos, todos dependientes del Poder Ejecutivo³⁶.

Años después, se expidió la Ley Orgánica de la Administración de la Hacienda Pública Nacional, la cual creó la Corte de Cuentas que tenía el propósito de examinar, sistematizar y dirimir en primera instancia las cuentas que presentaran los funcionarios que tenían la función expresa de manejar el erario público. Dicha Corte, luego fue sustituida en 1850 por la Oficina General de Cuentas, en donde se estructuró y consolidó el control fiscal en las entidades del Estado, lo cual en 1873 se efectivizó con la expedición del primer Código Fiscal.

A pesar de la expedición de dicho plexo normativo, existían innumerables problemas relacionados con la demora en la revisión de las cuentas por parte de la

36 VÁSQUEZ MIRANDA. *Control fiscal y auditoría de estado en Colombia*, cit., p. 40.

Corte lo cual motivó al Presidente PEDRO NEL IGNACIO TOMÁS DE VILLANUEVA OSPINA VÁSQUEZ³⁷ en 1923 a contratar una comisión de expertos con el propósito de que realizaran una investigación que permitiera implementar algunas modificaciones al sistema de hacienda pública vigente en la época.

Dicho estudio estuvo dirigido por el señor EDWIN WALTER KEMMERER³⁸ –por ello se conoce como Misión Kemmerer– el cual presentó importantes resultados que permitieron efectuar la reorganización del sistema bancario y de hacienda por medio de la expedición de diferentes leyes, dentro de las cuales se destacan la Ley Orgánica del Banco de la República conocida como Ley 25 de 11 de julio de 1923³⁹; la Ley sobre presupuesto nacional o Ley 34 de 18 de julio de 1923⁴⁰; la Ley sobre contabilidad nacional y Contraloría General de la República conocida como Ley 42 de 19 de julio de 1923⁴¹, y la Ley 45 de 19 de julio de 1923⁴² la cual

37 Bogotá, 18 de septiembre de 1858-Medellín, 1.º de julio de 1927, Presidente de la República entre el 7 de agosto de 1922 y el 7 de agosto de 1926.

38 Scranton, Pensilvania, 29 de junio de 1875-Princeton, NJ, 16 de diciembre de 1945.

39 *Diario Oficial*, n.ºs 19.101 y 19.102, de 16 de julio de 1923, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1787213>].

40 *Diario Oficial*, n.º 19.113, de 23 de julio de 1923, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1787878>].

41 *Diario Oficial*, n.º 19.119, de 26 de julio de 1923, disponible en [<http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1788207>].

42 *Diario Oficial*, n.º 19.139, de 6 de agosto de 1923, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1599516>].

reguló el tema concerniente a las sucursales bancarias en el contexto colombiano.

Luego de la Misión Kemmerer, se le otorgó rango constitucional a la Contraloría por medio del Acto Legislativo n.º 1 de 16 de febrero de 1945⁴³, el cual estipuló en sus artículos 93 y 94 que los artículos 209 y 210 respectivamente de la norma fundante básica serían modificados. En cuanto al artículo 93 del mencionado Acto, es necesario precisar que fue una disposición que introdujo importantes elementos, como la categorización superior de la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración a cargo de la Contraloría General de la República, la determinación de los requisitos y criterios para la elección del Contralor General, las funciones de dicho funcionario, dentro de las cuales se encontraba llevar las cuentas generales de la Nación, inclusive la de la deuda pública interna y externa, así como prescribir los métodos de la contabilidad de todas las dependencias nacionales y la manera de rendir cuentas de los empleados responsables, exigir informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales sobre su gestión fiscal, revisar y fenecer las cuentas de los responsables del Erario y proveer los empleos de su dependencia creados por la ley.

43 *Diario Oficial*, n.º 25.769, de 17 de febrero de 1945, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824969>].

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió el primer Estatuto de Control Fiscal mediante la Ley 58 de 18 de diciembre de 1946⁴⁴, en donde se tuvo el propósito fundamental de adecuar la normativa legal a los postulados incorporados en materia fiscal en 1945. De dicho estatuto conviene citar el artículo 1.º que estipuló que:

El Contralor General tendrá competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y calificación de cuentas de los funcionarios o empleados, contratistas o agentes del Gobierno encargados de recibir, recaudar, pagar o custodiar fondos o bienes de la Nación; en lo relativo al examen y revisión de todas las deudas y reclamaciones de cualquier naturaleza a cargo o favor de la Nación, derivadas de la administración activa y pasiva del Tesoro; y en todos los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad y con la manera de llevar las cuentas, la formación y requisitos de los comprobantes y el examen e inspección de los libros, registros y documentos referentes a dichas cuentas. Los informes y cuentas que a sus subalternos exijan los empleados de la administración son de carácter absolutamente administrativo y en nada cercenan las facultades exclusivas del Contralor en cuanto se refiere al control fiscal.

Por su parte, el Ejecutivo profirió el Decreto 925 de 11 de mayo de 1976⁴⁵, en donde se determinaron los pro-

44 *Diario Oficial*, n.º 26.311, de 21 de diciembre de 1946, disponible en [<http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1789379>].

45 "Por el cual se determinan los procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, el alcance que deben tener el control previo y la contabilidad general de la Nación y se dictan normas sobre estadística". *Diario Oficial*, n.º 34.568, de 9 de junio de 1976, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1191270>].

cedimientos generales de control fiscal y de auditoría, además del alcance que deben tener el control previo y la contabilidad general de la Nación. En cuanto al concepto del control previo, perceptivo y posterior, el mencionado decreto explicó en el artículo 2.º que

consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos.

En cuanto al control perceptivo, establece en el artículo 3.º lo siguiente:

consiste en la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros.

Respecto del control posterior explicó que

consiste en la comprobación de las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades bajo su control y de sus respectivas cuentas y registros, y en determinar si se ajusten a las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos.

Como se observa, dicho decreto desarrolló también importantes puntos relacionados con el control fiscal, pues otorgó mayores niveles de seguridad jurídica al estipular de forma expresa las clases de controles, su concepto y su alcance. Sin embargo, por el incremento de los recursos, de los bienes públicos, por el

avance de la tecnología y por prácticas corruptas en la Administración, dichas normas empezaron a ser ineficaces, pues no cumplían con los propósitos para los cuales fueron creadas en un principio, por ello en 1991, con la entrada en funciones de la Asamblea Nacional Constituyente, se consideró que era imperativo realizar una reforma al sistema de Control Fiscal, en especial a los controles previo y perceptivo, pues eran considerados como los gestores de innumerables prácticas corruptas en el contexto nacional.

En conclusión, el control fiscal en el contexto colombiano ha sido regulado en forma amplia a lo largo de la historia, sin embargo, ha estado marcado por prácticas despilfarradoras y corruptas que han impedido el cumplimiento de los fines para los cuales fue creado. Por tal motivo, es dable afirmar que la Constitución de 1991 generó un cambio de paradigma respecto de la concepción del control fiscal en el contexto colombiano, pues introdujo importantes cambios sobre todo relacionados con la implementación de técnicas especializadas que permitieran efectivizar el control fiscal y con la eliminación del control previo y perceptivo que en la práctica permitía actividades corruptas por parte de los funcionarios, que incluso habían creado estructuras criminales con el fin de desviar los activos de la Administración.

II. EL CONTROL FISCAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

A. Alcance y limitaciones constitucionales del control fiscal

El alcance del control fiscal fue examinado en la Sentencia C-577 de 2009 ya citada, en donde la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló que es un concepto que se caracteriza por su amplitud, por tal motivo, comprende un amplio espectro a nivel territorial como en los distintos niveles administrativos, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión cuando es efectuada por los particulares. Es decir, el control fiscal

cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico⁴⁶.

Dicha categorización del control fiscal como un concepto que posee un alcance de amplio espectro en el contexto colombiano, se relaciona con las limitaciones específicas y constitucionales que han sido interpretadas por el alto tribunal en materia constitucional, el cual ha preceptuado que se clasifican en dos: por un lado se encuentran las características

46 Sentencia C-557 de 2009, cit.

específicas, y por otro lado, se encuentran conexas las características constitucionales del control fiscal. Las primeras, de conformidad con lo señalado por el artículo 267 Superior fueron analizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-431 de 9 de julio de 2015⁴⁷ en donde la Sala Plena del alto tribunal señaló que el control fiscal se caracteriza por:

1. Erigirse como una función autónoma ejercida por la Contraloría General de la República.
2. Sigue los procedimientos, sistemas y principios definidos por el legislador.
3. Constituye un modelo integral de control que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, para cuya efectividad se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.
4. Se practica en los distintos niveles de administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios.
5. Cubre todos los sectores, etapas y actividades en donde se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico;

47 M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU431-15.htm>].

6. Se orienta por la materialización de los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales⁴⁸.

Como se observa, el control fiscal analizado desde la perspectiva de las características específicas constituye una función pública de amplio alcance, que es ejercida por medio de un método de control posterior y selectivo que permite un manejo adecuado y eficaz de los recursos y bienes públicos. Fue catalogado en el sistema jurídico colombiano, como un mandato constitucional que por disposición del constituyente originario prevalece respecto de las demás normas que integran el sistema, pues permite la efectividad de los principios consagrados en el mismo texto y además garantiza que la vigilancia de la gestión fiscal esté sometida a los procedimientos, sistemas y principios que hayan sido previamente establecidos por el legislador. De manera adicional, es un concepto de tipo integral, pues no solo se ocupa de ejercer control de tipo financiero sino que además, se encarga de efectivizar los criterios de gestión, los parámetros de legalidad y los resultados obtenidos con el proceso.

Por su parte, las características constitucionales fueron examinadas en la Sentencia C-374 de 24 de agosto de 1995⁴⁹ en la que se explicó que el ejercicio del control fiscal calificado en la Constitución Política como

48 Sentencia SU-431 de 2015, cit.

49 M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-374-95.htm>].

una función pública, se sujeta en términos generales a las siguientes reglas:

1. Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley⁵⁰.

2. El ejercicio de la vigilancia fiscal se manifiesta y hace efectiva a través del control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, sobre la actividad de la gestión fiscal del Estado, fundado en criterios de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales. Para la efectividad del aludido control, se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.

50 En cuanto a los momentos del control fiscal, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se desarrolla en dos etapas diferentes. “Una primera labor que se desarrolla mediante la práctica de auditorías sobre los sujetos sometidos al control fiscal selectivo. A partir de este seguimiento se produce la formulación de las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, e incluso, las glosas que se deriven del estudio de los actos de gestión fiscal controlados” (Sentencia C-557 de 2009, cit.); y, un segundo momento que se origina en la labor de vigilancia primeramente practicada, en donde, por posibles acciones u omisiones constitutivas de un daño al patrimonio económico del Estado, se inicia el proceso de responsabilidad fiscal, orientado a “obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa” (Sentencia SU-620 de 13 de noviembre de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/SU620-96.htm>]).

3. El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente⁵¹ y por servicios⁵², e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre la cual recae aquél, ni su régimen jurídico.

4. Consecuente con la concepción participativa del Estado social de derecho, se prevén según la regulación que establezca la ley, sistemas de intervención ciudadana en la vigilancia de la gestión pública en los diferentes sectores de la administración⁵³.

51 Es aquella en donde se “otorgan competencias y funciones administrativas a las colectividades regionales o locales para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad”. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Estructura del poder público en Colombia*, 14.ª ed., Bogotá, Temis, 2012, p. 29. En Colombia se manifiesta en los departamentos, los distritos y los municipios.

52 “Consiste en el otorgamiento de competencias o funciones de la administración a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada”. *Ibíd.*, p. 30. En el derecho colombiano, esta descentralización se materializa con los establecimientos públicos, con las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las superintendencias con personería jurídica, entre otras entidades creadas por el legislador con el propósito de efectuar la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales.

53 Sentencia C-374 de 1995, cit.

En ese orden de ideas, es claro que el control fiscal en el contexto colombiano no es una función pública absoluta, pues tiene limitaciones de rango superior que se encuentran establecidas no solo en las disposiciones que se encuentran consagradas en la parte dogmática de la Constitución, que han sido catalogadas como principios, derechos constitucionales y valores fundantes del modelo de Estado; además, tiene límite en las normas ISSAI que han sido expedidas por la INTOSAI, y por la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores –OLACEFS–, de la cual hace parte la Contraloría General de la República de Colombia.

En cuanto a las limitaciones de origen constitucional, es necesario comentar en primer lugar, que son límites del ejercicio de la función pública de control fiscal los principios⁵⁴ de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales.

En cuanto al principio de eficiencia, conviene señalar que es un mandato que implica idoneidad en la ejecución de las actividades encomendadas al menor coste posible, ERNESTO JINESTA explica en su obra que es un

54 RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, MARTA GUASTAVINO (trad.), Madrid, Ariel Derecho, 1977, afirma respecto de los principios que “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [...] por lo tanto son mandatos de optimización (p. 86). Por su parte, ROBERT ALEX. *Teoría de los derechos fundamentales*, E. G. VALDÉS (trad., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, explica que los principios son “estándares que han de ser observados por ser una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 72).

principio que tiene una relación directa con la eficacia pues implica

idoneidad de los medios que la Administración adopta en aras a la consecución de los fines que le son propios, la eficiencia exige que entre medio igualmente idóneos se opte por aquellos que menores costes generen⁵⁵.

Al respecto, LUCIANO PAREJO ALFONSO explica que la eficacia implica virtud y la efectividad por su parte hace referencia a un adjetivo de hacer, de llevar a efecto alguna situación, por ello la ciencia ha señalado que ambos principios

Miden la capacidad o cualidad de actuación de un sistema o sujeto para lograr el cumplimiento de un objetivo determinado, minimizando el empleo de recursos de modo que la eficacia es hacer las cosas y, la eficiencia es hacerlas bien, la eficacia se centra en el resultado de la acción, la eficiencia en la acción misma en relación con los medios y fines en términos de costo⁵⁶.

De ello es dable señalar que el principio de eficiencia en el ámbito del control fiscal colombiano opera como un mandato de optimización de las reglas que han sido proferidas por el legislador y por el constituyente, con el propósito de regular el manejo de los recursos y bienes oficiales, además opera como una herramienta que permite que de los ahorros obteni-

55 ERNESTO JINESTA. *Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones Públicas*, San José de Costa Rica, Poder Judicial, 2014, p. 3.

56 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *La eficacia, principio de la actuación de la Administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública –INAP–, 1995, p. 90.

dos con las actividades o propósitos efectivizados, se alcancen otros objetivos o metas que no han podido ser cumplidas, la premisa en este principio sin duda es la maximización de los resultados deseados con los medios disponibles.

Por su parte, el principio de moralidad materializa la importante relación que existe entre moral⁵⁷, ética⁵⁸ y derecho, pues implica que el ejercicio de la función pública se ejecute teniendo en cuenta los parámetros axiológicos y deontológicos que regulan el comportamiento de los funcionarios, servidores y particulares que ejercen la función administrativa. La doctrina ha explicado que la moralidad administrativa “va unida al principio de la buena fe, que debe orientar la actuación de los servidores públicos de acuerdo con las consideraciones de la Carta Magna”⁵⁹. Por tal motivo, es imperativo tener en cuenta que:

57 La moral fue definida por IMMANUEL KANT como “determinada, pues se fundamenta en que se encuentra bajo el dominio de la moral aquellos actos que manifiestan una intención, la voluntad ha de proyectar dichos actos”. JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Ética, razón vital y conciencia de crisis* en Ortega y Gasset; la influencia kantiana, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 23.

58 La ética se la define como “la ciencia del comportamiento moral, no es coactiva, ya que no impone castigos legales [...] La ética ayuda a la justa aplicación de las normas legales en un Estado de derecho, pero en sí misma no es punitiva desde el punto de vista jurídico, sino que promueve una autorregulación”. JULIO DE ZAN. *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2004, p. 19.

59 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 17 de junio de 2001. Expediente n.º 13001-23-31-000-2000-0005-01, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Cuando se aborda el tema de la moralidad administrativa, implícitamente se hace referencia a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente, en uno de sus extremos, la idea de degradación, natural en un principio, y valorativa en un segundo término, de modo que, al menos desde esta última perspectiva, la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral⁶⁰.

Ahora bien, además de la de los principios de eficiencia y de moralidad, es necesario que el manejo de los recursos y bienes oficiales se efectúe teniendo en cuenta los principios de equidad y de valoración de los costos ambientales. En cuanto al primero, es importante tener en cuenta que consiste en identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales además de entre entidades territoriales. Fue definido por la Contraloría General de la República al considerar que es un principio que “mide el impacto redistributivo que tiene la gestión fiscal. Este efecto se mide tanto para los receptores de la actividad como para los individuos que asumen su costo”⁶¹.

60 MARÍA LILIANA CASTILLO CASTILLO. “Principio de la moralidad administrativa propuesta jurisprudencial para la protección”, *Revista Enfoques*, vol. xi, n.º 19, 2013, disponible en [<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aN8DMpHSirAJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4563493.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co&client=safari>], p. 96.

61 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la Contraloría General de la República*, Bogotá, Contraloría General de la República, 2017, disponible en [<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/694679/0.+PRINCIPIOS+FUNDAMENTOS+Y+ASPECTOS+GENER>]

Por su parte, la valoración de los costos ambientales se encuentra relacionada con la protección de entorno ambiental, de la fauna y la flora, de los ecosistemas, con el concepto de desarrollo sostenible que fue incorporado en el artículo 80 de la Constitución Política, en donde se estipuló que “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”⁶² y en el artículo 267 en donde se señala que “la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”⁶³. Es una actividad que implica, por un lado, examinar el impacto, el uso y el deterioro de los recursos y entornos ambientales y por el otro lado, cuantificar, es decir, dar valor monetario a la utilidad o satisfacción que se obtiene por el uso o explotación de los recursos naturales y del ambiente.

Ahora bien, como se señaló antes, el control fiscal en el contexto colombiano tiene limitaciones de rango superior que se encuentran establecidas en las disposiciones consagradas en la parte dogmática de la Constitución, que han sido catalogadas como principios, derechos constitucionales y, además, tiene límite en las normas ISSAI que han sido expedidas por

[ALES+PARA+LAS+AUDITORÍAS+EN+LA+CGR.pdf/5209d59c-a341-49dc-94c1-5e5b725f3444?version=1.0](#)], p. 85.

62 Artículo 80, Constitución Política de 1991, cit.

63 *Ibíd.*, artículo 267.

la INTOSAI y por la OLACEFS, de la cual hace parte la Contraloría General de la República de Colombia.

Dichas normas, son lineamientos y criterios que establecen la necesidad de que la administración de los recursos públicos se realice con apego a las normas de conducta de índole personal originadas en la moral y en la ética, teniendo en cuenta las disposiciones normativas que han sido proferidas con el propósito de optimizar la correcta administración de los dineros y bienes del Estado. Surgieron en la Declaración de Lima en donde la INTOSAI propuso la importancia de implementar modelos a nivel mundial que facilitaran y permitieran la mejor distribución de las riquezas.

En el sistema colombiano, la Contraloría General de la República ha acatado los criterios estipulados en dichas normas pues, de manera reciente se profirió el documento titulado *Principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la CGR*, ya citado, en donde el Contralor General, junto con su equipo de trabajo, tuvo el propósito de categorizar la Norma ISSAI 100⁶⁴ como el cimiento o fundamento que rige cualquier tipo de auditoría que lleve a cabo por la Contraloría General de la República, en donde figuran como principios elementales la ética, la independencia, la seguridad, la confianza, la credibilidad, la inte-

64 Ver INTOSAI. "Principios fundamentales de auditoría del sector público", disponible en [<http://www.intosai.org/es/issai-executive-summaries/detail/article/issai-100-fundamental-principles-of-public-sector-auditing.html>].

gridad, la independencia, la objetividad y la imparcialidad.

B. Corte Constitucional, control de constitucionalidad y control fiscal

La Corte Constitucional colombiana es una corporación que fue creada por la Asamblea Nacional Constituyente en el acto de creación de la Constitución de 1991, en donde se reformó el sistema⁶⁵ colombiano y se estableció un modelo de corte garantista y humanista que tiene el propósito de asegurar la prevalencia de los principios, de los fines esenciales del Estado y de los derechos humanos que fueron adecuados e incorporados por el constituyente originario en la Carta superior como derechos fundamentales⁶⁶.

65 El sistema ha sido definido desde la perspectiva de la lógica jurídica de diferentes maneras, por un lado, CARLOS E. ALCHOURRÓN y EUGENIO BULYGIN explican que son una construcción de fines jurídico-constitucionales, en donde “cada norma contiene un valor, que equivale a decir un fin, y entre las cuales existe una relación lógica y jerárquica” (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 125). Por su parte, el filósofo y jurista argentino CARLOS SANTIAGO NINO explica que los sistemas jurídicos son un modelo normativo que estipula “en qué condiciones el uso de la fuerza está prohibido y permitido y que estatuye órganos centralizados que aplican las normas del sistema a casos particulares” (*Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 141), es decir, desde esta perspectiva, los sistemas son arquetipos normativos aplicables en contextos específicos, que se encuentran integrados por enunciados prescriptivos, prohibitivos, permisivos, conceptuales o aspiracionales.

66 Conviene precisar en este punto que los derechos humanos y los derechos fundamentales son conceptos que se encuentran relacionados de forma inexorable por su contenido, sin embargo, poseen algu-

Dicha corporación, tiene por mandato constitucional⁶⁷ la función de salvaguardar la supremacía y la prevalencia de la Constitución como norma de normas. Como cabeza de la jurisdicción constitucional, este tribunal ejerce el control de exequibilidad sobre las leyes y otras disposiciones generales, abstractas y además, opera como intérprete oficial de las normas y como creador de reglas de tipo jurisprudencial sobre el alcance de los derechos fundamentales, por tal motivo, sus decisiones poseen un importante rol en la materialización del Estado social de derecho.

Dichas decisiones, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 241 Superior, pueden ser proferidas por

nas diferencias de tipo semántico relacionados con su naturaleza. En ese sentido, es necesario tener en cuenta que los derechos humanos son “cosas deseables, esto es, fines merecedores de ser protegidos en igual medida [...] son aquellos derechos que se exige no sean limitados ni en casos excepcionales, son derechos privilegiados porque no vienen puestos en concurrencia con otros derechos también fundamentales”. NORBERTO BOBBIO. *El tiempo de los derechos*, R. d. ROIG (trad.), Madrid, Sistema, 1991, pp. 54 a 58. Por su parte los derechos fundamentales han sido definidos como aquellos “derechos singulares que adquiere cada individuo con exclusión de los demás, son universales, indispensables, inalienables atribuidos por normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar dentro de un Estado”. (LUIGI FERRAJOLI. *Democracia y garantismo*, M. CARBONELL (Ed.), Madrid, Trotta, 2008, p. 61), por ello son “la expresión positiva de los derechos humanos [...] Al ser positivado un derecho humano dentro de un ordenamiento jurídico, recibe el nombre de derecho fundamental y tiene como objetivo asegurar la efectiva aplicación de garantías que aseguren la sana convivencia en la sociedad”. ASTRID ROCÍO GALÁN GALINDO. “Entre justicia y moralidad: Criterios metateóricos en cuanto a la justicia”, en *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, vol. 10, n.º 2, 2016, pp. 38 y 39.

67 Artículo 241 Constitución Política de 1991, cit.

demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, contra las leyes –tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación–, contra la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, contra decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por ello, antes de examinar la relación que existe entre la Corte Constitucional y el control fiscal, es necesario examinar el concepto del control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad se remonta a la Constitución de 1863 en donde se le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la función de garantizar la interpretación de las leyes frente a los mandatos que habían sido estipulados en la Carta Magna por medio de la suspensión temporal de aquellas expresiones del legislador que contravinieren la Constitución. JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA explica que en dicha época el control era de tipo difuso, pues:

En cada Estado federado había una corte estatal encargada del control constitucional. Esto, sin perjuicio de la competencia concreta de la Corte Suprema para suspender temporalmente la ejecución de las leyes cuando contravenían la Constitución, como ocurría en 1811, cuando a petición de los ciudadanos se dejaba la decisión final al Senado que, para ese entonces representaba el nivel más alto de la estructura del poder judicial⁶⁸

68 JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA. *Justicia constitucional. Derecho comparado y colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1993, p. 22.

Más adelante, en la Constitución de 1886 se cambió el modelo del control constitucionalidad de difuso a concentrado por ello “la Corte Suprema empezó a tener una participación limitada para hacer la revisión de los proyectos de ley que eran objetados por el gobierno”⁶⁹. No obstante, por las tensiones y contradicciones que tenía dicho modelo de control constitucional, en 1991 –año en el cual se expidió la nueva Constitución– con el establecimiento de la acción pública de inconstitucionalidad, se empezaron a incorporar nuevas garantías a las normas, a los principios y a los derechos considerados como inherentes al ser, por medio del establecimiento del control de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional.

El control de constitucionalidad busca que dicho tribunal salvaguarde la supremacía constitucional por medio de un análisis sistemático y hermenéutico en donde se tiene la finalidad de determinar y examinar si una norma proferida por el legislador contraría lo dispuesto en algún canon constitucional, ante lo cual será procedente declarar su inexecutable. Para comprender dicha declaración, es necesario tener en cuenta lo estipulado en la Sentencia C-467 de 21 de octubre de 1993⁷⁰, en donde se explicó que el fallo de inexecutable:

69 JORGE GONZÁLEZ-JÁCOME. *Entre la ley y la Constitución: una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, p. 83.

70 M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-467-93.htm>].

Tiene por efecto propio excluir la disposición impugnada del orden jurídico, pero si ésta ha dejado de regir, no hay objeto sobre el cual pueda recaer la decisión de la Corte, pues la norma derogada o subrogada no está en condiciones de quebrantar la Constitución y mal haría la Corte en retirar de la normatividad jurídica lo que ya no existe, especialmente bajo las condiciones últimamente anotadas en el párrafo precedente.

De ello es dable inferir que el fallo de inexecutable parte de la determinación de la existencia en el ordenamiento legal colombiano de la norma impugnada por el actor, por tal motivo, deberá inhibirse la Corte de estudiar el fondo de dichas acusaciones si dicha norma no existe en el sistema, por cuanto la decisión debe versar sobre los contenidos materiales de las leyes. Es necesario tener en cuenta en este punto que el control de constitucionalidad en el sistema jurídico colombiano puede ser previo⁷¹ o posterior⁷² y opera mediante mecanismos de acción y por vía de excepción.

71 En el caso de proyectos de ley estatutaria, tratados y de sus leyes aprobatorias y proyectos de ley objetados por el Presidente.

72 En donde se “faculta a los funcionarios para no aplicar la ley que se considere contraria a la Constitución en el caso concreto objeto de decisión, sus efectos no son *erga omnes*, sino *inter partes*, y la ley no desaparece del ordenamiento jurídico, sino que subsiste al fallo”. (JOSÉ GERARDO REY CLAVIJO. “El control constitucional en Colombia a partir de la Constitución de 1991”, *Vía Iuris*, n.º 4, enero-junio de 2008, pp. 63 a 74, disponible en [<http://www.redalyc.org/pdf/2739/273921002004.pdf>], p. 69.

C. Mecanismos constitucionales para el control fiscal

Los mecanismos constitucionales para el control fiscal son tres: en primer lugar, se encuentra la acción pública de inconstitucionalidad, la cual ha sido denominada también como “acción de inexequibilidad”. Ha sido definida como una “facultad otorgada a los ciudadanos para demandar ante la Corte Constitucional por contravenir la Constitución, actos que se enuncian en el artículo 241 de la Carta Política”⁷³ el cual, comprende:

1. Actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios en su formación (num. 1).
2. Leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (num. 4).
3. Decretos con fuerza de ley, dictados por el Gobierno, en uso de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso con fundamento en el artículo 150, numeral 10 de la Constitución.
4. Decretos con fuerza de ley, expedidos por el Ejecutivo con base en el artículo 341 de la Constitución, o decretos planes.

73 *Ibíd.*, p. 68.

Dicha acción fue regulada en el sistema interno colombiano por el Decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991⁷⁴ en donde se estableció que la existencia de una imputación o un cargo de inconstitucionalidad depende en forma necesaria de los argumentos planteados por el actor. Los cuales deben permitirle efectuar a la Corte Constitucional una confrontación entre la norma acusada y la disposición constitucional que se considera vulnerada. Por lo anterior, el artículo 2.º del mencionado decreto estipula que son requisitos de procedibilidad para la acción pública de inconstitucionalidad establecer:

1. El objeto demandado.
2. Las normas constitucionales que se reputan infringidas.
3. El concepto de la violación.
4. El señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición de la norma demandada, así como la forma en que fue quebrantado, y
5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto.

74 "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional". *Diario Oficial*, n.º 40.012, de 4 de septiembre de 1991, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2067_1991.html].

En cuanto al requisito de señalamiento de las razones por las cuales las normas constitucionales invocadas se consideran transgredidas, la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera reiterada sobre esta exigencia, explicando que si bien es cierto la acción pública de inconstitucionalidad no está sometida a mayores consideraciones de rigor y debe prevalecer la informalidad, es imperativo que el libelo acusatorio sea susceptible de generar una verdadera controversia constitucional, por tal motivo, los cargos formulados por el demandante deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes, es decir:

La acusación debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (cierta). Además, el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni doctrinarios ni referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la acusación debe no sólo estar formulada en forma completa sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada (suficiencia)⁷⁵.

Junto a la acción pública de inconstitucionalidad, se encuentra la acción de tutela que ha sido consagrada para que cualquier persona solicite la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, y la acción pública de nulidad, la cual se puede presentar en contra de actos administrativos de tipo

75 Sentencia C-230 de 11 de mayo de 2016, M. P.: ALBERTO ROJAS Ríos, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-230-16.htm>].

o categoría particular, además de por inconstitucionalidad de los decretos que son expedidos por el Gobierno, dictados en cumplimiento de una función distinta a la administrativa⁷⁶.

Por todo lo antes señalado, es necesario indicar que el control de constitucionalidad en el ámbito del control fiscal es una herramienta de tipo democrático, pues hace partícipes a las tres ramas del poder público en la tarea de salvaguardar la gestión a través de la cual se vigila la labor de los servidores públicos y de los particulares que manejan recursos públicos; además, establece diferentes formas de accionar para acudir a un órgano jurisdiccional con la finalidad de que se pronuncie sobre la validez de una forma que se considera violatoria de la norma básica fundamental.

En conclusión, en el ámbito del control fiscal el control de constitucionalidad ha sido efectuado por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, órganos que han garantizado la aplicabilidad de los principios contenidos en la parte dogmática de la Carta superior, en su artículo 209 y en los preceptos que al respecto contiene la misma Constitución Política de 1991 relacionados con el ejercicio de las funciones de la Contraloría General de la República. Al respecto RICARDO ZULUAGA GIL explica que:

76 De acuerdo con el artículo 237 de la Constitución Política de Colombia, compete al Consejo de Estado "Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional".

Actualmente el control constitucional del control fiscal en Colombia se mira más a partir del estudio de los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional y por momentos se olvida que es un sistema abierto, integral y complejo que va más allá de los pronunciamientos de este alto tribunal⁷⁷.

Sin embargo, es necesario dejar establecido que a pesar de la regulación constitucional, de la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha proferido al respecto, existe una contradicción entre lo estipulado en la Carta Política y su desarrollo a través de la regulación emanada del Congreso de la República, pues los resultados obtenidos con la práctica del control fiscal distan de lo que se espera para el correcto funcionamiento del Estado social de derecho. Sin embargo, conviene señalar que la Constitución Política de 1991 dio una nueva dimensión al concepto de control fiscal en nuestro país, pues abrió un nuevo espacio para su ejercicio, cambiando la noción de control numérico por la de control de gestión y resultados, para eliminar así la modalidad de control previo por un moderno sistema de control posterior y selectivo⁷⁸.

77 RICARDO ZULUAGA GIL. *El carácter integral complejo y abierto del sistema colombiano de control de constitucionalidad*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

78 CAMILO VELÁZQUEZ TURBAY. *Derecho constitucional*, Bogotá, Externado, 1998, p. 77.

III. CONTROL FISCAL Y MECANISMOS ADMINISTRATIVOS

A. El control fiscal en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–

La Contraloría General de la República, acorde la atribución constitucional prevista en el artículo 268-5 de la Constitución Política, ejerce la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la responsabilidad fiscal. Al respecto, el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷⁹ estipula en los artículos 47 a 74 la aplicación preferente de los procedimientos de cobro estipulados en leyes especiales como la Ley 42 de 1993 ya citada, y el Estatuto Tributario⁸⁰.

Dichos procedimientos de cobro inician con la determinación del o de los destinatarios de la actuación administrativa, para lo cual es imperativo tener en cuenta el artículo 2.º de la Ley 42 de 1993 ya citada en donde se estipula que son sujetos de control fiscal:

79 Ley 1437 de 18 de enero de 2011, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

80 Decreto 624 de 30 de marzo de 1989, *Diario Oficial*, n.º 38.756, de 30 de marzo de 1989, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario.html].

Los órganos que integran las ramas Legislativa y Judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República”.

Es necesario señalar que el proceso de responsabilidad fiscal puede iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio del control fiscal efectuado por parte de las contralorías, por la solicitud que formulen las entidades vigiladas, o por las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana. Al respecto, el artículo 76 de la Ley 1757 de 6 de julio de 2015⁸¹ estipula el deber de los organismos de control de darle prioridad a la atención de las denuncias, querellas o quejas de la ciudadanía, en forma rápida, eficiente y efectiva, para efectos de garantizar la participación de la misma en los procesos de control.

81 *Diario Oficial*, n.º 49.565, de 6 de julio de 2015, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1757_2015.html].

Ahora bien, en cuanto a la caducidad de la facultad sancionatoria el artículo 52 del CPACA, estipula que la facultad de la Contraloría caduca a los tres años de ocurrido el hecho, conducta u omisión. Por su parte, la caducidad o extinción de la sanción administrativa opera en un término de cinco años, contados a partir de la fecha de la ejecutoria del acto administrativo que impuso la sanción, por tal motivo, durante dicho término es necesario que el acto administrativo de carácter sancionatorio se notifique en debida forma para que surta efectos jurídicos.

Es importante precisar que en los procesos de responsabilidad fiscal que se tramiten en su integridad por lo dispuesto en la Ley 610 de 2000 ya citada, se debe notificar personalmente el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el auto de imputación de responsabilidad fiscal y el fallo de primera o única instancia; para estas providencias, se aplicará el sistema de notificación personal y por aviso previsto para las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011 ya citada, por tal motivo, las demás decisiones que se profieran dentro del proceso son notificadas por estado.

Es oportuno ahora precisar que el proceso administrativo sancionatorio cuenta con tres etapas. Inicialmente, se encuentra la etapa de averiguaciones preliminares, en donde la autoridad administrativa establece si existe o no mérito para efectuar la apertura del proceso administrativo sancionatorio, en dicho caso es necesario comunicar la situación al sujeto

pasivo, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 67 y siguientes del CPACA, sin embargo, si no existen causas o motivos suficientes para realizar la apertura del proceso, se profiere un auto de archivo el cual debe estar debidamente motivado.

En segundo lugar, se encuentra la etapa de apertura y formulación de cargos, en donde es imperativo que existan razones suficientes o de mérito que sustenten el inicio del proceso administrativo sancionatorio, en dicho caso, la autoridad competente profiere el auto de apertura y formulación de cargos, el cual debe contener:

1. Identificación plena y el empleo desempeñado por el servidor público o por el particular contra el cual se inicia el proceso administrativo sancionatorio.
2. Descripción clara y precisa de los hechos que originan el inicio del proceso.
3. Señalamiento de las disposiciones legales presuntamente vulneradas, teniendo en cuenta las causales descritas en la Ley 42 de 1993, la Ley 1474 de 2011 y aquellas proferidas en la Contraloría a través de circulares, memorandos y/o actos administrativos.
4. Indicación de las sanciones que serían procedentes, de acuerdo a la conducta que se impute, de conformidad con lo previsto en la Ley 42 de 1993 y la Ley 1474 de 2011.

5. Exposición del derecho que le asiste al presunto responsable de presentar descargos, solicitar o allegar las pruebas que estime pertinentes, indicando los términos con los que cuenta.

En tercer lugar, se encuentra la etapa de descargos y de solicitud de pruebas, en donde el implicado hace uso del derecho de contradicción, de defensa y de debido proceso, para ello posee el término de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación personal del auto de inicio para presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer dentro de la actuación administrativa. Una vez vencido el término para la práctica de pruebas que señala el inciso 1.º del artículo 48 del CPACA⁸², se da traslado para allegar al investigado por el término de diez días, el cual una vez cumplido y dentro de los 30 días siguientes, obliga al funcionario competente a proferir el acto administrativo que contenga la decisión, bien sea de archivo o sanción⁸³. Contra la resolución proceden los

82 El cual señala que “cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a 30 días. Cuando sean tres o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de 60 días. Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez días para que presente los alegatos respectivos. Ley 42 de 1993, cit.

83 La decisión debe contener de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la Ley 1437 de 2011: a. Individualización del servidor público o particular y el empleo desempeñado, contra quien se dirige el proceso sancionatorio. b. Análisis claro de los hechos objeto del proceso administrativo. c. Análisis de las pruebas con base en las cuales se archiva o se impone la sanción. d. Indicación de las normas

recursos de reposición y en subsidio de apelación, los cuales deberán ser interpuestos en forma personal y por escrito debidamente fundamentado ante el despacho del que profiere la decisión o en el del superior inmediato, ya sea en la diligencia de notificación personal o dentro de los diez días siguientes a ella, en la notificación por aviso, o al vencimiento de término de publicación según el caso.

B. Particularidades y desafíos del control fiscal en el marco del proceso administrativo de responsabilidad fiscal

Recientemente se expidió el informe de Transparencia Internacional con el índice de percepción de la corrupción, que

clasifica 180 países y territorios según las percepciones de expertos y empresarios sobre el nivel de corrupción en el sector público, emplea una escala de cero a 100, en la cual cero equivale a muy corrupto y 100 a muy transparente. Este año, el índice concluyó que más de dos tercios de los países obtienen una puntuación inferior a 50, y que la puntuación media es de 43⁸⁴.

infringidas, de acuerdo a los hechos probados en el evento de decisión sancionatoria. e. Enunciación de la determinación adoptada (archivo o sanción) y su debida fundamentación. f. Indicar los recursos que proceden, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 74 del CPACA, Ley 1437 de 2011, cit.

84 Ver en detalle en el portal de TRANSPARENCY INTERNATIONAL, disponible en [https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2017_muestra_una_fuerte_presencia].

Este informe sitúa a Colombia como uno de los países que mayor índice tiene a nivel global⁸⁵.

Por tal motivo, la lucha contra dicha práctica constituye uno de los principales desafíos que tiene el control fiscal contemporáneamente, pues no basta con la prohibición expresa o tácita en la Carta Magna, en las leyes y en los decretos de aquellas prácticas consideradas como contrarias al adecuado manejo de los recursos públicos, sino que es necesario que se implementen garantías que permitan un verdadero Estado social de derecho, en donde se materialicen los principios y fines del Estado por medio de la implementación de acciones conjuntas entre Fiscalía, Procuraduría y Contraloría que permitan a su vez aumentar las sanciones por actos de corrupción desde el paradigma penal, disciplinario y fiscal.

De acuerdo con el “Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República. Control Fiscal eficaz para una mejor gestión pública 2016-2017”⁸⁶ preparado por la Contraloría General de la República, son retos y desafíos que tiene hoy dicha corporación para generar la aplicación de los nuevos mecanismos establecidos por la Ley 1474 de 2011 para verificar la existencia de daño fiscal con técnicas de investigación avanzada los siguientes:

85 Ver el índice completo en Transparency International, disponible en [https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017].

86 Disponible en [<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/780624/Informe+de+Gestión+2016+-+2017.pdf/3ba13792-3ed2-428f-b2b8-95991e228c55?version=1.0>].

1. Materializar las metodologías de valoración y cuantificación que conlleve al objetivo de compensar el daño al patrimonio natural.
2. Lograr que la Autoridad Ambiental ejerza sus funciones y sancione a aquellos que no están respetando los recursos ambientales comunes de los habitantes de la ciudad.
3. Contribuir con la generación del inventario natural, en el cual se debe establecer claramente la oferta ambiental para controlar la demanda de recursos naturales.
4. Obtener la compensación al ambiente de quienes han afectado los recursos naturales, para lograr su conservación y así asegurar la equidad intergeneracional.
5. Promover una mejor gestión y ejecución de los recursos públicos encaminados a la protección, preservación y recuperación de los recursos ambientales.
6. Implementar nuevos y adicionales procedimientos de auditoría que permitirán contribuir a la toma de conciencia por parte de los gestores fiscales y de la comunidad misma, sobre los deberes de una verdadera rentabilidad social en la administración de recursos públicos a cargo de los sujetos públicos y privados.
7. Generar el robustecimiento de los deberes, medios y técnicas destinadas a la adecuada estructuración de

hallazgos fiscales para el ejercicio inmediato y oportuno de la acción fiscal y para la puesta en marcha del proceso de responsabilidad fiscal ante la acreditación de daño al patrimonio público como fruto de una indebida, inadecuada, antieconómica o ineficaz gestión de los recursos colectivos⁸⁷.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. "Modernización tecnológica y control fiscal", *Economía Colombiana*, edición 342, abril-junio de 2014, Bogotá, Contraloría General de la República, disponible en [https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/471623/REC342_compilado_web.pdf/4364ba39-c2d4-448f-b6e2-2f8532fc07df].

Acto Legislativo n.º 1 de 16 de febrero de 1945, *Diario Oficial*, n.º 25.769, de 17 de febrero de 1945, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/view-Document.asp?id=1824969>].

ALCHOURRÓN, CARLOS E. y EUGENIO BULYGIN. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

87 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la Contraloría General de la República*, cit.

ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, E. G. VALDÉS (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMAYA OLAYA, URIEL ALBERTO. *Fundamentos constitucionales del control fiscal*, Bogotá, Umbral, 1996.

AMAYA OLAYA, URIEL ALBERTO. *Fundamentos constitucionales del control fiscal*, Bogotá, Umbral, 2005.

BETANCUR AGUILAR, JORGE HERNÁN. *El control fiscal en Colombia*, Bogotá, Luz, 1984.

BOBBIO, NORBERTO. *El tiempo de los derechos*, R. d. ROIG (trad.), Madrid, Sistema, 1991.

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4.^a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.

CASTILLO CASTILLO, MARÍA LILIANA. "Principio de la moralidad administrativa propuesta jurisprudencial para la protección", *Revista Enfoques*, vol. XI, n.º 19, 2013, pp. 91 a 103, disponible en [<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aN8DMpHSirAJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4563493.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co&client=safari>].

CHARRY URUEÑA, JUAN MANUEL. *Justicia constitucional. Derecho comparado y colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1993.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 17 de junio de 2001. Expediente n.º 13001-23-31-000-2000-0005-01, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Constitución de Cúcuta, de 30 de agosto de 1821, disponible en [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-16/html/0260ce5e-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html].

Constitución del Estado de Antioquia, de 3 de mayo de 1812, disponible en [http://bdigital.unal.edu.co/191/13/constitucion_del_estado_de_antioquia.pdf].

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República. Control Fiscal eficaz para una mejor gestión pública 2016-2017”, Bogotá: Imprenta Nacional, 2017, disponible en [<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/780624/Informe+de+Gestión+2016+-+2017.pdf/3ba13792-3ed2-428f-b2b8-95991e228c55?version=1.0>].

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la Contraloría General de la República*, Bogotá, Contraloría General de la República, 2017, disponible en [<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/694679/0.+PRINCIPIOS+FUNDA>].

MENTOS+Y+ASPECTOS+GENERALES+PARA+LAS
+AUDITORÍAS+EN+LA+CGR.pdf/5209d59c-a341-
49dc-94c1-5e5b725f3444?version=1.0].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-467 de 21 de octubre de 1993, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-467-93.htm>].

Sentencia C-534 de 11 de noviembre de 1993, M. P.: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9592>].

Sentencia C-374 de 24 de agosto de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-374-95.htm>].

Sentencia C-566 de 30 de noviembre de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm>].

Sentencia SU-620 de 13 de noviembre de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/SU620-96.htm>].

Sentencia C-1191 de 15 de noviembre de 2001, M. P.: RODRIGO UPRIMNY YEPES, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1191-01.htm>].

Sentencia C-557 de 20 de agosto de 2009, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-557-09.htm>].

Sentencia C-103 de 11 de marzo de 2015, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-103-15.htm>].

Sentencia SU-431 de 9 de julio de 2015, M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU431-15.htm>].

Sentencia C-230 de 11 de mayo de 2016, M. P.: ALBERTO ROJAS RÍOS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-230-16.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

DE ZAN, JULIO. *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2004.

Decreto 925 de 11 de mayo de 1976, *Diario Oficial*, n.º 34.568, de 9 de junio de 1976, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1191270>].

Decreto 624 de 30 de marzo de 1989, *Diario Oficial*, n.º 38.756, de 30 de marzo de 1989, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario.html].

Decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991, *Diario Oficial*, n.º 40,012, de 4 de septiembre de 2001, disponible en [<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045453/DECRETO+2067+DE+1991+PDF.pdf/c7fb-1df4-6c07-46cd-bce2-ff76cedb31a3;jsessionid=9CD4E0EAC7048711292491EF3173A5C2.worker4?version=1.1>].

Decreto-Ley 267 de 22 de febrero de 2000, *Diario Oficial*, n.º 43.905, de 22 de febrero de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9599>].

DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, MARTA GUASTAVINO (trad.), Madrid, Ariel Derecho, 1977.

FERRAJOLI, LUIGI. *Democracia y garantismo*, M. CARBONELL (Ed.), Madrid, Trotta, 2008.

- GALÁN GALINDO, ASTRID ROCÍO. “Entre justicia y moralidad: Criterios metateóricos en cuanto a la justicia”, en *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, vol. 10, n.º 2, 2016, 103-118.
- GÓMEZ LATORRE, ARMANDO. “Antecedentes históricos de la Contraloría”, en *Economía Colombiana*, n.º 150, 1983.
- GONZÁLEZ-JÁCOME, JORGE. *Entre la ley y la Constitución: una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- INTOSAI. Normas Internacionales de Entidades Fiscalizadoras Superiores –ISSAI–, disponibles en [<http://www.intosai.org/es/acerca-de-nosotros/issai.html>].
- INTOSAI. “Principios fundamentales de auditoría del sector público”, disponible en [<http://www.intosai.org/es/issai-executive-summaries/detail/article/issai-100-fundamental-principles-of-public-sector-auditing.html>].
- JINESTA, ERNESTO. *Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones Públicas*, San José de Costa Rica, Poder Judicial, 2014.
- Ley 25 de 11 de julio de 1923, *Diario Oficial*, n.ºs 19.101 y 19.102, de 16 de julio de 1923, disponible

en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1787213>].

Ley 34 de 18 de julio de 1923, *Diario Oficial*, n.º 19.113, de 23 de julio de 1923, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1787878>].

Ley 42 de 19 de julio de 1923, *Diario Oficial*, n.º 19.119, de 26 de julio de 1923, disponible en [<http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1788207>].

Ley 45 de 19 de julio de 1923, *Diario Oficial*, n.º 19.139, de 6 de agosto de 1923, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1599516>].

Ley 58 de 18 de diciembre de 1946, *Diario Oficial*, n.º 26.311, de 21 de diciembre de 1946, disponible en [<http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1789379>].

Ley 42 de 26 de enero de 1993, *Diario Oficial*, n.º 40.732, de 27 de enero de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=289>].

Ley 610 de 15 de agosto de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.133, de 18 de agosto de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725>].

Ley 1437 de 18 de enero de 2011, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

Ley 1474 de 12 de julio de 2011, *Diario Oficial*, n.º 48.128, de 12 de julio de 2011, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html].

Ley 1757 de 6 de julio de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.565, de 6 de julio de 2015, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1757_2015.html].

Ley principal contra los empleados de la Hacienda, de 23 de octubre de 1819, disponible en [<http://sepacomo.com/14-decreto-ley-principal-contra-los-empleados-de-hacienda/>].

MAZO GIRALDO, HERNÁN ALONSO. *Apuntes para una teoría del control fiscal en Colombia*, 2.^a ed., Medellín, Pontificia Universidad Bolivariana, 1997.

MOSQUERA DE FALLA, MIREYA. *La auditoría gubernamental*, Bogotá, Universidad Nacional, 1981.

NARANJO GÁLVEZ, RODRIGO. *Eficacia del control fiscal en Colombia. Derecho comparado, historia, macro organizaciones e instituciones*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

NINO, CARLOS SANTIAGO. *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL. *La contratación de las entidades estatales*, 3.^a ed., Medellín, Librería Jurídica, 2001.

PARADA VÁSQUEZ, RAMÓN. *Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1991.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *La eficacia, principio de la actuación de la Administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública –INAP–, 1995.

REY CLAVIJO, JOSÉ GERARDO. “El control constitucional en Colombia a partir de la Constitución de 1991”, *Vía Iuris*, n.º 4, enero-junio de 2008, pp. 63 a 74, disponible en [<http://www.redalyc.org/pdf/2739/273921002004.pdf>].

RICO PUERTA, LUIS ALONSO. *Teoría general y práctica de la contratación estatal*, Bogotá, Leyer, 2001.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO. *Ética, razón vital y conciencia de crisis en Ortega y Gasset; la influencia kantiana*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Estructura del poder público en Colombia*, 14.^a ed., Bogotá, Temis, 2012.

SAGUÉS, NÉSTOR PEDRO. *Los principios específicos del derecho constitucional*, Bogotá, Ibáñez, 2006.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. “El índice de percepción de la corrupción 2017 muestra una fuerte presencia de este fenómeno en más de dos tercios de los países”, disponible en [https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2017_muestra_una_fuerte_presencia].

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perceptions index 2017*, disponible en [https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017].

UPRIMNY PÉREZ, RODRIGO y LUZ MARÍA SÁNCHEZ DUQUE. *Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: balance y perspectivas*, Bogotá, De justicia, 2004.

VÁSQUEZ MIRANDA, WILLIAM. *Control fiscal y auditoría de estado en Colombia*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2000.

VELÁZQUEZ TURBAY, CAMILO. *Derecho constitucional*, Bogotá, Externado, 1998.

YOUNES MORENO, DIEGO. *Régimen del control fiscal*, Bogotá, Temis, 2014.

ZULUAGA GIL, RICARDO. *El carácter integral complejo y abierto del sistema colombiano de control de constitucionalidad*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Es de resaltar el llamado que hace la Constitución Política del 91 a la participación de la Nación en la toma de “las decisiones que los afectan” y que en este contexto, puede verse como el complemento al control posterior que realiza la Contraloría General de la República, al considerar a la Nación como vigilante previa y guardiana de la actividad pública. Este rol de la comunidad será resaltado a lo largo de este libro, considerándolo un medio efectivo para la protección del patrimonio de la República que le pertenece a sus asociados. No puede olvidarse que la concepción actual del Estado plasmada en la Constitución, pone a las instituciones al servicio de los ciudadanos en vez de considerarse, como antaño, un fin en sí mismas. Por eso, el artículo 2.º de la Carta Magna continúa diciendo que

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y li-

bertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares⁸⁸.

Con este, fin el Estado desarrolla la función administrativa dentro de la cual plantea que

... Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...⁸⁹.

Parte de esta coordinación es expresada de forma clara en el artículo 269 de la Carta Política, según el cual

En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley⁹⁰.

Para hacer una breve recapitulación, así pues, el control fiscal es interno y externo. El posterior corresponde a la Contraloría General de la República y a las dependencias descentralizadas y desconcentradas (que serán objeto de estudio de un capítulo independiente de este libro), y el interno a las entidades mismas. Respecto a la descentralización adelantamos que el artículo 272 de la Constitución dispone, respecto a

88 Artículo 2.º CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>]. En adelante, todas las referencias a la Carta Magna remiten a esta fuente.

89 *Ibíd.*, artículo 209.

90 *Ibíd.*, artículo 269.

la vigilancia de departamentos, distritos y municipios, que

La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales⁹¹.

A su vez acuerda cómo se ejercerá su función, quién elegirá a los contralores departamentales, distritales y municipales, sus tiempos, condiciones, etc., y de la vigilancia posterior y selectiva enunciada, es justamente de donde se desprende el proceso de responsabilidad fiscal.

Las anteriores consideraciones sobre la naturaleza y los objetivos del control fiscal son acogidas por la Corte Constitucional, que lo define como

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

91 *Ibíd.*, artículo 272.

de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares”⁹².

La cita adiciona que, aunque la vocación del control fiscal es pública, esto no obsta para que los privados puedan ejercerla en determinadas circunstancias, lo que también será tema de discusión posterior. De esto se adelanta que desde un análisis económico del derecho, la posibilidad de que los privados ejerzan control fiscal puede verse al menos desde dos perspectivas: una que considera eficiente la delegación de las funciones del Estado en particulares especializados en las funciones que el Estado debe proveer, muchas veces, sin la infraestructura, la experiencia o la seguridad suficientes; y otra, que ve en esta delegación un alto riesgo de captura del regulador/controlador fiscal en manos de las entidades vigiladas.

Como ya se había mencionado en el primer capítulo de esta obra, al estar relacionada la responsabilidad fiscal con la administración de los recursos públicos del Estado por parte de los servidores públicos que ejercen gestión fiscal o los particulares cuando administran bienes o fondos públicos, esta responsabilidad es solo una extensión de la ya definida al inicio de la Carta Política en su artículo 6.^º, al disponer que

92 Sentencia C-374 de 24 de agosto de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-374-95.htm>], citado por LAURA ALEJANDRA CASTELLAR ALMONACID. “La efectividad del proceso de responsabilidad fiscal en la preservación y fortalecimiento del patrimonio público”, Tesis de Maestría, Universidad Militar Nueva Granada, 2015, p. 6.

Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones⁹³.

La particularidad de la responsabilidad fiscal en este punto se puede adjudicar al hecho de que es solo el dolo y la culpa grave lo que la origina, mientras que otras modalidades del actuar del funcionario pueden suponer responsabilidad disciplinaria o civil, pero nunca fiscal⁹⁴.

Un claro ejemplo del alcance de estas disposiciones lo encontramos en el artículo 53 de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993⁹⁵, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011⁹⁶, inciso segundo:

... Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

93 Artículo 6.º *Constitución Política de Colombia 1991*, cit.

94 Sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002, MM. PP.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2002/C-619-02.htm>].

95 *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html].

96 *Diario Oficial*, n.º 48.128, de 12 de julio de 2011, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html].

Así pues, queda claro que no solo el gestor del gasto, sino también el interventor es responsable en caso de daño patrimonial al Estado. Así mismo, el particular con funciones de interventor responde fiscalmente, pero también responde disciplinariamente si no observa las obligaciones propias de su designación.

I. RESPONSABILIDAD Y PROCEDIBILIDAD

Pasando ahora al proceso de responsabilidad fiscal, su estudio puede iniciarse siguiendo los términos de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000⁹⁷ artículo 1.º, de acuerdo al cual este proceso 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”⁹⁸.

De acuerdo con MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA:

El proceso de responsabilidad fiscal puede definirse como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas, que con observancia de las garantías sustanciales y procedimentales del debido proceso adelantan los órganos de control fiscal, de manera oficiosa, íntegra y objetiva, con el fin de

97 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, *Diario Oficial*, n.º 44.133, de 18 de agosto de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725>].

98 Sentencia C-619 de 2002, cit., nota 8.

determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, como consecuencia del daño causado al patrimonio del Estado en ejercicio de la gestión fiscal, por la administración o manejo irregulares de fondos o bienes públicos [...] Este proceso tiene por objeto obtener una declaración jurídica en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular que maneje o administre fondos o bienes públicos debe responder por las consecuencias que se deriven de su gestión fiscal irregular, por la cual está obligado a reparar el daño que a título de dolo o culpa grave hubiere causado al erario público⁹⁹.

Es necesario recordar que, dada la posibilidad de que distintas ramas del derecho tengan injerencia sobre un mismo evento, como ocurre con el incidente de responsabilidad civil en el proceso penal, para el caso de la responsabilidad fiscal, esta es “autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”¹⁰⁰.

Particularmente, aclara la Corte Constitucional que

... la responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio –ni penal, ni administrativo–, sino que su naturaleza es meramente reparatoria. Por consiguiente, la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma, distinta de las responsabilidades penal o disciplinaria que puedan esta-

99 MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA. *Responsabilidad fiscal en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, 2016, pp. 85 y 86.

100 Ley 610 por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. (Colombia: Congreso de la República, 2000), Artículo 4 Parágrafo 1

blecerse por la comisión de los hechos que dan lugar a ella¹⁰¹.

A. Elementos de la responsabilidad fiscal y procedibilidad

Los elementos necesarios para la determinación de este tipo de responsabilidad en su respectivo proceso se encuentran relacionados en el artículo 5.º de la Ley 610 de 2000:

La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Un daño patrimonial al Estado.
- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores¹⁰².

Precisando estos conceptos se puede decir que:

1. Un daño patrimonial al Estado

El legislador acudió a este concepto como el integrador de los elementos que componen la responsabi-

101 Sentencia C-340 de 9 de mayo de 2007, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-340-07.htm>].

102 Artículo 5.º Ley 610 de 2000, cit.

lidad fiscal, como se verá respecto a la conducta. Es así que se plantea el daño al Estado en los siguientes términos:

[... se] entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías¹⁰³.

Como elemento integrador, es necesario que la certeza del daño sea verificable y cuantificable. Como precisa la Corte Constitucional:

Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud¹⁰⁴.

En los casos de pérdida, daño o deterioro de bienes, por motivos diferentes al desgaste normal del paso del tiempo,

103 *Ibíd.*, artículo 6.º

104 Sentencia SU-620 de 13 de noviembre de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/SU620-96.htm>].

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 responsables¹⁰⁵.

En los demás casos, el daño patrimonial será una pena accesoria a la principal en el ejercicio del derecho disciplinario.

2. Una conducta dolosa o [gravemente] culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal

El criterio más general de este elemento en el área de control fiscal, es el brindado por AMAYA OLAYA:

la acción u omisión imputable al autor del daño, referida a la potestad funcional, reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular que autorizado legalmente despliegue gestión fiscal, en ejercicio de la cual, o con ocasión de ella, genere un daño al patrimonio del Estado¹⁰⁶.

El legislador no previó de manera separada este elemento, sino que se encuentra expresado en el artículo 6.º de la Ley 610 de 2000 ya citada, referente al daño patrimonial del Estado cuando se dice que

105 Artículo 7.º Ley 610 de 2000, cit.

106 URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA. *Fundamentos constitucionales del control fiscal*, Bogotá, Umbral Ediciones, 1996; MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA. "Responsabilidad fiscal", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 3, n.º 2, 2001, pp. 76 a 97, disponible en [<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/196>], p. 78.

... Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o [gravemente] culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público¹⁰⁷.

3. Un nexo causal entre los dos elementos anteriores

Es la exigencia de un elemento subjetivo en la responsabilidad fiscal, ya que es necesario para su cargo que el daño percibido por el Estado sea consecuencia de la conducta. En otras palabras, no puede derivarse responsabilidad fiscal con base a una imputación objetiva del daño, lo que resulta razonable si se tienen en cuenta las circunstancias ajenas al control de un servidor público, que sometido a sus funciones no puede reputarse protector de los recursos que ejecuta de manera indiscriminada, en tanto no está entre sus posibilidades responder a todas las posibles contingencias que sobre ellos se ciernen.

A este elemento se le aplican los postulados de la teoría de la responsabilidad, que es susceptible de no declararse debido a las causales de exoneración, entre las cuales, de sus posibles configuraciones, las más conocidas son la fuerza mayor, el caso fortuito y la culpa exclusiva de la víctima.

107 Artículo 6.º Ley 610 de 2000, cit.

En relación a los elementos para que se constituya la responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional ha señalado que:

Los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al erario público, así pues para que se dé inicio a un proceso fiscal es necesaria la existencia de daño, y para que esté a su vez sea indemnizable el daño, debe ser cierto, actual, real, es decir, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su existencia, y que no se trate de un daño meramente hipotético o eventual, precisamente porque no es cierto y se funda en suposiciones, y aunque puede tratarse de un daño futuro, deben existir los suficientes elementos de juicio que permitan considerar que así el daño no se ha producido, exista suficiente grado de certeza de que de todas maneras habrá de producirse¹⁰⁸.

Así, para que se ejerza en debida forma la acción fiscal, debe presentarse un daño cierto, que puede ser actual o futuro, siempre que se tenga por seguro que el daño que no es presente ocurrirá en forma necesaria. Se debe recordar esta estipulación, que será relevante más adelante en este libro, pues de ella depende la definición del hecho generador que se desarrollará en el siguiente capítulo.

Para resumir nuestro estudio sobre el control fiscal y su procedencia, finalizamos enfatizando la peren-

108 Sentencia C-189 de 6 de mayo de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-189-98.htm>].

toriedad de la potestad estatal de perseguir el daño fiscal, pues ésta, como se estudiará también en el segundo capítulo, está sometida a los fenómenos de la caducidad y la prescripción. Así

El control fiscal posterior no es per se inoportuno; la oportunidad no se relaciona con la etapa o momento en que según la Constitución éste debe realizarse, sino con el término en el que las autoridades respectivas deben ejercerlo, que necesariamente, ha de ser después de ejecutados los procesos u operaciones objeto de control y antes de que prescriban las acciones fiscales, administrativas, disciplinarias o penales, procedentes según la Constitución y la ley¹⁰⁹⁻¹¹⁰.

B. Estructura del proceso de responsabilidad fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal está contemplado en la legislación colombiana en tres normas fundamentales: la Ley 42 de 26 de enero de 1993¹¹¹,

109 Sentencia C-623 de 25 de agosto de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-623-99.htm>].

110 Puede anotarse que la referencia a la prescripción de la acción es correcta en la medida en que el derecho a perseguir el detrimento fiscal se extingue por este fenómeno, y con él, necesariamente la acción que le sirve de vehículo. Así mismo, puede decirse que prescribe el derecho que constituye la acción: el derecho de acudir a la jurisdicción. Sin embargo, dada la importancia de los conceptos de caducidad y prescripción para el presente trabajo, es importante puntualizar que la acción caduca, mientras que el derecho prescribe.

111 *Diario Oficial*, n.º 40.732, de 27 de enero de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=289>].

que da las bases “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”¹¹²; la Ley 610 de 2000, la cual “establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”¹¹³ que modificó el proceso de responsabilidad fiscal que había establecido la Ley 42 de 1993, regulando el actual proceso ordinario de responsabilidad fiscal; y la Ley 1474 de 2011 ya citada, que a su vez modificó la Ley 610 de 2000 con la finalidad de fortalecer “los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”¹¹⁴ estableciendo el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.

Respecto a la coexistencia de las normas contenidas en la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 del 2011, es necesario precisar que las modificaciones y adiciones que realizó la última a la primera, que establece el proceso ordinario de responsabilidad fiscal, no afectan el proceso mismo sino su procedimiento,

pues el proceso de responsabilidad fiscal es uno solo; pero con la nueva ley, existen dos procedimientos para su trámite, el ordinario y el verbal, por consiguiente esta norma aplica para ambos¹¹⁵.

112 *Ibíd.*, Disposiciones generales.

113 *Ídem.*

114 *Ídem.*

115 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Guía proceso de responsabilidad fiscal*, Bogotá, Contraloría General de la República, 2013, p. 11.

C. El proceso ordinario de responsabilidad fiscal

En ejercicio de las funciones fiscales en cabeza de la Contraloría, en todos sus niveles, el inicio de este procedimiento puede darse por dos vías; una interna “como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias Contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas”¹¹⁶, o mediante una vía externa “las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas...”¹¹⁷.

Respecto a la caducidad y prescripción en este proceso, objeto de estudio mas adelante, simplemente se menciona en este acápite que, en los términos establecidos por el artículo 9.º de la Ley 610 del 2000:

La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

[...]

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

116 Artículo 8.º Ley 610 de 2000, cit.

117 Ídem.

Respecto al punto de inicio del cómputo de términos, estudiado también más adelante, el legislador plantea que

Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto”¹¹⁸.

Sin embargo, la importancia del punto en el ejercicio del control fiscal es tal, que se realiza aquí una breve disertación en los siguientes términos.

En cualquiera de las posibilidades del proceso, dependiendo de las pruebas con las que cuente la administración, el funcionario que investiga tomará la decisión de abrir una etapa de indagación preliminar o directamente de realizar la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal, contra el o los investigados.

En caso de tenerse claridad sobre los elementos de la responsabilidad fiscal, el hecho generador, el daño patrimonial y el o los funcionarios que realizaron la conducta, se podrá realizar la apertura de una indagación preliminar por máximo seis meses.

Con la apertura de la indagación preliminar se buscan establecer los elementos constitutivos de la responsa-

118 *Ibíd.*, artículo 9.º

bilidad fiscal¹¹⁹. Para esto se pueden decretar pruebas que permitan establecer la identidad de los presuntos responsables y el nexo causal entre el hecho y el daño fiscal ocasionado.

Dentro de esta etapa, la Carta Política, en su artículo 270 le otorga validez a los resultados obtenidos durante esta investigación, al disponer que "Los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente"¹²⁰. Debido a lo anterior, como plantea la Ley 610 del 2000 en su artículo 10.º, se le confiere a los funcionarios de las contralorías funciones de policía judicial, durante la realización de investigaciones, indagaciones o práctica de pruebas.

En caso de no ser necesaria esta etapa, el funcionario encargado de la investigación adelanta de manera directa la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

En este punto, con la expedición del auto de apertura, inicia de manera formal el proceso de responsabilidad fiscal.

Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia

119 *Ibíd.*, artículo 5.º

120 Artículo 271 *Constitución Política* de Colombia 1991, cit.

de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal¹²¹.

Los requisitos mínimos del auto de apertura se encuentran de manera taxativa en el artículo 41 de la Ley 610 de 2000.

1. Competencia del funcionario de conocimiento.
2. Fundamentos de hecho.
3. Fundamentos de derecho.
4. Identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales.
5. Determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía.
6. Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes.
7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables.
8. Solicitud a la entidad donde el servidor público esté

121 Artículo 40 Ley 610 de 2000, cit.

o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad personal y su última dirección conocida o registrada; e igualmente para enterar la del inicio de las diligencias fiscales.

9. Orden de notificar a los presuntos responsables esta decisión”¹²².

En caso de que no se infiera un mínimo de certeza para proceder a tomar una decisión de fondo que permita cumplir con las finalidades de la Ley 610 de 2000, se procede a la emisión de autos que decretan pruebas y conforme a lo consagrado en el artículo 28 de la Ley 610 de 2000:

... Los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tendrán validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales de ley.

De igual forma, teniendo en cuenta el artículo 22 de la Ley 610 de 2000:

“... Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso”.

Por lo tanto, se ordenará tener e incorporar como pruebas las que cumplan las condiciones de conducentes, pertinentes y útiles.

122 *Ibíd.*, artículo 41.

Es preciso atender a la doctrina en lo que hace referencia a la conducencia, la pertinencia y la utilidad.

1. Conducencia, pertinencia y utilidad

El concepto de conducencia hace a la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Supone la comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber si el hecho se puede demostrar en el proceso con el empleo de ese medio probatorio. Significa que los resultados arrojados por la respectiva práctica de dicha prueba generan el grado de certeza necesario respecto al daño que origina la acción fiscal y el deber ser consagrado en la Ley 610 de 2000. Respecto a esto se anota la libertad probatoria del ente investigador en los asuntos de responsabilidad fiscal.

La pertinencia se fundamenta en el análisis del hecho que se pretende demostrar con la prueba: debe encontrarse una relación directa con el hecho investigado, lo cual permitiría concluir que el Estado sufrió un daño en su patrimonio o que, por el contrario, dicho daño fue reparado en su totalidad.

La utilidad se establece como el móvil que debe estimular la actividad probatoria que no es otro que el de llevar pruebas que presten algún servicio al proceso para la convicción del juez o del operador procesal administrativo, la utilidad de la prueba documental, estriba en doble sentido:

- i) En la plena convicción de la existencia del daño y la determinación del mismo en relación a su causa y exactitud de su cuantía o
- ii) En la verificación de la reparación del daño y en consecuencia en la firmeza del principio fundamental de presunción de inocencia de los implicados.

2. Vinculación de tercero garante

Durante el desarrollo del proceso fiscal, “cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza”¹²³ se realizará la vinculación de garante en calidad de tercero civilmente responsable. Así, será vinculada la compañía que ha contratado el seguro “por virtud del cual adquiere la obligación condicional de indemnizar el daño sufrido por el Estado, en los términos de la relación asegurativa”¹²⁴.

3. Notificación y comparecencia del presunto responsable

Respecto a las notificaciones dentro de esta actuación, éstas se rigen por “la forma y términos establecidos

123 Artículo 44 Ley 610 de 2000, cit.

124 MATEO RODRÍGUEZ BORDA. “Incidencia y aplicación del derecho de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal”, Tesis de Maestría, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2014, disponible en [<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/15834/RodriguezBordaMateo2014.pdf?sequence=1>], p. 49.

en el Código Contencioso Administrativo”¹²⁵, actualmente el CPACA, y respecto a los traslados:

Los presuntos responsables fiscales dispondrán de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer.

4. Fallo

Siendo así, existen dos vías: el denominado fallo con o sin responsabilidad fiscal; siendo el primero definido en el artículo 53 de la Ley 610 del 2000.

El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa [grave] del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Por otro lado, en caso de que en el proceso “se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los ele-

125 Artículo 49 Ley 610 de 2000, cit.

mentos que estructuran la responsabilidad fiscal”¹²⁶, se proferirá fallo sin responsabilidad fiscal.

En ambos casos, estos fallos son proferidos después de efectuar el traslado y realizar la práctica de las pruebas necesarias para tomar una decisión de fondo, “dentro del término de 30 días”¹²⁷.

5. Archivo

Tanto en la indagación preliminar como en el proceso, después de proferir auto de apertura, se puede proferir auto de archivo “cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal”¹²⁸, esto es respectivamente la no comprobación de los elementos de la responsabilidad fiscal, daño, conducta, nexo.

También se podrá proferir auto de archivo cuando “se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio”¹²⁹ esto en virtud de las condiciones de cesación de la acción fiscal establecidas, entre ellas el que se encuentre “demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente”¹³⁰, también se predica el auto de archivo cuando se establece “la operación de una causal exclu-

126 *Ibíd.*, artículo 54.

127 *Ibíd.*, artículo 52.

128 *Ibíd.*, artículo 47.

129 *Ídem.*

130 *Ibíd.*, artículo 16.

yente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma”¹³¹, tema sobre el que disertará más adelante en este trabajo.

6. Grado de consulta

En caso de que se profiera 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, se ha establecido el grado de consulta de estas decisiones. La norma lo ha impuesto como una “defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales”¹³². Siguiendo a IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE,

opera *ex lege*, es decir, por mandato legal, razón por la cual es el funcionario competente quien debe enviar el expediente a su superior jerárquico o funcional, según la estructura del órgano de control, dentro de los tres días siguientes a la toma de la decisión. Por tanto, no son sujetos procesales los que deben solicitar que se adelante el trámite de la consulta¹³³.

7. Ejecutoria

Tomadas las decisiones de fondo, las providencias quedarán ejecutoriadas.

131 *Ibíd.*, artículo 47.

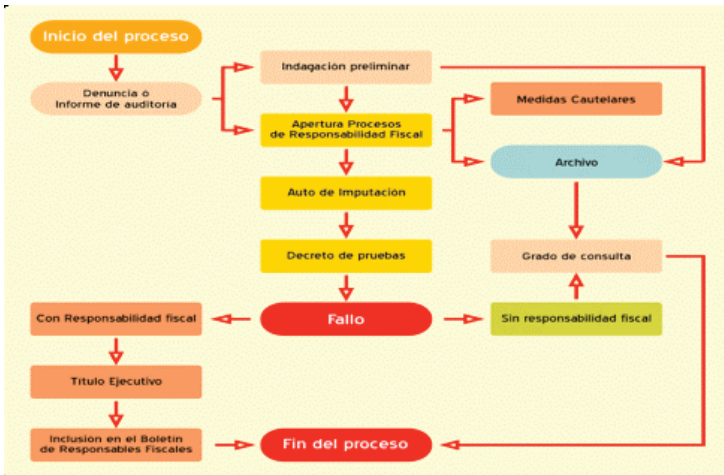
132 *Ídem.*

133 IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE. *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*, Bogotá, Legis, 2014, p. 365.

1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso.
2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos.
3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido¹³⁴.

En el caso de presentarse recursos

el funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes. El funcionario de segunda instancia podrá decretar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias para decidir la apelación, por un término máximo de diez (10) días hábiles, libres de distancia, pudiendo comisionar para su práctica.



Fuente: MONDRAGÓN DUARTE, SERGIO LUIS. *Manual básico de control fiscal*, Ibagué, Universidad Cooperativa de Colombia, 2016.

134 Artículo 47 Ley 610 de 2000, cit.

Por último, una consecuencia adicional al fallo proferido con responsabilidad fiscal, además de la obligación de pagar el daño, es su anotación y reporte en los boletines de responsables fiscales. Esta anotación

no será retirad[a] a menos que acredite el pago de la obligación a favor del Estado o la anulación del fallo de responsabilidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, publicación que, además, mientras permanezca en ella, le impedirá [al funcionario] vincularse nuevamente con el Estado o contratar con él, pues se convierte en un antecedente de responsabilidad fiscal¹³⁵.

8. Proceso de responsabilidad fiscal verbal

La Ley 1474 de 2011 ya citada se expide con el propósito de fortalecer la investigación y prevención para la sanción de actos de corrupción dentro de una gestión fiscal. El legislador crea esta ley con el objetivo de modernizar el proceso para mayor agilidad en la toma de decisiones.

Según el artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, el proceso de responsabilidad fiscal es verbal y no ordinario, cuando del análisis del dictamen o de las denuncias de control se extraigan los hechos y se determine que es posible, con los elementos de juicio existentes, proferir de manera inmediata un auto de apertura e imputación correspondiente. En los demás casos, el proceso se sigue cursando bajo el amparo de la Ley

135 WILSON RUIZ OREJUELA. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2010.

610 de 2000. El proceso más expedito de la Ley 1474 de 2011

suprime algunas de las etapas expuestas y fusiona la de apertura e imputación, concentrando la actuación probatoria en una sola audiencia [...] Esta es la principal connotación del procedimiento, que no incide en la naturaleza administrativa de la acción fiscal y que tampoco modifica las fuentes normativas aplicables, ni introduce figuras del derecho penal, como el principio inquisitivo.

El proceso verbal de responsabilidad fiscal se surte en cuatro etapas:

- 1.^a Sí existe de manera objetiva un daño patrimonial y hay prueba en contra del responsable fiscal, el funcionario puede expedir un auto de apertura de imputación de responsabilidad fiscal, este auto se notifica de manera personal al responsable fiscal o a su apoderado.
- 2.^a Se desarrollan dos audiencias, de descargos y de decisión.
- 3.^a La audiencia de descargo se inicia en la fecha y hora señaladas en el auto de apertura de imputación, en esta audiencia el funcionario que es designado, practica las pruebas y la sustanciación, de esta manera todos los sujetos procesales pueden participar e intervenir dentro de la audiencia ejerciendo su derecho a la defensa, la contraloría podrá en esta etapa notificar medidas cautelares, solicitar pruebas, decretará prácticas de pruebas, declara o niega impedimentos,

resuelve nulidades, resuelve las acusaciones o vincula a un nuevo presunto responsable.

4.^a La audiencia de decisión debe ser llevada a cabo por el funcionario al cual le compete decidir, en esta audiencia se declara la decisión tomada, en la presencia del presunto responsable fiscal. de su apoderado, defensor de oficio, garante o quién se haya designado para su representación, se expondrán los alegatos de conclusión sobre los hechos objeto de imputación y de esta manera, el funcionario delegado determina si se incurrió en un daño al patrimonio público, si radica en dolo o culpa y qué suma se debe pagar por el resarcimiento del daño, para finalizar emitirá fallo de responsabilidad fiscal. La cuantía del fallo con responsabilidad fiscal se indexará a la fecha y se entiende notificado en estrados en la audiencia, con independencia de si el presunto responsable fiscal o su apoderado asisten o no a la misma¹³⁶. Si el responsable fiscal, su defensor, el apoderado de oficio o el tercero declarado civilmente responsable se encuentran en la audiencia, pueden interponer recurso de reposición o apelación en contra de la decisión final según fuere el caso, que debe ser sustentado dentro de los diez días siguientes. Esos recursos se resuelven dentro de los dos meses siguientes contados desde la sustentación, la providencia que resuelve estos recursos se notifica personalmente.

136 Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm>].

II. MEDIOS DE CONTROL

La tradicional concepción de acciones administrativas del Código Contencioso Administrativo –CCA–¹³⁷, fue sustituida por la de medios de control con la expedición de su derogante, el actualmente vigente Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–¹³⁸. La concepción de acción se predica ahora como el género, acción de lo contencioso administrativo, de la cual hacen parte como especies, los ahora llamados medios de control.

Frente a las decisiones emitidas por la administración proceden recursos por la persona afectada con una decisión contenida en un acto administrativo de carácter particular y definitivo o en un acto presente solicita ante la autoridad que profirió la decisión o ante su inmediato superior la aclaración, modificación o revocación del acto¹³⁹.

Estos recursos son la reposición, la apelación y la queja. Es pertinente recordar las diferencias entre estos recursos, los cuales conforman el proceso administrativo y el proceso contencioso administrativo que se detalla más adelante. Para IVÁN MAURICIO FERNÁNDEZ

137 Decreto 01 de 2 de enero de 1984, *Diario Oficial*, n.º 36.439, de 10 de enero de 1984, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo.html].

138 Ley 1437 de 18 de enero de 2011, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

139 ALEKSEY HERRERA ROBLES. *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad del Norte, 2012, p. 444.

ARBELÁEZ¹⁴⁰, debemos contemplar seis diferencias fundamentales: el proceso contencioso administrativo es de carácter judicial, mientras el administrativo, se surte ante la administración pública; son procesos complementarios, debido a que ciertas acciones requieren del agotamiento de la vía administrativa con el proceso administrativo para acudir al plano contencioso; son dos objetos de estudio diferentes, al primero le corresponde el derecho procesal administrativo como método de estudio y al segundo el derecho contencioso administrativo; en el proceso administrativo, la decisión se encuentra en cabeza de una de las partes, mientras en el contencioso la decisión proviene de un juez que podría ser singular o colegiado; mientras el proceso administrativo obedece al quehacer mismo del Estado de lograr sus fines esenciales, el contencioso busca definir una controversia o restablecer un derecho subjetivo; y por último, el proceso administrativo concluye con un acto administrativo en firme, mientras el contencioso administrativo lo hace con una sentencia en firme.

Siendo así el proceso contencioso administrativo es

el conjunto de actos procesales coordinados, los cuales poseen sus ritualidades propias, que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el objeto de controlar el comportamiento de la Administración Pública en procura de que este busque materializar el in-

140 IVÁN MAURICIO FERNÁNDEZ ARBELÁEZ. *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo*, t. I, vols. I y II, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia, 2015.

terés general, restablecer los derechos subjetivos de las personas y salvaguardar el orden jurídico general¹⁴¹.

Dentro de este proceso, encontramos 14 diferentes medios de control, de los cuales solo profundizaremos en los medios de control de reparación directa y repetición, debido a su relación estrecha con el daño patrimonial al Estado.

Se hará énfasis en estos medios de control, ya que para 2017 existían en contra del Estado

unas 500.000 demandas, de las cuales dos terceras partes corresponden a temas laborales, esencialmente del orden civil y del administrativo. Esas demandas tienen un valor aproximado de 12 billones de pesos. La parte restante, que son unas 150.000 demandas, acumulan pretensiones por 306 billones de pesos¹⁴².

A. Acción de reparación directa

Su base constitucional se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política, que establece los criterios de responsabilidad del Estado, según el cual éste responderá “patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”¹⁴³.

141 Ídem.

142 AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Boletín de prensa, n.º 2, de 27 de mayo de 2017, disponible en [<https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/300517.aspx>].

143 Artículo 90 *Constitución Política de Colombia 1991*, cit.

De esta reparación patrimonial del Estado, “consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo”¹⁴⁴, surge la acción de repetición del Estado, la cual se abordará en el siguiente acápite. Siendo así, la acción de reparación directa genera un daño patrimonial al Estado, para su recuperación la administración se enfrenta, en teoría, a una dicotomía entre el proceso de responsabilidad fiscal y la acción de repetición, dicotomía resuelta, en el derecho nacional, en favor de la acción de repetición.

A nivel legal el medio de control de reparación directa se encuentra plasmado en el artículo 140 del CPACA,

... la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma¹⁴⁵.

Ya que a esta pretensión pueden acudir tanto los administrados como los administradores, las entidades públicas quedan facultadas para presentarse ante la

144 Ídem.

145 JORGE CHAVARRO CADENA. *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*, 2.^a ed., Bogotá, Grupo Editorial Nueva Legislación, 2016, p. 140.

jurisdicción, “cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”¹⁴⁶. El plazo con el que cuentan los afectados para iniciar esta reclamación es de dos años, plazo contemplado en el CPACA y que empieza a correr

a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior, y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia¹⁴⁷.

Los títulos de imputación para el ejercicio de este medio de control son tres.

El régimen de la falla en el servicio es el régimen de responsabilidad principal, en él puede incurrirse

ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, esto es, cuando la acción o la omisión estatal causantes de perjuicio lo ha infringido¹⁴⁸.

El régimen de riesgo excepcional,

obedece a la necesidad de que se diera un tratamiento especial a los casos en los cuales, la concreción de un riesgo

146 Ídem.

147 Ídem.

148 ANDRÉS ORIÓN ÁLVAREZ PÉREZ. *El proceso de reparación directa en contra del estado colombiano*, x Congreso Panameño de Derecho Procesal, Medellín, junio de 2013, p. 6.

creado lícitamente por la administración, causara un daño a un miembro de la sociedad”¹⁴⁹.

Por último, el régimen del daño excepcional, se aplica a las situaciones en las que el Estado, bajo el ejercicio legítimo de sus facultades y en busca de los objetivos esenciales que lo guían, “no obstante perjudica a los particulares en forma más gravosa que al resto de la comunidad, sin que tal desmedro se vea compensado por un mayor beneficio a su favor”¹⁵⁰, este daño genera una carga desproporcionada para el administrado el cual acude a este medio de control.

B. Acción de repetición

Se origina en la necesidad que tiene el Estado de recuperar las sumas pagadas a los particulares o entidades públicas afectadas, por el accionar de sus funcionarios, cuando se haya obrado con dolo o culpa grave.

Respecto a su origen, precisa WILSON RUIZ OREJUELA que

Inicialmente fue concebida por el artículo 54 de la Ley 80 de 1993 que señalaba que “en caso de condena a cargo de una entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de un servidor público, la entidad, el ministerio público, cualquier persona u oficiosamente el juez competente, iniciarán la respectiva acción de repetición, siempre y cuando aquél no hubiere sido llamado en

149 *Ibíd.*, p. 7.

150 *Ídem.*

garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”¹⁵¹.

El Consejo de Estado ha definido y mantenido constante su opinión respecto a los elementos de la repetición como medio de control:

La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto; La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto; El pago realizado por parte de la Administración; y la calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa¹⁵².

Existe una excepción a este medio de control, relacionada con el conflicto armado colombiano, donde el legislador previó que

En el caso de miembros de la Fuerza Pública que hayan cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, no procederá la acción de repetición y el llamamiento en garantía establecidos en el artículo 90 de la Constitu-

151 RUIZ OREJUELA. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, cit., p. 350.

152 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia 25000-23-26-000-2000-01876-01 (25.597), de 21 de febrero de 2011, C. P.: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.

ción Política. En todo caso, deberán contribuir al esclarecimiento de la verdad, a la reparación no monetaria de las víctimas y garantizar la no repetición”¹⁵³.

Tres características de este medio de control, según RUIZ ORJUELA¹⁵⁴ son: primero, la posibilidad de presentarse como una acción independiente o por medio del llamamiento en garantía en el proceso de responsabilidad que curse contra el Estado; la segunda es la procedencia del medio de control cuando el daño patrimonial al Estado que surge como resultado de una condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación del conflicto, se deba a una conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes; y la tercera, que atiende a los requisitos de procedibilidad de este medio de control, remite a la necesidad de que se expida certificación al respecto por parte del tesorero o pagador de la entidad.

La comisión de forma dolosa por parte de un agente del Estado se presupone en los siguientes escenarios

a) cuando obra con desviación de poder; b) cuando expide un acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento; c) cuando expide un acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos

153 Artículo 26 Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017, *Diario Oficial*, n.º 50.196, de 4 de abril de 2017, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Acto/30030428>].

154 RUIZ OREJUELA. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, cit., p. 486.

que sirven de sustento a la decisión de la administración; d) cuando ha sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado; e) cuando ha expedido resolución, auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial¹⁵⁵.

El tiempo que ha fijado la ley para el ejercicio de este medio de control es de dos años desde el momento en que se realizó el pago total de la obligación a cargo del Estado; el legitimado para iniciar este procedimiento es la entidad de derecho público perjudicada con el pago, y lo deberá iniciar "en un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública"¹⁵⁶; en caso de no iniciar en este periodo, será competencia del Ministerio Público o de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación iniciar este procedimiento, más aún, ya que este medio de control busca el reintegro de dineros del patrimonio de la Nación, está en cabeza de cualquier persona requerir a las entidades que cuentan con legitimación para iniciar este medio que lo instauran. Sobre los motivos de la renuencia o la procedencia a cumplir su requerimiento se le informará al ciudadano, en los términos que el mismo artículo de la Ley 678 de 2001 ha fijado para el asunto.

155 *Ibíd.*, p. 353.

156 Artículo 8.º Ley 678 de 3 de agosto de 2001, *Diario Oficial*, 44.509, de 4 de agosto de 2001, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4164>].

A su vez, la Ley 678 de 2001 reguló el llamamiento en garantía al funcionario que, presuntamente, haya realizado el daño a través de su accionar doloso o gravemente culposo, a los procesos en los cuales se está demandando al Estado por el pago de un daño, como son los medios de control de controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho. En estos casos, las entidades demandadas o el Ministerio Público

podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario¹⁵⁷.

Una de las principales debilidades de la acción de repetición se encuentra en que es la misma entidad interesada la que decidirá si inicia o no la persecución de los recursos por los que ha sufrido un detrimento. Una posible solución es fortalecer la función de la Agencia Nacional de Defensa Pública del Estado, lo cual se ha venido dando durante los últimos años, sobre lo cual se hará énfasis en las conclusiones del presente aparte.

C. Prevalencia y exclusión

Planteados los elementos y las características más importantes del proceso de responsabilidad fiscal y el

157 *Ibíd.*, artículo 19.

medio de control de repetición, es necesario definir cuál es la jerarquía o el desarrollo que tienen en caso de un daño al patrimonio del Estado, ya que ambos encuentran su origen en un daño efectivo y cierto, causado por la actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario público. Esta discusión tiene especial relevancia en tanto el ejercicio de las dos vías conlleva términos diferentes para su inicio y caducidad. Como se mencionó antes, el plazo para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal será de cinco años, contados desde el hecho generador del daño, mientras que para el medio de control de repetición se cuenta con un plazo de caducidad de dos años, contados desde el pago efectivo por parte de la entidad requerida en un proceso de responsabilidad contra el Estado.

Así, menciona GÓMEZ LEE en conferencia de 2016¹⁵⁸ que el ejercicio de la auditoría fiscal se puede ver entorpecido por la multiplicidad de procedimientos que pueden verse involucrados en el desarrollo del control fiscal. Menciona el doctrinante los procedimientos propios del control disciplinario, del control fiscal y de la acción de repetición. En efecto, las tres vías son instrumentos de control de la actuación del funcionario público que pueden colisionar en tanto sus bases y objetivos son similares.

158 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Congreso Internacional de buenas prácticas en la vigilancia y control a los recursos públicos”, Bogotá, 29 de noviembre de 2016, información disponible en [<http://www.auditoria.gov.co/Paginas/DetalleNoticia.aspx?idn=121>].

Es menester recordar lo preceptuado por el artículo 4.º de la Ley 610 de 2000, que plantea que “la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”¹⁵⁹, lo cual en principio indicaría que la posibilidad de surtir estas dos vías al mismo tiempo es posible. Lo anterior sería concordante a su vez con el concepto emitido sobre este particular por la Auditoría General de la República¹⁶⁰, por petición de la Contraloría de Bogotá D. C., en el que se concluye que

para la Auditoría General de la República es jurídicamente admisible promover acción de responsabilidad fiscal y acción de repetición, toda vez que los dos tipos de responsabilidad son autónomos.

Sin embargo, la Corte Constitucional, ha definido un criterio diferente al respecto

Este alto Tribunal se ha referido a la acción de repetición, señalando que la misma constituye “el medio judicial idóneo que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso

159 Artículo 4.º Ley 610 de 2000, cit.

160 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto n.º OJ-110-435, de 13 de julio de 2004, disponible en [[https://www.auditoria.gov.co/Conceptos_Juridicos/Conceptos%202004/AGR.%20Concepto%20Jur%C3%ADdico%20110.068.2004%20\(Acciones%20Fiscal,%20Repetici%C3%B3n\).pdf](https://www.auditoria.gov.co/Conceptos_Juridicos/Conceptos%202004/AGR.%20Concepto%20Jur%C3%ADdico%20110.068.2004%20(Acciones%20Fiscal,%20Repetici%C3%B3n).pdf)].

administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado”¹⁶¹.

Consideración que avala GÓMEZ LEE¹⁶² referenciando un pronunciamiento del Consejo de Estado al respecto, según el cual

considera la Sala que no le asiste razón [a la apelante] en sostener que el proceso de responsabilidad fiscal es una vía igualmente válida que la acción de repetición para perseguir la reparación del detrimento patrimonial infligido al Estado. Si un servidor público, con un acto suyo, doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular, ocasiona una condena al Estado, incurre para con éste en responsabilidad civil, que debe ser judicialmente declarada. Pero si dicho servidor, en ejercicio de sus competencias para administrar o custodiar bienes o fondos, causa su pérdida, incurre en responsabilidad fiscal, cuyo pronunciamiento está reservado a la Contraloría.

Siendo así, respecto a la concurrencia o exclusión de estas dos figuras en la recuperación del patrimonio del Estado, las dos posiciones más claras respecto a esto son las dadas por el Consejo de Estado¹⁶³ y FRANCISCO GÓMEZ SIERRA. El Alto Tribunal compara las dos figuras y encuentra que ambas tienen un objeto idéntico

161 Sentencia C-619 de 2002, cit.

162 GÓMEZ LEE. *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*, cit., p. 48, citando a CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 6620 de 26 de julio de 2001, C. P.: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE.

163 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia 25000-23-26-000-1999-00469-01 (26.413), de 7 de febrero de 2011.

reembolso del pago que haya debido hacer, en el primer caso, por un daño antijurídico achacable a una conducta dolosa o gravemente culposa del agente público y en el segundo, por un detrimento al patrimonio público debido a una mala ejecución de la gestión fiscal.

Y a continuación, resalta la diferencia fundamental entre los dos procesos. El daño, como se mencionó al analizar este elemento como parte del proceso de responsabilidad fiscal, es el elemento integrador en este proceso respecto al nexo causal y la conducta, de donde se deriva la importancia de su diferenciación respecto al medio de control de repetición

en el procedimiento de responsabilidad fiscal, debe existir un daño patrimonial al Estado, en la acción de repetición un daño antijurídico a un tercero.

Al precisar el Alto Tribunal el alcance de estas dos definiciones, donde el daño patrimonial como elemento del proceso de responsabilidad fiscal es

“la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida [...] o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado”; mientras la figura del daño antijurídico como elemento esencial en la Repetición es “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”.

A su vez, GÓMEZ SIERRA¹⁶⁴ define esta problemática desde la óptica de enfrentar el Estado como parte en cada proceso.

164 FRANCISCO GÓMEZ SIERRA. *Control Fiscal y Proceso de Responsabilidad Fiscal*, Bogotá, Legis, 2017, p. 178.

Aquí el Estado obra como extremo infractor, a tiempo que el extremo pasivo lo constituyen las personas que lleguen a padecer los rigores y efectos perjudiciales de su injustificada acción u omisión institucional, que por regla general se traduce en una falla del servicio o en otras manifestaciones contrarias a derecho. Por eso mismo, en tratándose 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 quebrantes públicos o particulares. Circunstancia pasiva que se hace aún más 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 todas las conductas de un servidor público vinculan a la Administración.

III. EL CONTROL FISCAL EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación, se hace referencia a las entidades fiscalizadores superiores¹⁶⁵ del derecho común europeo y de algunos países de la región latinoamericana; este tipo de organizaciones hacen parte de tres posibles modelos:

165 Para una comparación esquemática de tipos, periodos, características de entidades fiscalizadores superiores de diferentes países, véase: ENRIQUE GROISMAN y EMILIA LERNER. "Responsabilización por los Controles Clásicos", disponible en [<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/UNPAN000179.pdf>].

1.º La Corte de Cuentas, como órgano colegiado ubicado formalmente en la órbita del Poder Ejecutivo a cuyos miembros se les reconoce el mismo estatus y garantías de independencia de los jueces, cuyo ejemplo paradigmático es la Corte de Cuentas de Francia.

2.º La Corte de Cuentas, como órgano colegiado ubicado en el poder judicial o como un órgano autónomo de fiscalización; cuyos ejemplos principales serían los tribunales de cuentas alemán y español.

3.º El Contralor General o Auditor General, como órgano unipersonal, ubicado formalmente en la órbita del Congreso, como auxiliar o una extensión del mismo en lo relativo a labor de fiscalización sobre el manejo de fondos públicos. Es el modelo angloamericano ejemplificado por la General Audit Office –GAO– de los Estados Unidos de América y la Oficina del Auditor General del Canadá –OAG–¹⁶⁶.

Interesa destacar que, entre las diferencias de estos sistemas

... las cortes o tribunales de cuentas tienen naturaleza jurisdiccional y por ello hacen parte de la rama judicial; conformando, en palabras del doctor Esteban Jaramillo, un sistema de control fiscal de naturaleza contencioso-administrativa. Constituye el modelo de control fiscal europeo continental; de hecho, la corte de cuentas que

166 RODRIGO NARANJO GÁLVEZ. *Eficacia del control fiscal en Colombia. Derecho comparado, historia, macro organizaciones e instituciones*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 42 y 43.

sirvió de patrón o paradigma durante el siglo diecinueve fue la corte de cuentas creada por NAPOLEÓN BONAPARTE en 1807¹⁶⁷.

GÓMEZ LEE, en conferencia de 2016¹⁶⁸, insiste en la necesidad de revisar esta perspectiva del control fiscal en nuestro país, tema que abordaremos en la conclusión de este capítulo.

A. La responsabilidad fiscal en el derecho común europeo

El control fiscal europeo presenta la complejidad de desarrollarse en dos niveles que a la par de ser autónomos, interactúan de manera estrecha, debido al constante crecimiento de las instituciones comunitarias, las cuales cuentan con un presupuesto propio y autónomo, cuya gestión depende en parte, tanto de la Comisión Europea como del Parlamento, esto es, tanto de la influencia directa de los países miembros como de la institución con vocación de independencia que es el Parlamento. Esta característica deriva en la necesidad, respondida en el Convenio de Bruselas de 1975, de crear una institución de control fiscal de las instituciones continentales.

167 RODRIGO NARANJO GÁLVEZ. "Reforma política y control fiscal", *Estudios socio-jurídicos*, vol. 1, n.º 1, 1999, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/189084>], p. 84.

168 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. "Congreso Internacional de buenas prácticas en la vigilancia y control a los recursos públicos", cit.

Por otra parte, se presenta un flujo inverso de recursos de la comunidad hacia los Estados que ejecutan los programas de la Unión Europea, lo que demanda que el control fiscal de la Unión incluya la revisión por parte de los Estados parte de los recursos enviados a las instituciones comunitarias, el control por parte de la Unión Europea de los recursos comunes ejecutados por los Estados soberanos, de manera inversa, como queda dicho, el control de la Unión frente a los recursos enviados por los Estados y el de los mismos Estados de los recursos que, provenientes de la Unión, son ejecutados en sus territorios, por sus respectivas administraciones.

Tribunal de Cuentas Europeo –TCE–

El Tribunal de Cuentas Europeo es el auditor externo de la Unión Europea y una de las siete instituciones de la Unión. Cuenta con aproximadamente 900 auditores y a 2017 cumplía 40 años de funcionamiento, con su sede ubicada en Luxemburgo. El Tribunal “advierde de los riesgos, proporciona garantías, señala deficiencias y logros y ofrece orientación a los responsables políticos y legisladores de la UE”¹⁶⁹. Esto significa, por una parte, que el control que realiza es tanto posterior como previo, pero que, desafortunadamente, no ejerce funciones sancionatorias. Sin embargo, cabe resaltar que con el Tratado de la Unión Europea firmado

169 TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. “Informe de actividades 2017”, Luxemburgo, Unión Europea, 2017, disponible en [<https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=45336>], p. 2.

en Maastricht el 7 de febrero de 1992¹⁷⁰ y el Tratado de Amsterdam de 1977¹⁷¹, el Tribunal de Cuentas fue reconocido como una institución plena de la Unión, lo que implica su potestad de acudir al Tribunal de Justicia Europeo para defender sus intereses frente a otras instituciones de su rango, reforzando así su potestad como órgano de control de éstas¹⁷².

El TCE se creó para auditar las finanzas de la UE, de modo que el punto de partida de su trabajo de auditoría es el presupuesto y las políticas de la UE, principalmente en ámbitos relacionados con el crecimiento y el empleo, el valor añadido, las finanzas públicas, el medio ambiente y la acción por el clima. El TCE audita tanto los ingresos como los gastos del presupuesto de la UE¹⁷³.

No debería despreciarse la función de los reportes que realiza la Corte como parte de su control posterior, a pesar de su falta de coercitividad. Por una par-

170 Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1992, disponible en [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf].

171 UNIÓN EUROPEA. “Tratado de Amsterdam por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos”, Amsterdam, 2 de octubre de 1977, disponible en [<http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>].

172 UNIÓN EUROPEA. Cour de Comptes européenne, *Guide des archives*, 2007, Bref historique administratif du CCE, disponible en [https://www.eca.europa.eu/Other%20publications/ARCHIVES_GUIDE_2007/ARCHIVES_GUIDE_2007_FR.PDF], previo registro gratuito, p. 10.

173 Página oficial del Tribunal de Cuentas Europeo, disponible en [<https://www.eca.europa.eu/es/Pages/ecadefault.aspx>].

te, éstos sirven de garantía del control fiscal europeo, brindando seguridad a países extranjeros sobre el manejo de la res pública continental. Esto significa, en la práctica, que la desatención de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas puede resultar tan perjudicial para los Estados parte como podría percibirse, por parte de éstos, que es perjudicial su injerencia en asuntos locales. En otras palabras, la función del Tribunal implica que los Estados estarán más dispuestos a aceptar sus recomendaciones, so pena de ver afectada la percepción de su responsabilidad fiscal a nivel regional e internacional.

Así, estos informes son transmitidos a otras autoridades para que éstas adelanten los controles respectivos según sus competencias y mejoren su desempeño. El Tribunal cumple con un papel de guía, de advertencia y de consulta frente a la política fiscal y a las buenas prácticas de la Comunidad Europea, de acuerdo a las disposiciones del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁷⁴ sobre el derecho a una buena administración, según el cual

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya

174 *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 364/1, 18 de diciembre de 2000, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf].

una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Las funciones del Tribunal se encuentran en los artículos 246 a 248 de su Tratado fundacional, resumidos por la misma institución así:

La Cour des comptes européenne examine les comptes de la totalité des recettes et dépenses de l'Union européenne, et de tout organisme créé par celle-ci, sauf dispositions contraires ; - examine la légalité et la régularité des recettes et dépenses et s'assure de la bonne gestion financière, à savoir que les fonds ont été utilisés de manière économique, efficiente et efficace ; - établit un rapport annuel comportant ses observations sur l'exécution du budget de l'Union européenne pour chaque exercice et fournit une déclaration d'assurance –DAS– concernant la fiabilité des comptes de l'Union européenne pour l'exercice concerné, ainsi que la légalité et la régularité des opérations sous-jacentes ; - peut présenter à tout moment ses observations sur des questions particulières, notamment sous forme de rapports spéciaux ; - rend compte des cas d'irrégularités ou de fraude présumée [...] - rend des avis formels sur les propositions de législation communautaire de nature financière ; - est consultée sur toute proposition concernant des mesures de lutte contre la fraude ; - assiste l'autorité de décharge (Parlement européen)

dans l'exercice de ses fonctions de contrôle de l'exécution du budget de l'Union européenne, par la publication de rapports d'audit et d'avis. >> La Cour n'a aucun pouvoir juridictionnel, ses rapports et avis ne sont donc pas juridiquement contraignants >> Cependant, les travaux de la Cour permettent au législateur et aux responsables de la gestion des programmes et des finances de l'UE d'améliorer la gestion financière¹⁷⁵.

1. Otros medios de control

Otras instituciones tienen influencia en el control fiscal europeo y prometen abrir nuevos horizontes en

175 *Cour de Comptes européenne Guide des archives. 2007*, cit., "La Corte de cuentas europea examina las cuentas de la totalidad de los recursos y gastos de la unión europea, y de todo organismo creado por esta, salvo disposición en contrario; - examina la legalidad y la regularidad de los fondos y gastos y garantiza la buena gestión financiera, a saber, que los fondos han sido utilizados de manera económicamente eficiente y eficaz. ; - publica un reporte anual compuesto por sus observaciones sobre la ejecución del presupuesto de la Unión europea por cada ejercicio y emite una declaración de respaldo (DAS) sobre la confiabilidad de las cuentas de la Unión Europea para el ejercicio en curso, así como la legalidad y la regularidad de las operaciones subyacentes ; - puede presentar, en todo momento, sus observaciones sobre cuestiones particulares, notablemente en forma de reportes especiales ; - informa y da cuenta sobre casos de irregularidades o fraudes presuntos [...] ; - envía consejos formales sobre proposiciones de legislación comunitaria de naturaleza financiera ; - es consultado sobre toda proposición concerniente a medidas de lucha contra el fraude ; - Ayuda a la autoridad de descargos (Parlamento europeo) en el ejercicio de sus funciones de control de la ejecución del presupuesto de la Unión europea, a través de la publicación de reportes de auditoría y aviso. >> El Tribunal no tienen ningún poder jurisdiccional, sus reportes y avisos no son jurídicamente obligatorios >> Sin embargo, los trabajos de la Corte permiten al legislador y a los responsables de la gestión de programas y de las finanzas de la Unión Europea mejorar su gestión financiera'.

la lucha continental contra la corrupción y el fraude. La Oficina Europea de Lucha Antifraude –OLAF– investiga asuntos relacionados con fraude, corrupción y otras afectaciones contra los intereses financieros de la Unión Europea, entregando reportes a las instituciones de la Unión y a los países miembros. Basados en sus recomendaciones judiciales, las autoridades de control internas deben enviar a la OLAF la información sobre las acciones tomadas en contra del detrimento patrimonial europeo. En 2017, de 578 recomendaciones, 148 (o el 42%) fueron investigadas por las Cortes nacionales europeas¹⁷⁶. Más aún, en el mismo año se publicó la regulación para la creación de la Fiscalía Europea¹⁷⁷, que promete constituirse en una institución principal en la integración continental.

This marked a decisive step in the defence of the financial interests of the European Union, and indeed in the development of the European project, by introducing for the first time, albeit not in all Member States, a structure for criminal prosecution at EU level. Once EPPO starts operations, at earliest late in 2020, prosecutions in serious cases of fraud against the EU budget will increasingly be brought before national criminal courts by a European body¹⁷⁸.

176 *Ibid.*, p. 43.

177 UNIÓN EUROPEA. Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), disponible en [<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e8568219-bdd0-11e7-a7f8-01aa75ed71a1/language-en>].

178 “[La creación del EPPO] marca un paso decisivo en la defensa de los intereses financieros de la Unión Europea, y en el desarrollo

2. Articulación local

Aunque la articulación de las autoridades europeas y locales se encuentra aún en desarrollo, existen múltiples instituciones nacionales dedicadas especialmente al control de los presupuestos comunitarios. Así, mientras Austria, Francia, Bélgica, España, Irlanda y Suecia no individualizan el trato del presupuesto proveniente de la Unión o dirigido a sus proyectos, en Dinamarca, Grecia, Italia y Portugal se encuentran departamentos y estructuras dedicados en forma exclusiva a este tipo de recursos, mientras que en los demás miembros de la Comunidad Europea constituyen casos intermedios, con un tratamiento diferenciado de los fondos europeos que no pasa por instituciones diferenciadas¹⁷⁹.

3. Casos nacionales

En cuanto a lo estrictamente nacional, por otra parte, repasamos por resultarnos cercanos, los casos de Francia y España.

del proyecto Europeo en su conjunto, al introducir por primera vez, aunque no en todos los Estados, una estructura para la persecución criminal a nivel comunitario. Una vez que el EPPO inicie funciones, a finales de 2020, la persecución de serios casos de fraude contra el presupuesto europeo serán llevados con mayor frecuencia ante cortes nacional por parte de un cuerpo europeo”.

179 ASSEMBLÉE NATIONALE. “Rapport d’information déposé par la Délégation de l’Assemblée nationale pour l’Union européenne, sur les relation entre la Cour des comptes européenne et les institutions financières nationales”, diciembre de 2001, disponible en [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/024000006/index.shtml>], pp. 29 a 31.

En el país ibérico, el Tribunal de Cuentas es el

Supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del Sector Público (comunidades autónomas y entidades locales). Ejerce el control externo de la actividad económico-financiera del sector público estatal, autonómico y local así como de la contabilidad de los partidos políticos.

Sin embargo, la repetición contra los funcionarios públicos cuya conducta dolosa o gravemente culposa genere un detrimento al patrimonio público tiene un desarrollo relativamente reciente en el país europeo. A pesar que la Ley 30 de 28 de diciembre de 1992¹⁸⁰ ya disponía en su artículo 145 que

La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

No fue sino hasta la expedición de la Ley 40 de 1.º de octubre de 2015¹⁸¹ que este procedimiento fue en efecto reglamentado por la legislación ibérica, que en su artículo 36 dispone

180 *Diario Oficial*, n.º 40.700, de 29 de diciembre de 1992, disponible en [https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-104539_archivo_pdf.pdf].

181 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 236, de 2 de octubre de 2015, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566&p=20171109&tn=2>].

El procedimiento [...] se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites:

- a) Alegaciones durante un plazo de quince días.
- b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.
- c) Audiencia durante un plazo de diez días.
- d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar la finalización del trámite de audiencia.
- e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.

Cabe resaltar que en Colombia, el legislador prefirió establecer para la acción de repetición el mismo procedimiento que el de la acción de reparación directa, según las voces del artículo 10.^º de la Ley 678 de 2001 ya citada, lo que nos da la delantera frente a la institución española, criticada por haber sido convertida en un mecanismo político y politizado.

En Francia, el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador del Estado, y a diferencia del caso colombiano, esta institución realiza controles plurianuales (cuatro por año) a toda persona pública o privada, natural o jurídica que reciba asistencia fi-

nanciera pública¹⁸². Es interesante notar la expresión “asistencia financiera”, que parece dejar más en claro que lo que hace a la necesidad del control fiscal del Estado es, precisamente, la presencia de recursos públicos en el quehacer del controlado. En Colombia, si bien los particulares que ejecutan recursos públicos son claro objeto de control por parte de la Contraloría, no sobraría hacer la precisión de que no solo quienes ejecuten estos recursos en favor de la comunidad, sino todos aquellos que los reciban por una u otra razón (p. ej., en el caso de los salvamentos a entidades financieras), deben estar sujetos a este control.

Es de resaltar, además, la institución de la Escuela Nacional de Administración francesa, institución dedicada a la formación del personal administrativo que cuenta con un examen de alta competitividad para el ingreso de nuevos estudiantes. El alumno recibe un salario como funcionario público durante sus estudios y se le garantiza/exige laborar por una década para el Estado al terminar su carrera. Su posición será definida en función del desempeño académico durante su formación.

En cuanto a la acción de repetición francesa, resulta interesante que su término de ejecución es de tres años a partir de la sentencia judicial

182 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Características generales del control fiscal en España y Francia”, Borrador de trabajo, Bogotá, Contraloría General de la República, disponible en [https://campusvirtual.contraloria.gov.co/campus/memorias/CARACTERISTICAS_DEL_CONTROL_FISCAL_FRANCIA_ESPANA.pdf].

l'action en restitution ou en réparation ne pouvait porter que sur la période supérieure au 1er janvier de la quatrième année précédant celle où la décision était intervenue. Mais, l'article 117 de la loi 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006 a réduit ce délai de forclusion à trois ans. >> un délai de forclusion de trois ans pouvait être considéré comme 'raisonnable et ne rendant pas, en pratique, impossible ni excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire'¹⁸³.

B. La responsabilidad fiscal en el derecho latinoamericano

Respecto a los tres tipos de modelos que pueden adoptar las entidades de fiscalización superior, "la mayoría [...] en Sudamérica corresponden, básicamente, al modelo de auditoría o contraloría, debido a la influencia de WALTER KEMMERER"¹⁸⁴, esto es, el antes mencionado como tercer modelo. Para el caso de estudio, se seleccionaron tres países latinoamericanos, como muestra representativa de las condiciones de manejo fiscal en la región, con condiciones afines para su es-

183 "La acción de restitución o reparación no puede ser incoada más allá del período comprendido hasta el primero de enero del cuarto año a partir de aquel en que la decisión ha sido aprobada. Pero el artículo 117 de la Ley 20005-1719 de 30 de diciembre 2005 de finanzas para el 2006 ha reducido este período de caducidad a 3 años. >> un plazo de caducidad de 3 años [puede] ser considerado razonable y no conlleva, en la práctica, la imposibilidad ni excesiva dificultad para el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico comunitario". || En: Introduction au contentieux fiscal".

184 NARANJO GÁLVEZ. *Eficacia del control fiscal en Colombia. Derecho comparado, historia, macro organizaciones e instituciones*, cit., pp. 54 y 55.

udio como son la estructura legal (con instituciones derivadas del derecho continental); demografía (los más poblados de la región) y económica (con una mayor margen de recursos a controlar) e idioma (castellano).

1. Argentina

De origen constitucional, el país austral designó al Poder Legislativo como el encargado del “control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos”¹⁸⁵, para realizar esta función cuenta con la Auditoría General de la Nación, como máxima entidad de fiscalización nacional, adscrita al Poder Legislativo como apoyo de sus funciones a nivel federal, el

examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación¹⁸⁶.

Para esto le confiere las siguientes atribuciones

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su moda-

185 CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. Constitución Nacional, 1994, Segunda Parte: Autoridades de la Nación, Capítulo Sexto, De la Auditoría General de la Nación, artículo 85, disponible en [<http://www.congreso.gob.ar/constitucionSeccion1Cap6.php>].

186 Ídem.

lidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue”¹⁸⁷.

Es necesario resaltar que al ser Argentina un país con un tipo de organización de orden federal, la Auditoría General de la Nación cumple sus funciones solo a este nivel, ya que Argentina cuenta con 24 Provincias en su conformación sub-nacional “existen 24 sistemas de fiscalización subnacional distintos. Si bien cada uno tiene características propias, la mayoría comparte algunas similitudes”¹⁸⁸.

Una de las características de estas disímiles instituciones, que debemos resaltar es la de que

La mayoría de los entes fiscalizadores son órganos extra-poder; es decir, que no se encuentran bajo la órbita ni dependencia de ninguno de los poderes del estado provincial y sus resoluciones solo pueden ser revisadas judicialmente¹⁸⁹.

Instancia similar a la vía administrativa en el caso colombiano, que al ser agotada solo puede ser revisada por medio de un proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

187 Ídem.

188 CAROLINA CORNEJO. Órganos de control en Latinoamérica. Indicadores de transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas, Buenos Aires, Iniciativa TPA, junio de 2013, disponible en [<http://iniciativatpa.org/2012/wp-content/uploads/2013/07/Informe-regional-sobre-indicadores-de-TPA.pdf>].

189 Ídem.

Como ya lo mencionamos, la característica de Estado Federal, conlleva que no exista una relación de jerarquía entre los distintos niveles de organismos encargados del ejercicio del control fiscal, sin embargo existe un referente próximo al respecto, no de jerarquía sino de articulación, entre los niveles nacionales y subnacionales la Red Federal de Control Público, la cual se creó

como un emprendimiento organizacional que integra y complementa las estructuras estatales de fiscalización y auditoría, en el orden nacional, provincial y municipal¹⁹⁰.

Con motivo de las crisis económica y social que sufrió este país en 2001, que llevó a que en 2002 se declarara al país en estado de emergencia pública, en este contexto el país se vio avocado a la creación de esta institución cuya

finalidad es evaluar el desempeño de los programas sociales ejecutados por cada una de las jurisdicciones por lo que, además, a través de relevamientos y acciones directas en el campo, se constituye como la garante de cobertura de control de la ejecución de las políticas públicas en el ámbito nacional¹⁹¹.

Siendo este el referente más próximo a la acción jerárquica que desarrollan la Contraloría General de República, en todos sus niveles.

190 ALESSANDRA MINNICELLI. "¿Qué es la red federal de Control Público?, *Revista Sigen*, año 5, n.º. 7, noviembre de 2014, disponible en [<http://www.sigen.gob.ar/pdfs/revista-sigen/revista-07.pdf>], p. 6.

191 *Ibíd.*, p. 7.

Por último, respecto a los plazos que confiere el Estado argentino para las acciones propias de este tema, se debe precisar que debido a la naturaleza legal de este país los plazos son disimiles, como concluye GASTON LAPAZ

No existe en nuestro derecho una regulación genérica respecto a la prescripción y caducidad de las infracciones y sanciones administrativas. Está regulada la materia disciplinaria y las faltas penales, lo cual muchas veces se invoca a efectos de la aplicación supletoria¹⁹².

Sobre lo cual también concluye CARLOS BOTASSI, respecto a estos plazos sobre los cuales las provincias del país tiene potestad de modificar “es cierto que, frente al déficit presupuestario crónico que padecen las provincias, se corre el riesgo de que establezcan plazos de prescripción desorbitados”¹⁹³ y ante lo cual en concordancia con LAPAZ, en su llamado a la seguridad jurídica sobre estos términos concluye que

Entonces deberá aparecer en escena el control judicial de razonabilidad tomando como referencia el plazo genérico de cinco años y el plazo especial de dos años para los cré-

192 GASTÓN LAPAZ. “Seguridad jurídica: Plazos de prescripción y caducidad de las infracciones y sanciones administrativas en nuestro derecho y jurisprudencia”, *Revista de Derecho Público*, año 26, n.º 52, diciembre de 2017, pp. 71 a 82, disponible en [<http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/65>].

193 CARLOS BOTASSI. “Prescripción extintiva de la acción y legislación local”, *Revista Derechos en Acción*, año 2, n.º 3, otoño de 2017, pp. 27 a 40, disponible en [<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/62425>], p. 40.

ditos que se devengan por años o plazos periódicos más cortos [...] Sería saludable que las provincias no excedieran el plazo de cinco años el cual, por otra parte, ya constituía una costumbre jurídica.

2. México

Al igual que el caso antes plasmado, México es un país con un tipo de organización de orden federal, lo cual da a su legislación interna varios niveles. México se encuentra dividido en tres instancias: federal, estatal y municipal.

Existen 31 estados y el Distrito Federal de México, desde la Carta Política se prevee que

los primeros cuentan con libertad y soberanía para decidir en todo lo concerniente a su régimen interior mientras que la naturaleza jurídica del segundo implica que su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local¹⁹⁴.

Como en el caso argentino, el Poder Legislativo, en los “Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores”¹⁹⁵, y es el encargado

194 GUILLERMO CEJUDO. *Entidades fiscalizadoras subnacionales en México. Informe sobre transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas*, México D. F., Iniciativa TPA, junio de 2013, disponible en: [<http://iniciativatpa.org/2012/wp-content/uploads/downloads/2013/07/Informe-Subnacional-M%C3%A9xico.pdf>], pp. 4 y 5.

195 Artículo 50, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial*, 5 de febrero de 1917, disponible en [<https://>

de los aspectos patrimoniales y económicos, para esto cuenta con la Auditoría Superior de la Federación, la cual es

el órgano técnico especializado de la Cámara de Diputados, dotado de autonomía técnica y de gestión, se encarga de fiscalizar el uso de los recursos públicos federales en los tres Poderes de la Unión; los órganos constitucionales autónomos; los estados y municipios; y en general cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada que haya captado, recaudado, administrado, manejado o ejercido recursos públicos federales¹⁹⁶.

A su vez esta entidad y las de nivel subnacional, como el caso argentino,

cuentan con autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones¹⁹⁷.

Lo cual lleva a un símil con el acápite anterior, el control fiscal en este caso también presenta sendas diferencias con el modelo colombiano, debido a los orígenes mismos de la conformación de su Estado y el modelo federalista que tiene este país.

www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos].

196 AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN. “Acerca de la Auditoría Superior de la Federación”, disponible en [https://www.asf.gob.mx/Section/45_Acerca_de_la_ASF].

197 CEJUDO. *Entidades fiscalizadoras subnacionales en México. Informe sobre transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas*, cit.

3. Perú

Perú presenta la particularidad, para nuestro caso, de compartir una historia común con nuestro país. Así, tenemos que

En 1823 se crea la Contaduría de Cuentas y luego el Tribunal Mayor de Cuentas. La primera medida administrativa relativa al control gubernamental fue emitida por el Libertador SIMÓN BOLÍVAR [...] disponiendo que todo funcionario público, a quien se le probase en juicio sumario haber malversado o tomado para sí fondos públicos mayores a diez pesos, se le condenaba a la pena capital...¹⁹⁸.

La evolución de sus entidades controladoras tiene, así mismo, un paralelo con nuestra historia, destacándose la influencia de la misión Kemmerer en la decisión de reorganizar al ente de control como una autoridad autónoma de la función administrativa.

Actualmente,

La Contraloría General, es el órgano rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera"¹⁹⁹.

Sus funciones están consagradas en el artículo 82 de la Constitución Política del Perú de 29 de diciembre

198 JORGE LEÓN y LILLIAN NECOCHEA. "El sistema nacional de control y el rol de la Contraloría", en *Gestión Pública*, agosto de 2007, disponible en [[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3F1DEE4ADDB3EAD805257EE7006FE4D1/\\$FILE/contrib_07_1.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3F1DEE4ADDB3EAD805257EE7006FE4D1/$FILE/contrib_07_1.pdf)].

199 Ídem.

de 1993²⁰⁰, y se extienden a la supervisión de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

Dentro de sus atribuciones, contenidas en la Ley 27.785 de 13 de julio de 2002²⁰¹, encontramos que su artículo 22 le permite

a) Tener acceso en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aun cuando sean secretos; así como requerir información a particulares que mantengan o hayan mantenido relaciones con las entidades; siempre y cuando no violen la libertad individual.

Esto hace al control previo que se ha rechazado en la legislación colombiana, que se reconoce en la misma ley, en su artículo 2.º, al disponer que “Es objeto de la ley al apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar [... la] gestión de los recursos” del Estado. Así mismo en su artículo 4.º, al disponer que “Los órganos del Sistema deberán prever los mecanismos que permitan un control detallado” de los recursos que administran. Sin embargo, se limita la injerencia del control externo al disponerse, en el artículo 8.º de la norma

200 *El Peruano*, 30 de diciembre de 1993, disponible en [<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>].

201 “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”, *El Peruano*, 23 de julio de 2002, disponible en [<ftp://ftp2.minsa.gob.pe/descargas/04cci/web/normatividad/Ley-27785.pdf>].

en comentario que “podrá ser preventivo o simultáneo, cuando se determine taxativamente por la presente ley o por normativa expresa, sin que en ningún caso conlleve injerencia en los procesos de dirección y gerencia” propios del vigilado.

Es de resaltar que el período por el cual es escogido el contralor general en el Perú es de siete años, con lo que el mismo no concurre con el del Presidente de la República, cuyo período es de cinco años. La relevancia de esta norma se hará patente al considerar que la concurrencia de estos períodos en Colombia implica el riesgo de captura del regulador/controlador fiscal. También más adelante, en esta obra se hará hincapié en la relevancia de los términos de la caducidad de la actividad de control que puede ejercer la administración en el país vecino. Siendo de fundamental relevancia para el estudio de este trabajo, encontramos relevante citar en este acápite que

En el Ecuador la prescripción de la potestad del control del ejercicio de las actividades públicas por parte de la Contraloría prescribe en siete años; mientras que en el Perú prescriben a los cuatro años²⁰².

202 MARÍA YOKIR REYNA ZAMBRANO. “El control a la gestión en la administración pública: una mirada a las legislaciones de Ecuador y Perú”, *Revista San Gregorio*, n.º 19, julio-diciembre de 2017, pp. 154 a 167 disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6236969>], p. 165.

IV. PERSPECTIVAS DE APRENDIZAJE Y TRANSFORMACIÓN PARA EL DERECHO COLOMBIANO

El estudio de la estructura base de la responsabilidad fiscal en nuestro país arroja resultados preliminares que servirán de apoyo en lo que sigue de este texto, sobre todo derivados del análisis comparado realizado en lo recién expuesto.

Si bien la institucionalidad del país ha presentado avances significativos cuya importancia y consecuencias podrían ocupar en sí mismos un estudio independiente, no cabe duda de que aún queda un largo camino por recorrer; de lo que son prueba las citadas cifras sobre los procesos de responsabilidad fiscal hoy vigentes, los altos índices de corrupción y percepción de corrupción que enfrenta Colombia y que incumben de manera directa al interesado en el estudio del control fiscal.

Interesa resaltar la conveniencia de establecer, a largo plazo, la naturaleza jurisdiccional de la actividad del control fiscal, como ocurre con los modelos de Corte de Cuentas de uso en Europa. Con estos modelos no solo se asegura una mayor independencia y autonomía de la actividad fiscal, sino que se le otorga una nueva dimensión a las decisiones emanadas de la actividad de control. Nótese cómo esta aproximación facilitaría la definición de conceptos relevantes como el de prescripción y caducidad, sin necesidad de acudir a jurisdicciones externas como el Consejo de Estado, sino en el seno de la instancia especializada en el control fiscal.

La propuesta no es nueva. De hecho, en el marco de los trabajos que culminarían en la expedición de la Ley 610 de 2000

A fines de agosto de 1998 el Gobierno hizo circular entre los medios de comunicación el primer borrador del proyecto de Acto Legislativo. En él se planteó –entre otras cosas– una propuesta bastante interesante de creación de una Jurisdicción disciplinaria y fiscal, quitándole a las contralorías la función consagrada en el artículo 268 num. 5 de la Constitución Política y, al Ministerio Público la competencia de imponer sanciones disciplinarias, modificando el procedimiento de elección del Contralor general de la república y suprimiendo las contralorías municipales²⁰³.

También como una propuesta a futuro, se habló de la inconveniencia de que las mismas entidades tengan un rol tan importante, o al menos exclusivo, en la interposición de la acción de repetición, por lo que, como se dijo, convendría fortalecer el papel de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para promover estos procesos. En el próximo capítulo, además, se hace énfasis en el papel que al respecto puede tener la ciudadanía en el control fiscal, con mención particular a la potestad de todo colombiano de exigir a las entidades legitimadas para que ejerzan la acción que les es obligatoria.

Así mismo, dentro de la legislación actual, es de vital importancia reforzar el papel del llamamiento en ga-

203 NARANJO GÁLVEZ. “Reforma política y control fiscal”, cit., p. 95.

rantía en el proceso de reparación directa. Por medio de este mecanismo, no solo se suprime virtualmente la posibilidad de que la administración no logre perseguir en forma posterior al responsable fiscal, sino que se conforma, en el proceso, el litisconsorcio más eficiente para definir la responsabilidad de todos los actores involucrados en el daño realizado a quien reclama la reparación, así como al erario público. Al respecto se ha dicho que

se debe considerar seriamente el uso alternativo o sustitutivo del llamamiento en garantía con fines de repetición. Algunos proponen incluso acabar con la acción de repetición y concentrarse en el llamamiento en garantía. En cualquier caso, todo parece indicar que el momento oportuno para vincular al funcionario o agente estatal es en el proceso que determina la responsabilidad estatal, sobre todo, porque luego se debe iniciar otro proceso que da la oportunidad para que el agente se insolvente²⁰⁴.

La ampliación del plazo para realizar este llamamiento podría fortalecer la eficacia de esta figura, que actualmente tiene el mismo término del Código General del Proceso, esto es, durante la contestación de la demanda. Dada la naturaleza de la función administrativa y la complejidad de sus relaciones con el administrado, en particular en el proceso de reparación

204 WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ e ISRAEL SOLER PEDROZA. "Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos", *Diálogos de Saberes*, n.º 36, enero-junio de 2012, pp. 65 a 80, disponible en [<http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Art%C3%ADculo%203%20jimenez.pdf>], p. 79.

directa, podría sugerir que el período adecuado para el llamamiento, siempre que se presenten circunstancias que lo justifiquen, podría operar hasta antes de la práctica de pruebas, con lo que se tendría un plazo mayor para acudir a esta figura, a la vez que se garantiza el derecho a la defensa de los involucrados.

No debería descartarse, así mismo, la posibilidad de plantear la imprescriptibilidad de las acciones de responsabilidad fiscal del Estado contra sus agentes. Como menciona GÓMEZ LEE

Por razones de seguridad y de certeza de las relaciones jurídicas, la prescriptibilidad es la regla general en los diferentes procesos, pero ello no obsta para que el legislador, en ejercicio de la potestad de configuración normativa atribuida por los artículos 89 y 150 del texto superior, en algunos casos, establezca la imprescriptibilidad en aras de garantizar bienes de orden superior. Tal situación ocurre con la acción de extinción de dominio, que protege la moral social y el patrimonio público la acción popular, que preserva los derechos colectivos; la acción de simple nulidad, que salvaguarda el orden legal, y la misma responsabilidad fiscal en vigencia de la Ley 42 de 1993 en defensa del patrimonio público, entre otras²⁰⁵.

Se observa, desde este estudio, que el régimen de responsabilidad fiscal protege intereses similares, tanto por ocuparse de la res pública, como por ser la actividad gestora de los recursos públicos, una de las que con más claridad requiere dirigirse con una moral in-

205 GÓMEZ LEE. *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*, cit., 385.

tachable frente a los intereses de la nación, que deposita sus recursos en el Estado, para que éste a través de sus estructuras, los invierta en beneficio del desarrollo social.

La propuesta, si parece excesiva, tiene las modulaciones que se han señalado en los acápite de derecho comparado, con ejemplos de términos de caducidad de siete años en Ecuador, cinco años en Argentina (como costumbre entre las provincias autónomas), cuatro años en Perú y tres años en Francia.

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017, *Diario Oficial*, n.º 50.196, de 4 de abril de 2017, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Acto/30030428>].

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Boletín de prensa, n.º 2, de 27 de mayo de 2017, disponible en [<https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/300517.aspx>].

ÁLVAREZ PÉREZ, ANDRÉS ORIÓN. *El proceso de reparación directa en contra del estado colombiano*, x Congreso Panameño de Derecho Procesal, Medellín, junio de 2013.

AMAYA OLAYA, URIEL ALBERTO. *Fundamentos constitucionales del control fiscal*, Bogotá, Umbral Ediciones, 1996.

ASSEMBLÉE NATIONALE. “Rapport d’information déposé par la Délégation de l’Assemblée nationale pour l’Union européenne, sur les relation entre la Cour des comptes européenne et les institutions financières nationales”, diciembre de 2001, disponible en [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/024000006/index.shtml>].

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto n.º OJ-110-435, de 13 de julio de 2004, disponible en [[https://www.auditoria.gov.co/Conceptos_Juridicos/Conceptos%202004/AGR.%20Concepto%20Jur%C3%ADdico%20110.068.2004%20\(Acciones%20R.Fiscal,%20Repetici%C3%B3n\).pdf](https://www.auditoria.gov.co/Conceptos_Juridicos/Conceptos%202004/AGR.%20Concepto%20Jur%C3%ADdico%20110.068.2004%20(Acciones%20R.Fiscal,%20Repetici%C3%B3n).pdf)].

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Congreso Internacional de buenas prácticas en la vigilancia y control a los recursos públicos”, Bogotá, 29 de noviembre de 2016, información disponible en [<http://www.auditoria.gov.co/Paginas/DetalleNoticia.aspx?idn=121>].

AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN. “Acerca de la Auditoría Superior de la Federación”, disponible en [https://www.asf.gob.mx/Section/45_Acerca_de_la_ASF].

BOTASSI, CARLOS. “Prescripción extintiva de la acción y legislación local”, *Revista Derechos en Acción*, año 2, nº 3, otoño de 2017, pp. 27 a 40, disponible en [<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/62425>].

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 364/1, 18 de diciembre de 2000, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf].

CASTELLAR ALMONACID, LAURA ALEJANDRA. “La efectividad del proceso de responsabilidad fiscal en la preservación y fortalecimiento del patrimonio público”, Tesis de Maestría, Universidad Militar Nueva Granada, 2015.

CEJUDO, GUILLERMO. *Entidades fiscalizadoras subnacionales en México. Informe sobre transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas*, México D. F., Iniciativa TPA, junio de 2013, disponible en: [<http://iniciativatpa.org/2012/wp-content/uploads/downloads/2013/07/Informe-Subnacional-M%C3%A9xico.pdf>].

CHAVARRO CADENA, JORGE. *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*, 2.ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Nueva Legislación, 2016.

Código Contencioso Administrativo –CCA–, Decreto 01 de 2 de enero de 1984, *Diario Oficial*, n.º 36.439, de 10 de enero de 1984, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo.html].

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, Ley 1437 de 18 de enero de 2011, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 6620 de 26 de julio de 2001, C. P.: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia 25000-23-26-000-1999-00469-01 (26.413), de 7 de febrero de 2011.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia 25000-23-26-000-2000-01876-01 (25.597), de 21 de febrero de 2011, C. P.: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. Constitución Nacional, 1994, [<http://www.congreso.gob.ar/constitucionNacional.php>].

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial*, 5 de febrero de 1917, disponible en [<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>].

Constitución Política del Perú, de 29 de diciembre de 1993, *El Peruano*, 30 de diciembre de 1993, disponible en [<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>].

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Características generales del control fiscal en España y Francia”, Borrador de trabajo, Bogotá, Contraloría General de la República, disponible en [https://campusvirtual.contraloria.gov.co/campus/memorias/CARACTERISTICAS_DEL_CONTROL_FISCAL_FRANCIA_ESPANA.pdf].

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Guía proceso de responsabilidad fiscal*, Bogotá, Contraloría General de la República, 2013.

CORNEJO, CAROLINA. Órganos de control en Latinoamérica. Indicadores de transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas, Buenos Aires, Iniciativa TPA, junio de 2013, disponible en [<http://iniciativatpa.org/2012/wp-content/uploads/2013/07/Informe-regional-sobre-indicadores-de-TPA.pdf>].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-374 de 24 de agosto de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-374-95.htm>].

Sentencia SU-620 de 13 de noviembre de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/SU620-96.htm>].

Sentencia C-189 de 6 de mayo de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-189-98.htm>].

Sentencia C-623 de 25 de agosto de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-623-99.htm>].

Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm>].

Sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002, MM. PP.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-619-02.htm>].

Sentencia C-340 de 9 de mayo de 2007, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-340-07.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos*

vos a 2016, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

FERNÁNDEZ ARBELÁEZ, IVÁN MAURICIO. *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo*, t. I, vols. I y II, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia, 2015.

GÓMEZ LEE, IVÁN DARÍO. *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*, Bogotá, Legis, 2014.

GÓMEZ SIERRA, FRANCISCO. *Control Fiscal y Proceso de Responsabilidad Fiscal*, Bogotá, Legis, 2017.

GROISMAN, ENRIQUE I. y EMILIA LERNER. “Responsabilización por los Controles Clásicos”, disponible en [<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/UNPAN000179.pdf>].

HERRERA ROBLES, ALEKSEY. *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad del Norte, 2012.

IGUARÁN ARANA, MARIO GERMÁN. *Responsabilidad fiscal en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, 2016.

JIMÉNEZ, WILLIAM GUILLERMO e ISRAEL SOLER PEDROZA. “Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos”, *Diálogos de Saberes*, n.º 36, enero-junio de 2012, pp. 65 a 80, dis-

ponible en [<http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Art%C3%ADculo%203%20Jimenez.pdf>].

LAPAZ, GASTÓN. “Seguridad jurídica: Plazos de prescripción y caducidad de las infracciones y sanciones administrativas en nuestro derecho y jurisprudencia”, *Revista de Derecho Público*, año 26, n.º 52, diciembre de 2017, pp. 71 a 82, disponible en [<http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/65>].

LEÓN, JORGE y LILLIAN NECOCHEA. “El sistema nacional de control y el rol de la Contraloría”, en *Gestión Pública*, agosto de 2007, disponible en [[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3F1DEE4ADDB3EAD805257EE7006FE4D1/\\$FILE/contgub_07_1.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3F1DEE4ADDB3EAD805257EE7006FE4D1/$FILE/contgub_07_1.pdf)].

Ley 30 de 28 de diciembre de 1992, *Diario Oficial*, n.º 40.700, de 29 de diciembre de 1992, disponible en [https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-104539_archivo_pdf.pdf].

Ley 42 de 26 de enero de 1993, *Diario Oficial*, n.º 40.732, de 27 de enero de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=289>].

Ley 80 de 28 de octubre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html].

Ley 610 de 15 de agosto de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.133, de 18 de agosto de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725>].

Ley 678 de 3 de agosto de 2001, *Diario Oficial*, 44.509, de 4 de agosto de 2001, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4164>].

Ley 1474 de 12 de julio de 2011, *Diario Oficial*, n.º 48.128, de 12 de julio de 2011, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html].

Ley española 40 de 1.º de octubre de 2015, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 236, de 2 de octubre de 2015, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566&p=20171109&tn=2>].

Ley peruana 27.785 de 13 de julio de 2002, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la Republica, *El Peruano*, 23 de julio de 2002, disponible en [<ftp://ftp2.minsa.gob.pe/descargas/04cci/web/normatividad/Ley-27785.pdf>].

MINNICELLI, ALESSANDRA. “¿Qué es la red federal de Control Público?”, *Revista Sigen*, año 5, n.º. 7,

noviembre de 2014, disponible en [<http://www.sigen.gov.ar/pdfs/revista-sigen/revista-07.pdf>].

MONDRAGÓN DUARTE, SERGIO LUIS. *Manual básico de control fiscal*, Ibagué, Universidad Cooperativa de Colombia, 2016.

NARANJO GÁLVEZ, RODRIGO. “Reforma política y control fiscal”, *Estudios socio-jurídicos*, vol. 1, n.º 1, 1999, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/189084>].

NARANJO GÁLVEZ, RODRIGO. *Eficacia del control fiscal en Colombia. Derecho comparado, historia, macro organizaciones e instituciones*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

RESTREPO MEDINA, MANUEL ALBERTO. “Responsabilidad fiscal”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 3, n.º 2, 2001, pp. 76 a 97, disponible en [<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/196>].

REYNA ZAMBRANO, MARÍA YOKIR. “El control a la gestión en la administración pública: una mirada a las legislaciones de Ecuador y Perú”, *Revista San Gregorio*, n.º 19, julio-diciembre de 2017, pp. 154 a 167 disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6236969>].

RODRÍGUEZ BORDA, MATEO. “Incidencia y aplicación del derecho de seguros en los procesos de respon-

sabilidad fiscal”, Tesis de Maestría, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2014, disponible en [<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/15834/RodriguezBordaMateo2014.pdf?sequence=1>].

RUIZ OREJUELA, WILSON. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2010.

Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1992, disponible en [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf].

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. “Informe de actividades 2017”, Luxemburgo, Unión Europea, 2017, disponible en [<https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=45336>].

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. Página oficial, disponible en [<https://www.eca.europa.eu/es/Pages/ecadefault.aspx>].

UNIÓN EUROPEA. Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office (‘the EPPO’), disponible en [<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e8568219-bdd0-11e7-a7f8-01aa75ed71a1/language-en>].

UNIÓN EUROPEA. Cour de Comptes européenne, *Guide des archives*, 2007, Bref historique administratif du CCE, disponible en [https://www.eca.europa.eu/Other%20publications/ARCHIVES_GUIDE_2007/ARCHIVES_GUIDE_2007_FR.PDF].

UNIÓN EUROPEA. “Tratado de Amsterdam por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos”, Amsterdam, 2 de octubre de 1977, disponible en [<http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>].

CAPÍTULO TERCERO
DELIMITACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN
Y CADUCIDAD EN EL EJERCICIO
DEL CONTROL FISCAL

I. LOS CONCEPTOS DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD
EN ABSTRACTO

En el Código Civil se encuentra una primera aproximación a este concepto con relación a la extinción de las obligaciones, enunciado como una de las formas de extinguirse las mismas. Así, “... Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: [...] 10. Por la prescripción”²⁰⁶. Este es el sentido que se utilizará con mayor énfasis en este estudio, pues como lo deja ver el artículo 2512 del mismo Código, el concepto puede definirse, de manera más general como

206 Artículo 1.625 Código Civil de Colombia, Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

... un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción²⁰⁷.

Se trata de dos caras de una misma moneda:; por una parte, la prescripción es un modo de adquirir el dominio sobre cosa ajena, y por la otra, la de extinguir acciones u obligaciones,

la doctrina afirma que la prescripción es de dos especies: 1. adquisitiva o usucapión, y 2. extintiva o liberatoria. La primera cumple su papel en el campo de la adquisición de los derechos reales y, de manera especial, en el de la propiedad. Por la segunda tiene lugar la extinción de las obligaciones y acciones en general²⁰⁸.

Esta dualidad y funcionalidad es expresada acertadamente por THOMAS ARIAS, al decir que la prescripción

es institución jurídica universal que propende por la certeza y estabilidad procurando desterrar la ambigüedad y que protege el ejercicio del derecho a la par que olvida al negligente y sanciona su inercia o incuria²⁰⁹.

Así mismo comenta FERNANDO HINESTROSA FORERO:

207 *Ibíd.*, artículo 2.512.

208 Sentencia n.º 18 de 4 de mayo de 1989, exp., 188, M. P.: HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA.

209 ANTONIO ÉMIRO THOMAS ARIAS. "Nuevo régimen de prescripción civil", en *Universitas*, vol. 52, n.º 105, pp. 211 a 230, abril de 2003, disponible en [<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vni-juri/article/view/14846>].

La prescripción no tiene efecto *ope legis* o *per ministerium legis*, sino *ope exceptionis*, o mejor dicho, que requiere su invocación y que el juez, acogiéndose, desestime la pretensión del acreedor y declare extinguido su derecho en razón de declarar prescrita la obligación del excepcionante o, en su caso, pronuncie sentencia estimatoria de la demanda de prescripción intentada por el deudor, con los mismos efectos²¹⁰.

La caducidad, por su parte, puede verse como un paralelo de la prescripción que se presenta en la relación entre el sujeto detentador de un derecho y el sistema jurídico, obligado a brindarle una acción judicial para defender sus intereses. Así, la lección de las aulas de derecho reza que la prescripción se predica del derecho y la caducidad de la acción, así como que la prescripción es una institución sustancial y la caducidad es mas bien procesal.

La prescripción extintiva supone el abandono del titular sobre su derecho, mientras que la caducidad simplemente castiga su negligencia. Por la caducidad no nacen ni se extinguen los derechos, sino que se le impide al accionante acudir a la jurisdicción. La caducidad propende por la seguridad jurídica, la prescripción, en cambio, genera nuevos estados de cosas, por medio de su invocación se altera la realidad jurídica al promover la transmisión de la titularidad de los derechos.

210 FERNANDO HINESTROSA FORERO. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Externado, 2002, p. 822.

En la jurisprudencia temprana de la Corte Constitucional encontramos que:

Consiste la caducidad en el fenómeno procesal de declarar extinguida la acción por no incoarse ante la jurisdicción competente dentro del término perentorio establecido por el ordenamiento jurídico para ello. Opera la caducidad *ipso iure*, vale decir, que el juez puede y debe declararla oficiosamente cuando verifique el hecho objetivo de la inactividad del actor en el lapso consagrado en la ley para iniciar la acción. Este plazo no se suspende, ni se interrumpe, ya que se inspira en razones de orden público, lo cual sí ocurre en tratándose de la prescripción civil, medio este de extinguir las acciones de esta clase²¹¹.

En particular, sobre la diferencia entre caducidad y prescripción que acaba de mencionarse, considera HINESTROSA FORERO que

En la caducidad hay un mayor ingrediente de orden de interés público sus eventualidades y causales están taxativamente señaladas en la ley, cuyos preceptos son absolutamente rígidos. El juez, al advertir su presencia, debe rechazar oficiosamente la demanda, in limine, decía el artículo 85 C. de P. C. en giro que el Decreto 2282 de 2889 (num. 36, art. 1.º) sustituye por 'de plano' y la excepción de caducidad puede proponerse, tramitarse y decidirse cómo previa (art. 97 *in fine* C. de P. C.)²¹².

Que la prescripción debe ser alegada mientras que la caducidad opera de forma automática es una conse-

211 Sentencia T-433 de 24 de junio de 1992, MM. PP.: JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN y CIRO ANGARITA BARÓN, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-433-92.htm>].

212 HINESTROSA FORERO. *Tratado de las obligaciones*, cit.

cuencia de la naturaleza de ambas instituciones. En efecto, los derechos implican una relación obligacional (de una parte frente a otra, o del colectivo frente al individuo) por lo que el interesado en variar esta relación debe manifestar, si es el caso en el procedimiento, las causas por las que dicha obligación se ha extinguido, por ejemplo, por el fenómeno de la prescripción.

La caducidad, que se predica de la acción, vincula al sujeto que pretende usarla con la jurisdicción, que no está llamada a probar sino tan solo a constatar el derecho. La interpretación del fenómeno de la caducidad, que opera por virtud exclusiva del paso del tiempo, es de competencia exclusiva de la autoridad que rechaza el acceso a la acción, cuando se ejercita por fuera del tiempo establecido por la ley. Así, dice la Corte Constitucional,

[a] través de la figura de la caducidad, el legislador limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia²¹³.

La prescripción no puede ser declarada de oficio porque implica la transferencia de un derecho. El juez que actúe así se alinea en forma necesaria con la parte beneficiada por la prescripción. La caducidad, si bien conviene al interesado en que no se acojan las preten-

213 Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm>].

siones accionadas, hace a una relación entre el titular de la acción y la administración de justicia, obligada a escucharla²¹⁴.

Sin embargo, como anota GÓMEZ LEE, con respecto a la caducidad en nuestro campo de estudio

... no existe norma alguna que en forma imperativa le imponga a la Contraloría el mandato de declarar la prescripción de manera oficiosa [... sin embargo] La oficina jurídica cambió la posición del citado concepto, en el sentido de admitir la tesis de declaratoria oficiosa de prescripción. El fundamento de esta nueva posición es amplio en el Concepto 20061E37734, del 31 de octubre de 2006, que considera como un imperativo legal el deber de declarar de oficio la prescripción, la aplicación por remisión de normas del procedimiento civil, penal y contencioso administrativo y por el principio de economía. Posición que, evidentemente, no comparte el auto de esta obra.

El doctrinante tiene razón al desconfiar de esta posición, pues es en particular contradictorio que la administración declare de oficio la prescripción en favor de quien ha defraudado al erario público, pues al hacerlo, dispone de intereses colectivos en favor de un particular que ha cometido un hecho antijurídico. Sin embargo, puede justificarse esta actitud de la administración si se considera que los costos del proceso de responsabilidad fiscal implicarían un desgaste innecesario y un nuevo detrimento para la administración.

214 Ídem.

Ahora bien, aunque se afirme que es por la operación de la caducidad que se protege la función del derecho como herramienta para lograr la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones sociales²¹⁵, esto también ocurre con la prescripción. Sin embargo, la operación de la caducidad no depende de que se compruebe un abandono efectivo del derecho, lo que implica, *contrario sensu*, la pregunta por una intencionalidad del sujeto interesado en su conservación. Por lo anterior, como se desarrollará más adelante, es necesario destacar el papel sancionatorio de la negligencia que implica la caducidad y la diferencia, al menos en grado, de éste con el fundamento del concepto de prescripción, más preocupado por la asignación de derechos que por la sanción al individuo que los ostenta.

En sentido análogo, por la operancia de la caducidad no se transmiten ni se extinguen derechos (distintos al derecho de acción), aunque se consoliden relaciones jurídicas. Esto es, así como la prescripción castiga la negligencia, aunque su propósito es consolidar situaciones jurídicas, por virtud de la caducidad se consolidan situaciones jurídicas, aunque su fundamento sea el castigo a la negligencia del accionante. No es de extrañar, pues, que los propósitos de la prescripción y la caducidad en tanto instituciones jurídicas abstractas,

215 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia n.º 05001-23-31-000-2003-00168-01, rad. 0357-11, de 26 de abril de 2012, C. P.: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

se entrecruzan. Así, el Consejo de Estado ha considerado, en referencia a la caducidad que

el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador, pues la indeterminación y la incertidumbre chocan con los fines del derecho como herramienta para lograr la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones sociales²¹⁶.

También puede anotarse que la caducidad, que opera por el mero paso del tiempo, puede verse desde otro punto de vista tratándose de actuaciones procedimentales, en las que una carga procesal es impuesta a una de las partes como condición para seguir adelante el proceso, como en el caso de la interposición de recursos. Estas cargas tienen plazos de caducidad breves después de los cuales se hace improcedente cumplirlas. Se busca que la parte sea expedita en el cumplimiento de estas cargas, en este sentido, el término no hace más que establecer un período razonable para que el interesado cumpla de la manera más pronta posible, por lo que la terminación de este término, si bien implica caducidad, no puede reputarse como la razón esencial por la que el Estado castiga al interesado, que es en realidad el incumplimiento de la carga procesal.

En sentido análogo, la presentación a tiempo de la demanda sin las debidas formas y contenidos esencia-

216 Ídem.

les de la misma, no evita la operancia de la caducidad, aún cuando el interesado, al interponer una demanda sin los requisitos que demanda el ordenamiento procesal, está ejercitando su acción en tiempo, y es la negligencia respecto a la carga de presentarla en debida forma lo que castiga el ordenamiento, con lo que su incumplimiento también incumbe la operancia original de la caducidad, aunque siga esta vinculada al plazo.

A. El concepto de prescripción en clave histórica

En el estudio de las instituciones jurídicas, el modelo planteado por FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY quien menciona cuatro elementos de la interpretación jurídica: gramatical, lógica, sistemática e histórica²¹⁷. El elemento histórico tiene por finalidad determinar

el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer²¹⁸.

217 FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY. *Sistema del derecho romano actual*, t. I, JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY (trads.), Madrid, Editorial F. Gónzaga y Compañía editores, 1879, disponible en [<https://archive.org/details/BRes1421811>].

218 FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY. *Sistema del derecho romano actual*, p. 150, citado en JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ. "El criterio histórico en la interpretación jurídica", *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 22, n° ext., noviembre de 2013, pp. 599 a 632, disponible en [<http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/1184/1545>].

La redacción de este acápite corresponde únicamente a un recuento histórico de la institución de la prescripción, de modo específico, de su aspecto extintivo sobre derechos, con lo que se constituye como insumo para la delimitación que se desarrollará más adelante en relación con el ejercicio del control fiscal. Así, esta institución, en contraposición a la caducidad

tiene un indiscutido origen románico que desde entonces la perfiló como institución jurídica, lo mismo no ocurre con la caducidad, pues los romanistas se remiten a diversos antecedentes históricos, pero sin darle el perfil de institución jurídica²¹⁹.

El proceso mediante el cual las instituciones de prescripción y caducidad se integraron a los cuerpos legislativos de América Latina, en el caso particular a la legislación colombiana, descendientes del derecho continental o *civil law*

se produjo sin haberse diferenciado lo que era el objeto de la extinción en la prescripción y en la caducidad, pues se consideraba a la acción como un concepto integrado al derecho subjetivo²²⁰.

Siendo así, encontramos el origen de esta institución

... en el derecho romano como el medio de defensa que podía oponerse a las *actio in rem* con finalidad usucupatoria

219 FERNANDO VIDAL RAMÍREZ. "Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad", *Revista Lex*, vol. 11, n.º 11, año XI, 2013-I, disponible en [<http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/6/895>], p. 121.

220 Ídem.

o a las *actio rei vindicatio*, en ambos casos por el poseedor que por tiempo prolongado venía detentando el bien²²¹.

Claro está que, en palabras de HINESTROSA FORERO, en referencia a los países latinoamericanos “nuestros ordenamientos, nuestra doctrina, nuestra práctica del derecho pertenecen a la denominada tradición romanista”²²². El doctrinante también es claro en que esta relación es de vieja data. En la actualidad, a pesar de las nuevas influencias y de los esfuerzos generales por armonizar las distintas tradiciones jurídicas, los países latinoamericanos “somos países de ‘derecho romano’, o con otra expresión hoy más en boga, la nuestra es una tradición de *civil law*”²²³.

En el caso colombiano,

el Nuevo Reino de Granada, hoy Colombia, estuvo regido durante la Colonia por las leyes españolas y las leyes indianas, singularmente por las Siete Partidas, la Nueva Recopilación de Castilla, la Novísima Recopilación y la Recopilación de Indias²²⁴.

Textos que son una muestra de la influencia del derecho romano en la cultura jurídica del creciente im-

221 Ídem.

222 FERNANDO HINESTROSA FORERO. “Derecho romano, tradición romanista y América Latina”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 25, julio-diciembre de 2013, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3593/3771>], p. 4.

223 Ídem.

224 FERNANDO HINESTROSA FORERO. “El Código Civil de Bello en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, enero-junio de 2006, pp. 5 a 27, disponible en [<http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537586001.pdf>], p. 5

perio español, siguiendo la tendencia de los juristas romanos por realizar codificaciones y recopilaciones de las leyes existentes, con el fin de acabar las contradicciones normativas, como en su ocasión lo promulgó el emperador JUSTINIANO²²⁵, respecto a la creación del *Corpus Iuris Civilis*

España recibió tempranamente el derecho romano, lo hizo suyo [...] y a América lo trajeron sus huestes, que regularon las relaciones entre sus gentes y con su servidumbre aborígen por sus dictados, originales, o tamizados por la criba de la idiosincrasia de colonizadores heterogéneos²²⁶.

Durante los procesos de independencia latinoamericanos y después de la expulsión definitiva de las tropas españolas en el 1819,

el Congreso de Angostura expidió el 17 de diciembre de ese año una “Ley Fundamental de la República de Colombia”, conformada por los departamentos de Venezuela, Quito y Cundinamarca, nombre este que sustituyó al de Nueva Granada²²⁷.

En este texto, la normativa vigente de la corona española fue conservada hasta la promulgación de la Constitución de 1821²²⁸, que también las mantuvo.

225 Tauresium, 11 de mayo de 483-Constantinopla, 13 de noviembre de 565.

226 HINESTROSA FORERO. “Derecho romano, tradición romanista y América Latina”, p. 5.

227 HINESTROSA FORERO. “El Código Civil de Bello en Colombia”, cit., p. 5.

228 Villa del Rosario de Cúcuta, 30 de agosto de 1821, disponible en [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-16/html/0260ce5e-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html].

La normativa española seguiría teniendo una influencia principal en el quehacer jurídico regional durante todo el siglo XIX²²⁹.

En el siglo XX, se encuentran importantes desarrollos en la normativa colombiana respecto al concepto de prescripción. Así, la Ley 120 de 23 de noviembre de 1928²³⁰ permitió la alegación de prescripción en la acción oblicua; la Ley 50 de 18 de marzo de 1936²³¹ redujo las prescripciones treintenarias a 20 años; la Ley 200 de diciembre de 1936²³², en el marco de un temprano esfuerzo por la reforma agraria, permitió declarar la extinción del dominio de predios no explotados por más de diez años. En nuestro siglo, la Ley 791 de 27 de diciembre de 2002²³³ disminuyó de nuevo los términos de prescripción a su estado actual: tres años

229 ANDRÉS BOTERO BERNAL. “La ley y el código en las constituciones provinciales independentistas de la Nueva Granada: ¿Para que más?”, *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*, vol. xvi, n.º 32, julio-diciembre de 2013, pp. 203 a 220, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v16n32/v16n32a13.pdf>].

230 *Diario Oficial*, n.º 20.958, de 30 de noviembre de 1928, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1792615>].

231 *Diario Oficial*, n.º 23.160, de 17 de abril de 1936, disponible en [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0050_1936.htm].

232 *Diario Oficial*, n.º 23.388, de 30 de diciembre de 1936, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16049>].

233 *Diario Oficial*, n.º 45.046, de 27 de diciembre de 2002, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0791_2002.html].

para bienes muebles y cinco para bienes raíces, con un término extraordinario de diez años²³⁴.

B. La caducidad en tanto sanción: Origen, evolución y estado jurisprudencial actual

El origen de esta figura es, como se venía mencionando, más difuso respecto a su contraparte, la prescripción.

Algunos romanistas citan como antecedentes históricos las denominadas Leyes Caducarias, que determinaban la extinción de los derechos generados por liberalidades al no darse cumplimiento a sus propósitos como en los casos en los que se alentaba el matrimonio de los célibes y la procreación legítima en determinados territorios del Imperio²³⁵.

Según LILIAN ANDREA ROSARIO RUBIO²³⁶, nos encontramos con tres grupos en la sociedad romana, en lo respectivo a las leyes caducarias:

1. Los *célibes*: eran los no casados o sin hijos vivos de matrimonios anteriores.

234 HINESTROSA FORERO. "El Código Civil de Bello en Colombia", cit., pp. 18 a 20.

235 *Ibíd.*, p. 20.

236 LILIAN ANDREA ROSARIO RUBIO. "La prescripción y caducidad de la acción disciplinaria por parte del Estado como derecho fundamental al debido proceso", Tesis de Maestría, Bogotá, Universidad Libre, 2014, disponible en [<http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7518/RosarioRubioLilianAndrea2014.pdf;sequence=1>].

2. Los *orbis*: eran los casados sin hijos vivos.

3. Los *patres*: eran los casados y con por lo menos un hijo vivo.

Se establecían penalidades para los *célibes* y los *orbis*, mientras se daban recompensas para los *patres*,

... si los *célibes* contrarían matrimonio, ganaban el derecho a heredar, por el contrario si los *orbis*, querían recibir el total de su herencia o legado eran obligados a tener descendencia, hecho que tenía que suceder dentro del término establecido por la ley, y en caso de no hacerlo su beneficio o derecho caducaba²³⁷.

La relación es clara entre la institución y el tiempo, elemento constituyente de la caducidad, en el caso de los romanos respecto a la edad, “la mujer que llegará a los 20 años, y el hombre llegando a los 25 debía tener ya cuando menos un hijo legítimo”²³⁸.

Para otros doctrinantes del derecho romano “la caducidad tuvo su origen en las *actio temporalis*, según las cuales la adquisición del derecho dependía del ejercicio de la acción en un plazo prefijado”²³⁹. La diver-

237 Ídem.

238 GUILLERMO F. MARGADANT. “La ‘digamia’ en la antigua discusión secular y canónica ¿acto obligatorio, delito, inmoralidad tolerable o decisión moralmente neutra?”, en *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 465 a 478, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/116/29.pdf>].

239 VIDAL RAMÍREZ. “Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad”, cit., p. 121.

gencia en la concepción del origen de esta institución, subsiguientemente en la interpretación que debía dársele, causó que la asimilación del derecho romano al europeo y más tarde a las legislaciones latinoamericanas se realizaría

sin haberse diferenciado lo que era el objeto de la extinción en la prescripción y en la caducidad, pues se consideraba a la acción como un concepto integrado al derecho subjetivo²⁴⁰.

Prueba de esta asimilación en las legislaciones europeas, que eminentemente influyeron las latinoamericanas, se encuentra en el Código Napoleónico de 1804²⁴¹, el cual incluyó la institución en su contenido así:

1039. Toda disposición testamentaria caduca si aquel en favor de quien se ha hecho, no sobrevive al testador; 1040. Toda disposición testamentaria hecha bajo condición que dependa de un evento incierto, cuando la intención del testador sea que la disposición no debe ejecutarse mientras el evento no llegue, caducará si el heredero instituido o el legatario fallece antes del cumplimiento de la condición [...] 1043. La disposición testamentaria caduca cuando el heredero instituido o el legatario la repudia de recibirla²⁴².

240 Ídem.

241 Código Civil francés, disponible en español en [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwixzJzc-I3cAhVEuVvKHUY6BKkQFgg_MAM&url=https%3A%2F%2Fwww.legifrance.gouv.fr%2Fcontent%2Fdownload%2F1966%2F13751%2F..%2FCode_41.pdf&usq=AOvVaw013wpmOzYDS9F576fMoM6].

242 ANGEL GUERRERO LINARES. "La caducidad como medio de extinción de las obligaciones", en *Homenaje al Maestro Don Antonio Ibarrola Aznar*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México,

Desde la codificación francesa, la institución se empezó a difundir, en todos los casos con interpretaciones diferentes, por el continente europeo,

al Código de Napoleón han seguido en importancia el Código Civil Alemán de 1900 y el Código Civil Italiano de 1942, que, con el francés, constituyen los grandes hitos en la historia de la codificación civil²⁴³.

En el caso colombiano, HINESTROSA FORERO se refiere en el mismo término sobre la figura,

Caducidad. “acción y efecto de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho” así la define el Diccionario de la lengua española, dándole un sentido bien distinto del propio de la expresión “decadencia” (declinación, menoscabo, principio de debilidad o de ruina). empleado en algunas traducciones de obras jurídicas italianas para la locución *decadenza*, con lo cual se acentúa la vaguedad y la confusión de la figura de la “caducidad”.

No es esta por cierto novedosa, si bien se la ha utilizado ante todo en otros campos. Solo recientemente entre nosotros la doctrina se ha esmerado en precisar la en sus distintos aspectos y manifestaciones²⁴⁴.

1996, pp. 121 a 140, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3968/23.pdf>], p. 130.

243 VIDAL RAMÍREZ. “Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad”, cit., p. 122.

244 FERNANDO HINESTROSA FORERO. “Conceptos, doctrina y jurisprudencia”, citado en LUZ MARCELA PÉREZ ARIAS y SERGIO ANDRÉS MARTÍNEZ OSORIO. “Las excepciones jurisprudenciales al término de caducidad de la acción de reparación directa en Colombia, en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Una ponderación entre el principio de seguridad jurídica vs. el acceso a la administración de justicia y el deber de reparación integral de las víctimas”, Bucaramanga, Universidad Industrial de Santander,

A nivel jurisprudencial, las altas cortes colombianas han fijado el papel de esta institución de la siguiente manera:

Para la Corte Constitucional

La caducidad es en una limitación temporal del derecho de acción; se trata de un término perentorio e inmodificable fijado por la ley dentro del cual debe ejercerse el derecho de acción, so pena de perder la oportunidad de que la administración de justicia se ocupe de la controversia correspondiente.

Desde sus primeras decisiones, la Corte ha reconocido que la fijación de términos de caducidad cumple importantes finalidades como la promoción de la (i) la seguridad jurídica, (ii) la oportuna y eficiente administración de justicia, y (iii) la ética de colaboración con el aparato judicial. Dadas estas importantes finalidades de orden público, la caducidad es irrenunciable y puede ser declarada por las autoridades judiciales de oficio²⁴⁵.

Por su parte, la Corte Suprema de justicia se ha mantenido en consonancia con lo planteado en la década de los 1970 y 1980 por la corporación, en Sentencia del 28 de abril de 2011²⁴⁶, reitera respecto a esta institución que:

2012, disponible en [<http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2012/145224.pdf>], p. 48.

245 Sentencia C-985 de 2 de diciembre de 2010, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-985-10.htm>]. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10.º (parcial) de la Ley 25 de 1992, modificatoria del artículo 156 del Código Civil.

246 SALA DE CASACIÓN CIVIL. Referencia 41001-3103-004-2005-00054-01, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

Con el razonamiento del demandante acerca de que la declaratoria, mediante ley, de que un derecho patrimonial en abstracto se declara extinguido, implica agravio a la norma consagratoria de derechos adquiridos o de situaciones jurídicas concretas subjetivas (art. 30 de la Constitución Política), se llegaría a la conclusión equivocada del desconocimiento de fenómenos jurídicos de tanta trascendencia en la vida social, en la esfera del derecho privado y en la esfera del derecho público, como son *la prescripción y la caducidad* que han sido llamadas con acierto “benefactoras del género humano”. La primera, *la prescripción, en cuanto extingue derechos sustanciales en sí mismos considerados. La segunda, la caducidad, en cuanto claustra la oportunidad de reconocimiento de dichos derechos en juicio.*

Además, la extinción de un derecho por su no ejercicio o utilización es más patente en nuestro ordenamiento constitucional desde que la enmienda del año de 1936 estableció el principio dominante en el derecho moderno de que *la propiedad es una función social que implica obligaciones* (art. 30 de la Carta). (Resaltados fuera texto)²⁴⁷.

Por último, en el seno del Consejo de Estado, la institución ha sido también desarrollada como una medida de seguridad para los sujetos procesales

Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador colombiano instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales, no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley, y de no hacerlo en tiempo perderán la posibilidad de accionar ante

247 Ídem.

la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. El fenómeno de la caducidad busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso. Por esta razón, la efectividad del derecho sustancial que se busca con su ejercicio puede verse afectada²⁴⁸.

II. LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD AL INTERIOR DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL

A. El hecho generador

Para que se configure la responsabilidad fiscal del funcionario público deben presentarse tres elementos conocidos por la responsabilidad en general, a saber: un hecho, un daño y un nexo causal. En particular, el hecho en el control fiscal requiere que se constate una conducta dolosa o culpable, de manera grave, del funcionario gestor, controlador o revisor del gasto público. Así lo determinó la Corte Constitucional al declarar inexecutable la disposición de la Ley 610 de 2000 que permitía establecer la responsabilidad del funcionario por culpa leve, al encontrarla contraria al artículo 90 constitucional, según el cual

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.

248 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia n.º 44001-23-31-000-2005-00695-01(32628), 28 de septiembre de 2006, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Ocurre que este artículo hace referencia a la acción de repetición y no al control fiscal en estricto sentido, con lo que podría pensarse que la normativa que habría de regir la autonomía legislativa en la determinación del grado de culpa imputable al funcionario en el campo de la responsabilidad fiscal podría regirse por el artículo 124 Superior, de acuerdo con el cual “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”. La Corte no compartió esta consideración. Así, aunque el artículo 53 de la Ley 610 de 2000 originalmente preveía la imputación de responsabilidad individual del funcionario a partir de la culpa leve, en Sentencia 619 de 8 de agosto de 2002²⁴⁹ la Corte consideró que

es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el texto superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C. P., art 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras 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, en tanto ella por expresa disposición se limita solo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que

249 MM. PP.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-619-02.htm>].

puede ser objeto de imputación no solo por dolo o culpa grave, como en caso de aquellos, sino también por culpa leve. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición²⁵⁰.

Así, es solo la culpa grave la que puede considerarse como fundamento del hecho generador. Al respecto, el artículo 6.º de la Ley 678 de 3 de agosto de 2001²⁵¹ define algunos lineamientos de lo que debe entenderse por culpa grave, que se presenta en particular cuando “el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”. Esto se presume, de acuerdo a la misma norma, cuando se presenta una violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho; cuando se emiten decisiones sin competencia o con abuso de ella; cuando se omiten las formas sustanciales; o cuando en la actuación administrativa el funcionario desatiende el debido proceso. El dolo, siguiente escalón en la gravedad de la intención del funcionario, se presenta, de acuerdo al artículo 5.º de la misma normativa “cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”, y son ejemplos

250 Ídem.

251 *Diario Oficial*, n.º 44.509, de 4 de agosto de 2001, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4164>].

suyos el actuar en contra de providencia judicial, con falsos fundamentos de hecho o motivación, o con desviación de poder.

El hecho generador se presenta cuando “a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante”²⁵². Esto es, el hecho generador es aquel en el cual se evidencia un detrimento patrimonial presente o futuro, pero en todo caso cierto.

La determinación del hecho generador no resulta pacífica en la práctica. Por ejemplo, si en un proceso de contratación estatal de obras públicas no se siguen las normas de control para este tipo de vinculación, y en consecuencia se contrata a quien, a todas luces, no puede cumplir con los objetivos del contrato, el detrimento patrimonial podría reputarse conocido desde el momento de la celebración del contrato, considerando que los recursos invertidos de esta manera se perderán sin remedio. Si después esto en efecto ocurre, pero no es detectado durante la auditoría final de la obra, por ejemplo por hechos de corrupción, el hecho podría estar en este lugar. Después, la Nación puede ser condenada a pagar por los daños que genere una obra inoperante y en la sentencia ejecutoriada que ordena el pago podría identificarse, de nue-

252 Sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm>].

vo, la certeza del monto en que se ha deteriorado el patrimonio. Por último, con claridad, puede reputarse como hecho generador aquel momento en el cual la administración hace pago efectivo de esta condena.

En términos del artículo 9.º de la Ley 610 de 2000

La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal [...] La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

Ya que esta ley no menciona sino una vez más el concepto de hecho generador, es necesario hacer un repaso de la forma en que se presenta el mismo, del momento desde el cual han de calcularse los términos de su caducidad, en lo que se profundizará en el siguiente acápite.

B. Cómputo de términos

En concepto de 2010, la Auditoría General de la Nación precisa respecto al tema actual que

la duda surge cuando, en presencia de un daño patrimonial contra el Estado, se requiere fijar en el tiempo el momento preciso en que se concretó éste, con el fin de contabilizar el inicio del término de caducidad²⁵³.

253 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto n.º OJ.110.032.2010, de 13 de agosto de 2010, disponible en [<https://>

Puede decirse que el hecho generador debe desvincularse del daño. En otras palabras, estos dos elementos de la responsabilidad fiscal son independientes, y si bien deben concurrir para que se configure la responsabilidad, no tienen que concurrir en el tiempo, sino que pueden sumarse uno después de otro. El hecho generador es aquel que produce el daño, pero no el daño en sí mismo, pues se encuentran ambos incluidos como entes autónomos en la triada: hecho, daño, nexo causal.

Así pues, si en un proceso de contratación el gestor del gasto decide pactar con un licitante que no cumple con los criterios del pliego de condiciones y lo hace con conocimiento de esta circunstancia, la culpa grave se entiende configurada, o puede rastrearse a este momento. En efecto, no cabría duda de que la culpa, entendida como la falta de cuidado, al tenor del artículo 63 del Código Civil, se dio en el momento en el que el funcionario, conocedor obligado de las reglas de contratación estatal, contrata con un ejecutor que sabe es incapaz de realizar la obra porque este último, por ejemplo, carece de los conocimientos técnicos o el personal adecuado para el cumplimiento de sus funciones.

Sin embargo, en este punto, de manera retrospectiva, no puede asegurarse la ocurrencia del daño al patri-

monio de la nación, pues, valiéndonos de la terminología, este solo existe cuando se concreta su monto. Así, en el concepto citado de la Auditoría General de la Nación, “el pago a destiempo de una obligación es la evidencia y obligado referente de una sucesión de omisiones que se dieron con antelación al mismo”²⁵⁴.

Aunque el daño fiscal susceptible de sanción puede ser actual o futuro²⁵⁵, esto no hace referencia a que la certeza y determinación concreta del daño pueda ser actual o futura. Así, el momento del hecho generador relevante para el cómputo de la caducidad no sería el de la “acción u omisión del servidor público”, ni el del pago que en efecto materializa el detrimento, menoscabo, etc. del patrimonio público, sino aquel en el que el monto del mismo es certero.

Desde el punto de vista anterior, el pago es evidencia del daño. La acción u omisión del agente es su causa, de su análisis se desprende la culpa grave o el dolo que ha de castigar la sanción fiscal, análisis que se extiende al nexo causal de la responsabilidad. Por último, el momento en el que se tiene por cierta la obligación a cargo del patrimonio público sería el determinante para el cálculo de la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal, si se atiende a la citada Sentencia C-840 de 2001.

254 Ídem.

255 Sentencia C-189 de 6 de mayo de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-189-98.htm>].

Aunque puede argumentarse que “la responsabilidad no se predica del perjuicio eventual sino de la certeza de su ocurrencia”, es equívoco derivar de lo anterior que no es sino el pago el que permite asegurar “sin lugar a dudas, que [se] ha causado un daño cierto, anormal, especial y cuantificable”, pues es lo cierto que en el ordenamiento jurídico, la existencia de una sentencia ejecutoriada brinda tanta o más certeza que el pago efectivo, que podría él mismo ser revertido, lo que no ocurre, por definición, con los procedimientos judiciales cuyas instancias se han agotado en su totalidad.

Así, cuando el argumento citado añade a que no es sino hasta el pago que los intereses y la indexación son certeros, el razonamiento implica desconocer, por ejemplo, la esencia de los títulos ejecutivos, que pueden ser de este carácter cuando para la determinación líquida del monto en efecto cobrado judicialmente bastan “simples operaciones aritméticas”, como lo menciona el artículo 424 del Código General del Proceso.

De la misma manera se descarta la idea de que

la aplicación del principio de responsabilidad, desarrollado constitucionalmente en los artículos 6.º, 90, 121 y 122 de la Carta, y que se traduce en que no hay lugar a deducir responsabilidad si el daño efectivamente no se ha ocasionado, obliga a inferir que las meras expectativas sobre la ocurrencia de éste no son título suficiente para deducir responsabilidad de la conducta del gestor fiscal.

Un argumento pragmático puede arrojar mejores luces respecto a la razón por la cual conviene adoptar como momento generador el del pago efectivo que constituye detrimento patrimonial para el Estado, pues

Contabilizar la caducidad a partir de la omisión y no del pago haría necesario iniciar la investigación una vez se omite el pago, con la posible consecuencia de que el proceso culmine sin responsabilidad fiscal, dado que el daño nunca se concretó. De paso, se vulnerarían los principios de eficacia y economía, pilares de la acción fiscal.

En primer lugar, la posibilidad de que el daño no se produzca efectivamente no debería ser derrotero para la definición del momento de la caducidad de la acción. Por el contrario, podría considerarse como beneficioso que los términos de caducidad, por obligar al Estado a actuar con mayor prontitud, eviten la ocurrencia del daño fiscal. Pero más aún, si al momento de llevarse a cabo los procedimientos el daño es certero, en el sentido en que se venía tratando, el daño no debe concretarse, esto en razón que se presente un pago efectivo por parte de la administración para que el funcionario sea declarado responsable fiscal. Que el pago se realice antes o después de la declaración de responsabilidad no tienen incidencia cuando, desde el principio, la obligación del Estado de realizar este pago es indiscutible. La posición expuesta en el argumento citado parece implicar una petición de principio, pues en la medida en que se considera que solo el pago hace a la certeza del daño, es válido considerar que sin él se hace imposible determinar la

existencia de responsabilidad fiscal. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se establece que esta certeza puede provenir de fuentes del todo distintas al pago efectivo, como las mencionadas sentencias judiciales ejecutoriadas.

En cambio, puede decirse que aunque exista certeza jurídica del daño sancionable fiscalmente, desde el momento en el que tal certeza pueda ser definida dentro de los cánones jurídicos relevantes, no es sino hasta el pago efectivo que la administración, que no se mueve en el plano jurídico sino real, tiene conocimiento y certeza de que se ha producido un daño. De manera análoga, los particulares pueden defender sus derechos por un determinado tiempo contado a partir de la vulneración de los mismos, o a partir del momento en que se hicieron conscientes de esta vulneración. Así, el artículo 164 del CPACA dispone que en la acción de reparación directa:

la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Si bien la estructura estatal sugeriría una mayor eficacia y prontitud para constatar los hechos que puedan generarle un daño, lo cierto es que la complejidad del accionar del Estado justifica que no sea sino hasta el momento en que el pago/detrimento se hace efectivo

cuando se le puede exigir la persecución diligente de sus derechos, por lo tanto, comenzar a correr los términos de caducidad de las acciones disponibles para el caso.

Sin embargo, esto choca con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en sede de consulta afirmó que el término de caducidad corre a partir del hecho dañino y no a partir del conocimiento de la administración²⁵⁶.

Por último, el argumento de que la responsabilidad fiscal “no tiene carácter sancionatorio ni penal ni disciplinario, sino resarcitorio administrativo” puede servir para establecer que, debido a la especificidad del control fiscal, análisis que atiende a consideraciones jurídicas ajenas a su campo, como las realizadas más arriba respecto de la certeza del daño, escapan a esta rama del derecho. Esto podría estipularse, por ejemplo, teniendo en cuenta que el control posterior y selectivo propio del proceder fiscal, dificulta aún más que el conocimiento de las situaciones que generan detrimento lleguen a su conocimiento antes del pago.

Pero desde este punto de vista es válido preguntar cómo es que el término de caducidad empieza a contarse desde la ocurrencia del hecho generador, si no es desde las actividades de control que la administración tiene la posibilidad real de conocer sobre el

256 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Radicación n.º 846, 29 de julio de 1996, C. P.: ROBERTO SUAREZ FRANCO.

detrimento, a menos que por denuncia u otro medio llegue esta información a su conocimiento.

Por ejemplo, si a principios del año fiscal un alcalde contrata un servicio personal con dineros del Estado, esta situación, por definición, llegará al conocimiento de la administración meses después, al momento de realizar las actividades de control pertinentes. No parece justificado, entonces, que la caducidad corra a partir del momento en que se realizaron los pagos por parte del alcalde, pues si esta institución procesal castiga la negligencia del que pudiendo ser accionante no ejerce su derecho de acción, no tiene sentido que se le exija hacerlo desde un momento anterior al que las posibilidades permiten. Al respecto puede ser relevante anotar que la caducidad, de acuerdo con el Consejo de Estado²⁵⁷, no se suspende por la vacancia judicial, pues se considera que a pesar de que durante estos términos, en efect, no se puede ejercitar el derecho de acción, esto no impide que antes o después de la vacancia el accionante ejerza la demandada diligencia. En cambio, en nuestro caso, esta exigencia simplemente no procede, como no procede exigir al ciudadano que tome las acciones conducentes para proteger sus derechos antes de que conozca la vulneración de los mismos. Estas consideraciones, sin embargo, no encuentran eco en la ley o la jurisprudencia nacional.

257 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 05001-23-33-000-2016-00274-01, de 9 de febrero de 2017, C. P.: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, disponible en [<http://www.derechotk.com/dtk/wp-content/uploads/2017/04/sent-05001233300020160027401-17.pdf>].

Importa concluir, en cambio, con la opinión autorizada que venimos reseñando, que culmina en estos términos:

el momento de generación de tal daño, y por consiguiente el punto en el tiempo a partir del cual se comenzará a contabilizar el término de caducidad de la acción fiscal, será el de la fecha en que se produzca el pago [...] más lo liquidado por intereses moratorios, indexación, sanciones, etcétera [...] El funcionario o servidor público que paga capital más intereses causados por la ineficiente gestión de otro, cierra, con el hecho del pago, un consecutivo de omisiones; de lo anterior se deduce que dicho pago no pueda ser sometido en sí a reparo fiscal, ni el gestor fiscal que lo hace, imputado como presunto responsable fiscal, a no ser que en el no pago oportuno haya mediado dolo o culpa de su parte, o que se trate de la misma persona...²⁵⁸.

C. Roles y cargas del funcionario y los particulares

En este acápite se revisan las distintas funciones que pueden representar alternativas prácticas dentro del modelo de control fiscal sancionatorio y que pueden ser cumplidas tanto por los funcionarios públicos como por la ciudadanía en general. El propósito de este acápite es doble. En primer lugar, exponemos las responsabilidades principales de los funcionarios públicos frente al proceso de auditoría y de responsabilidad fiscal. En el mismo sentido, nos enfocamos en los roles preventivos que la ciudadanía en general puede ocupar en el control fiscal de las entidades del Estado.

258 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto OJ.110.032.2010 de 2010, cit.

En esta línea, nuestro segundo propósito es llamar la atención sobre la importancia de la faceta preventiva del detrimento patrimonial, tendencia que va en línea con los planteamientos más aceptados de funciones sancionatorias análogas del Estado, como la criminal y la disciplinaria.

1. Roles de los funcionarios públicos

En primer lugar, mencionemos que de acuerdo al Decreto 267 de de 22 de febrero de 2000²⁵⁹, la Contraloría disponía de una función de advertencia, contenida en el artículo 5.º, numeral 7 de la mentada norma. De acuerdo a este mecanismo, el ente de control podía “advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados”.

Sin embargo, esta disposición fue demandada ante la Corte Constitucional y declarada inconstitucional por la misma Corporación en Sentencia C-103 de 2015²⁶⁰:

La Sala concluye que la función de advertencia que dicha norma atribuye a la Contraloría General de la República, si bien apunta al logro de objetivos constitucionalmente

259 *Diario Oficial*, n.º 43.905, de 22 de febrero de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9599>].

260 Sentencia C-103 de 11 de marzo de 2015, M. S.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-103-15.htm>].

legítimos, relacionados con la eficacia y eficiencia de la vigilancia fiscal encomendada a esta entidad, desconoce el marco de actuación trazado en el artículo 267 de la Constitución, el cual encuentra dos límites claros en (i) el carácter posterior y no previo que debe tener la labor fiscalizadora de la Contraloría y, de otro lado, (ii) en la prohibición de que sus actuaciones supongan una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las entidades sometidas a control [...] Finalmente, tal mecanismo encuentra un adecuado complemento en los controles preventivos y la formulación de advertencias que la propia Administración, a través de las facultades atribuidas a las Superintendencias, puede implementar respecto de aquellas actividades sometidas a inspección, vigilancia y control²⁶¹.

Así pues, es la administración misma la que queda facultada para ejercer un control previo de la administración de sus propios recursos. Esta oposición entre el interés de controlar de manera rigurosa y el de asegurar la agilidad de la administración se analizará más adelante, cuando nos preguntemos por los fundamentos de la co-administración y el rechazo de la misma desde un análisis económico del derecho. Por ahora, admitamos que tanto el control externo como el interno (de la misma administración) entrañan riesgos de captura del regulador/controlador por parte de los controlados, y por lo tanto, si bien puede ser deseable extender el control previo, puede considerarse menos riesgosa la posibilidad de buscar la asistencia de la ciudadanía en este respecto, como haremos más adelante en este mismo acápite.

261 Ídem.

Ahora bien, aunque el control fiscal está desconcentrado y descentralizado, es de anotar que el sector central tiene la función de ejercer un control excepcional sobre las investigaciones de los entes de control del nivel territorial, de acuerdo al artículo 122 de la Ley 1474 de 2011, según el cual las comisiones constitucionales permanentes del Congreso tienen la facultad de solicitar a la Contraloría General de la República que ejerza este control, presentando un informe sobre los fundamentos de la solicitud, y previa aprobación por parte de la mayoría absoluta de la comisión a la cual pertenece.

En su relación con las corporaciones de elección popular, encontramos así mismo que, por disposición del artículo 123 de la Ley 1474 de 2011,

Los informes de auditoría definitivos producidos por las Contralorías serán remitidos a las Corporaciones de elección popular que ejerzan el control político sobre las entidades vigiladas. En las citaciones que dichas entidades hagan a servidores públicos para debates sobre temas que hayan sido materia de vigilancia en el proceso auditor deberá invitarse al respectivo contralor para que exponga los resultados de la auditoría.

Esto configura la articulación del control fiscal con el control político de la administración pública, evidenciando un rol más amplio de las actividades de la Contraloría.

No solo los funcionarios encargados del control posterior son responsables de perseguir el detrimento

patrimonial del Estado. Lo es también la entidad que paga en proceso judicial por un hecho que puede atribuirse a la conducta gravemente culposa del funcionario público. En efecto, de acuerdo al artículo 6.º de la Ley 678 de 2001²⁶²:

En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley.

Esto se extiende, pues, al comité de conciliación que acepta la configuración de la responsabilidad del Estado, en quien queda la responsabilidad de probar, de manera preliminar, los elementos de la responsabilidad del funcionario presuntamente responsable.

Si no se iniciara en tiempo, el Ministerio Público podrá interponer la acción de repetición en lugar de la entidad legitimada, de manera interesante, cualquier ciudadano está facultado por la misma norma para requerir a las entidades legitimadas para que inicien la acción de repetición en favor del interés general.

2. Roles de la ciudadanía en el control fiscal

Interesa resaltar una faceta distinta del papel de la ciudadanía en este punto. Pues la ley ya demanda la

262 Ya citada.

participación de la ciudadanía en el control fiscal, aún de manera previa al detrimento patrimonial, a través de la figura de las veedurías ciudadanas, reguladas por la Ley 850 de 18 de noviembre de 2003²⁶³, que reemplazó a la Ley 563 de 2 de febrero de 2000²⁶⁴, declarada inexecutable por la Corte Constitucional por Sentencia T-596 de 1.º de agosto de 2002²⁶⁵. Así, la referencia que la Ley 610 de 15 de agosto de 2000²⁶⁶ hace a esta normativa, se entiende referenciada a la regulación vigente. En su artículo 1.º esta legislación define las veedurías como

el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.

La veeduría procede cuando se involucran recursos públicos, pueden presentarse por iniciativa de la

263 *Diario Oficial*, n.º 45.376, de 19 de noviembre de 2003, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10570>].

264 *Diario Oficial*, n.º 43.883, de 7 de febrero de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3419>].

265 M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-596-02.htm>].

266 *Diario Oficial*, n.º 44.133, de 18 de agosto de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725>].

ciudadanía o por obligación del representante legal del encargado de la ejecución de proyectos públicos. Tendrán especial relevancia, de acuerdo al artículo 4.º de la misma norma “la correcta aplicación de los recursos públicos, la forma como estos se asignen conforme a las disposiciones legales y a los planes, programas, y proyectos debidamente aprobados...”. Es interesante notar, además, que la veeduría se ejerce de manera preventiva y posterior a la gestión del programa vigilado, lo que incumbe una importante ventaja de esta frente al control eminentemente posterior.

Este puede considerarse el complemento ideal al control de la Contraloría. En efecto, el ciudadano es administrado y a la vez, por la ficción de la representación, administra los recursos de la Nación, que son suyos. A través de la figura de las veedurías, que podrían interpretarse como una coadministración por parte de la ciudadanía, se imprime a la actividad pública la legitimidad de la participación directa de la Nación en la disposición adecuada de sus recursos.

Recuérdese que, según el artículo 3.º, numeral 6 del CPACA,

En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

3. Gestión y control fiscal privados

Los particulares pueden cumplir otro rol de importante relevancia en el control fiscal, pues en virtud del artículo 267 de la Constitución del 91 se permite que, en casos especiales,

la vigilancia [fiscal] se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

Esta alternativa resulta en particular interesante desde un análisis de la eficiencia de la gestión pública, que por su tamaño y el amplísimo número de sus funciones, puede resultar menos conveniente que la actividad de los privados. Podría reputarse a la auditoría privada como más eficaz, lo que será analizado con mayor detenimiento más adelante. Pero aún más, puede notarse que en caso de que la caducidad o la prescripción pueda rastrearse a la negligencia de los particulares, al momento de la revisión, el detrimento al patrimonio del Estado puede atribuirse a su responsabilidad con un modelo de contratación adecuado que castigue, como en el caso del funcionario, la culpa grave y el dolo, pues sería el caso que los particulares así vinculados serían responsables de recursos públicos.

Si bien la función sancionadora no les corresponde, sí puede hablarse de un nuevo período para determinar su responsabilidad, no desde el momento del detrimento fiscal, sino desde el momento en que su gestión auditora resulte negligente. Virtualmente, esto

ampliaría el plazo dentro del cual la Nación puede recuperar los recursos malversados, ya por la acción del gestor del gasto, o por la negligencia del controlador privado²⁶⁷.

Por otra parte, dada la posibilidad de que los privados ejecuten labores de interés público, puede ocurrir que el control fiscal proceda tan solo después de la entrega de este tipo de recursos, ya en forma de pagos o de anticipos. Esta disposición, si bien ajustada al fundamento básico de que la vigilancia se ejerce sobre los dineros públicos, puede acarrear una dificultad al momento de proteger el patrimonio estatal, pues limita la injerencia del Estado en la revisión de obras que, ejecutadas con dineros privados, son de interés general.

Al respecto, resulta relevante mencionar la aproximación tomada por la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016²⁶⁸, al regular la actividad de particulares en las llamadas “obras por impuestos”, pues en esta modalidad de ejecución de obras de interés público, el contribuyente está obligado a asegurar en favor del Estado y de manera previa, la totalidad de los recursos

267 CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES, CLARA LÓPEZ OBREGÓN, EDILBERTO PEÑA GONZÁLEZ y DAVID ALDANA ARÉVALO. “Control fiscal territorial. Diagnóstico y perspectivas”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 8, n.º 2, 2006, pp. 44 a 84, disponible en [<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/323>].

268 *Diario Oficial*, n.º 50.101, de 29 de diciembre de 2016, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=68189>].

que pretende invertir en la obra a ejecutar, por medio de una fiducia de destinación exclusiva a la obra autorizada por el Estado. De esta manera, se garantiza la potestad del Estado de vigilar estos recursos, a la vez que se refuerza su protección por la figura de la fiducia. La contratación de la obra a cargo del particular, cabe resaltar, se rige por las normas del derecho privado, pero esto no obsta para que, por disposición del artículo 238, todo proceso de contratación debe hacerse por licitación privada abierta.

III. ALCANCE JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD EN EL CONTROL FISCAL

La aplicación de los conceptos de prescripción y caducidad tiene, como se ha dicho, relevancia capital al interior del control fiscal. Por medio de estas instituciones, el Estado pierde el derecho de perseguir la reparación del detrimento fiscal, con lo que el funcionario se libera de cualquier responsabilidad por dicho detrimento, de aquí se deriva la importante función del Consejo de Estado, definiendo estas figuras y su interrelación.

Es el caso de la Sentencia 25000-23-24-000-2007-00458-01 del 23 de julio de 2015, en la cual el Consejo de Estado aclara el paso de la caducidad y la prescripción de la Ley 42 de 1993 a la Ley 610 de 2000, como se ha mencionado la legislación específica sobre control fiscal en Colombia descansa sobre estas dos leyes, al respecto

La Ley 42 de 1993 reguló el proceso de responsabilidad fiscal, pero no consagró término alguno sobre la caducidad de la acción. Por lo anterior, esta Sección señaló que el juicio de responsabilidad fiscal carecía de un término de caducidad para su iniciación, debido a que la Ley no lo fijó expresamente. Ahora bien, en relación con la prescripción la Ley 42 de 1993 no señaló el término de que disponían los órganos de control fiscal para proferir decisión definitiva dentro del proceso de responsabilidad fiscal, por lo que se entendió que la responsabilidad fiscal era imprescriptible²⁶⁹.

Ante esta presunción de imprescriptibilidad y de falta de término para la caducidad y su implicación con la seguridad jurídica antes mencionada, la Ley 610 de 2000 estableció estos términos,

No obstante, la Ley 610 de 2000 derogó el procedimiento de responsabilidad fiscal contemplado en la Ley 42 de 1993, y estableció uno nuevo [...] De acuerdo con el artículo citado (art. 9.º), la acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, y ésta prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare²⁷⁰.

Con estos términos definidos, en este pronunciamiento del Consejo de Estado se estableció el punto divisor entre la aplicación de una u otra ley, este fue la emi-

269 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2007-00458-01, 23 de julio de 2015, C. P.: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

270 Ídem.

sión del auto de apertura a juicio fiscal, con lo que a los procesos que a la fecha de implementación de la Ley 610 de 2000 se les hubiera realizado esta apertura, se continuarían rigiendo por la Ley 42 de 1993, por lo tanto, no tendrían los mencionados términos, mientras que los que se encontraban en la etapa previa a este auto tendría la aplicación de términos de cinco años para su realización.

Analizamos a continuación la evolución de los conceptos de prescripción y caducidad respecto del control fiscal en el seno de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

A. Evolución del concepto de caducidad en el ejercicio del control fiscal en el seno de la jurisprudencia del Consejo de Estado

Como se mencionó al inicio de este acápite, el proceso de tránsito legislativo que sufrieron los términos de caducidad y prescripción de la Ley 42 de 1993 respecto a los de la Ley 610 de 2000, fue acompañado de pronunciamientos del Consejo de Estado, para aclarar su debida implementación, debido a las múltiples interpretaciones que se daban, en este caso de la caducidad. Un ejemplo claro de esto es la diferencia entre la manera de calcular el inicio de la caducidad entre las dos normativas desde la Ley 42 del 1993 donde

[E]l extremo inicial para la contabilización del término de caducidad lo constituye la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta, lo cual difiere del que, con posterioridad, estableció la Ley 610

de 2000, que en su artículo 9.º, estableció que este plazo inicia con la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, el cual se empezará a contar para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto²⁷¹.

Otro tema en el cual fue necesario el pronunciamiento del Consejo de Estado es cuál era el punto exacto de separación, para las dos normativas, del auto de apertura de juicio fiscal, siendo así, es pertinente clarificar el tema respecto a la caducidad. Múltiples pronunciamientos del ente judicial concuerdan en decir que en vigencia de la Ley 42 de 1993, “la misma no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal”²⁷², sin embargo, la misma ley planteaba una alternativa a estos vacíos, “no obstante que el artículo 89 de la citada ley dispone que ‘En los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso’”²⁷³. Opción aceptada por la Sala de Consulta y Servicio Civil, durante 1996,

La acción fiscal caduca en el término de dos años contados a partir del ocurrimiento del acto o hecho ilícito que la

271 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2005-00918-01, 14 de junio de 2018, C. P.: ROCÍO ARAÚJO OÑATE.

272 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-1994-04586-01(7211), 18 de abril de 2002, C. P.: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA.

273 Ídem.

motivó, tal como está previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para la caducidad de la acción de reparación directa, aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, por la remisión que hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993²⁷⁴.

E incluso, con debates entre las diferentes salas de la Corporación:

La acción fiscal caduca en el término de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del acto o hecho que la motivó

[...]

La Sala debe señalar que no comparte, la tesis expuesta por la Sección Primera de esta Corporación en sentencia del 2 de abril de 1998, dictada dentro del proceso radicado bajo el número 4438, con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez, en el sentido de que ‘del contenido del artículo 17 de la citada ley se desprende que dicho juicio de responsabilidad fiscal puede ser iniciado en cualquier momento, lo cual implica que su ejercicio no está limitado en el tiempo’, porque contraría el principio de que no hay derecho sin acción, ni acción sin caducidad o prescripción. De suyo, aún en esta hipótesis, el levantamiento del fenecimiento y la apertura del juicio fiscal deben darse dentro de los dos (2) años posteriores al hecho ilícito²⁷⁵.

A pesar de esto, en múltiples sentencias, la sala de turno se vio en la obligación de reconocer que la al-

274 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Radicación n.º 846 de 1996, cit.

275 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”. Radicación n.º AC-7878, 5 de agosto de 1999, C. P.: CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

ternativa planteada, utilizar el artículo 38 del CCA no era viable, por que

el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción, y, de otra parte, porque del contenido del artículo 17 de la citada ley se desprende que dicho juicio de responsabilidad fiscal puede ser iniciado en cualquier momento, lo cual implica que su ejercicio no está limitado en el tiempo²⁷⁶.

De esta manera, la máxima autoridad de la jurisdicción administrativa llegaba a esta conclusión, “forzoso es concluir que, de igual manera, en cualquier momento se podrá iniciar el juicio de responsabilidad fiscal”²⁷⁷. Aunado a esto, incluso la Corte Constitucional se pronunció en su momento sobre el artículo 17, declarándolo exequible, en la Sentencia C-046 de 10 de febrero de 1994²⁷⁸, respecto a la cual el Consejo se profirió con aprobación

como bien lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-046 de 1994, establece una excepción a la regla general del carácter definitivo de los fenecimientos fiscales, excepción que “en razón de la vigencia del valor superior de la rectitud en el manejo de los dineros públicos, tiene pleno sustento en la Carta Política”²⁷⁹.

276 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2001-00284-01, 30 de enero de 2004, C. P.: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO.

277 Ídem.

278 M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-046-94.htm>].

279 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 68001-23-15-000-1995-00104-01(7417), 15 de noviembre de 2002, C. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Aun cuando la caducidad es una institución de gran importancia en la que, como se ha dicho, el componente de orden público es destacable, esto no impide la constatación de excepciones a su aplicación, las cuales han sido objeto de tratamiento jurisprudencial por el Consejo de Estado.

Así, se ha dicho que la caducidad no opera en casos en que la afectación al patrimonio de la Nación es continua, pues aquí el detrimento se mantiene en el tiempo. En Sentencia de 20 de marzo de 2003²⁸⁰ se dijo que

cuando [una] obra compromete o afecta elementos constitutivos del espacio público, el término en comento no empieza a correr, es decir, que la acción sancionadora en esta materia no caduca, mientras no cese la conducta o desaparezca el hecho respectivo.

Se ha tenido oportunidad de mencionar, así mismo, que la caducidad no opera frente a actos presuntos, pues en estos casos

el artículo 44 de la citada Ley 446 dispuso que la acción sobre actos presuntos que resuelven un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo, es decir, los regulados por el artículo 60 del CCA, y aunque no mencionó expresamente a situación de los actos fictos producto del silencio de la administración respecto de la petición inicial, debe

280 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2001-0431-01(8340), 20 de marzo de 2003, C. P.: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA

entenderse que el espíritu del legislador fue sustraer del término de caducidad todos los actos originados por el silencio de la administración, pues si el silencio de la administración frente a los recursos no está sometido a término de caducidad alguno, tampoco puede estarlo el silencio frente a la petición; si bien la Ley no dijo nada al respecto, no encuentra la Sala ninguna razón jurídica ni lógica para considerar que los actos regulados por el artículo 40 del CCA quedaron por fuera de esta previsión²⁸¹.

B. Evolución del concepto de prescripción en el ejercicio del control fiscal en el seno de la jurisprudencia del Consejo de Estado

La evolución e incorporación de términos e interpretaciones para la prescripción en el control fiscal, tuvo la misma dinámica que la caducidad, además de pregonar las mismas condiciones para esta institución del derecho, se plasman algunos aspectos relevantes propios de esta figura desarrollados por el Consejo de Estado.

Algunos aspectos relevantes que se han tratado al interior del Consejo de Estado en materia de prescripción relacionan el concepto en su aplicación a la responsabilidad fiscal con la aplicación del mismo en el derecho privado. Así, en materia de seguros, encontramos que la Ley 610 de 2000 dispone, en su artículo 44, la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal en su calidad de civil. De acuerdo a lo anterior;

281 Auto de 28 de octubre de 1999, exp. 1660-99, C. P.: ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

ha precisado el Consejo de Estado que los términos de prescripción frente al contrato de seguro son los del artículo 1081 del Código de Comercio²⁸², pues

tal vinculación [de la aseguradora al procedimiento de responsabilidad fiscal] no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil y contractual, y nunca fiscal²⁸³.

Otro de estos aspectos es la suspensión de los términos contemplados en la Ley 610 de 2000, para que opere la prescripción en el proceso de responsabilidad fiscal, se encuentra establecida en el artículo 13 de dicha ley, se pondrán suspender en casos de “fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación”²⁸⁴. Al ser una actuación en el proceso, en sede de la administración es lógico que “la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente y contra el cual no procede recurso alguno”²⁸⁵.

282 Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339, de 16 de junio de 1971, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>].

283 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 2004-00529-01, de 18 de marzo de 2010, M. P.: RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA.

284 Artículo 13 Ley 610 de 2000, cit,

285 Ídem.

Concierne al estudio de la prescripción con relación al control fiscal, la ponderación que hace el Consejo de Estado entre el formalismo de la notificación respecto a la suspensión o reanudación de términos, sobre la ocasión de configurar prescripción debido a una suspensión “errónea” de los términos al no notificarlos, al respecto la Consejera Ponente MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO, es clara en la prelación de este fenómeno para el Consejo de Estado,

Si bien el demandante alega que la suspensión y reanudación de términos [...] no se realizó conforme lo prescribe el artículo 13 de la Ley 610 de 2000, esto es, mediante auto de trámite que debía ser notificado al día siguiente; lo cierto es que ello no constituye una irregularidad sustancial que afectara el debido proceso, pues siempre que se tramitan impedimentos o recusaciones es obligatoria la suspensión de términos [...] No puede valerse el actor de un mero defecto adjetivo para desconocer la normativa sustantiva que obliga a suspender términos “... en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación...”²⁸⁶.

Sin embargo, es pertinente evidenciar la situación contraria, en la cual la administración busca justificar la inactividad procesal, contabilizando suspensiones de términos en la expedición de sus decisiones evitando la configuración de la prescripción, esto mediante el argumento de que se deben suspender términos para la práctica de una prueba, nada más alejado de

286 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 05001-23-31-000-2006-02905-01, 16 de julio de 2015, C. P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.

los términos establecidos en la Ley 610 de 2000, sobre decretar una suspensión de términos sobre la práctica de una prueba o sobre otros motivos, el Consejo de Estado evidencia que

al tener como fundamento una causal que no está contemplada en el artículo 13 de la legislación de responsabilidad fiscal, no tuvo entonces la legitimidad para suspender los términos [...] cuando se allegó al expediente, la prueba que motivó la suspensión. Corolario de lo anterior, es que, al no operar la suspensión de los términos, fue evidente el transcurso del tiempo en contra de la entidad demandada por la morosidad en fallar²⁸⁷.

En ambos casos, la posición de la sede judicial es clara: a pesar de que la suspensión de términos se encuentra contemplada en el artículo de la Ley 610 de 2000, se encuentra plasmada de manera imperativa, solo se puede optar por suspensión cuando se tiene una de

las causales para suspender los términos dentro de un proceso de responsabilidad fiscal son taxativas y únicamente proceden cuando se presenten eventos de fuerza mayor, caso fortuito o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación²⁸⁸.

Ante la posibilidad no valer la suspensión de términos por falta de notificación o de hacerla valer por una razón diferente a las antes enunciadas, la posición es clara.

287 ACONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2004-00840-01, 1.º de noviembre de 2012, C. P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.

288 Ídem.

IV. PERSPECTIVAS DOCTRINARIAS DE EVOLUCIÓN Y NUEVOS HORIZONTES

Es vital considerar, como se dijo en el capítulo anterior, un adecuado término para la caducidad de la acción de control fiscal por parte de las entidades estatales. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la caducidad de dos años se estipula como consecuencia de las consideraciones que la misma corporación hiciera sobre la derogada Ley 42 de 1993, en la que extendió, de manera a nuestro parecer injustificada, los efectos de caducidad de la acción de repetición al control fiscal, lo que el legislador vino a plasmar posteriormente en la Ley 610 de 2000 y Ley 678 de 2001. Se requiere de una evaluación técnica de las características propias del control fiscal en Colombia, que reconozca a la vez la importancia de la seguridad jurídica y el debido proceso, así como las particularidades del sistema jurídico, en el que la tardanza de los procesos, si bien no puede acolitarse, tampoco puede ignorarse.

El mejoramiento constante de la capacitación a los funcionarios públicos encargados del Control Fiscal es una mejora indispensable. La experiencia del país lo reconoce con la creación de la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP²⁸⁹ y sus excelentes re-

289 Creada por el artículo 17 de la Ley 19 de 18 de noviembre de 1958, *Diario Oficial*, n.º 29.835, de 9 de diciembre de 1958, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1575113>].

sultados. Sin embargo, su fortalecimiento aseguraría la efectiva consecución de sus objetivos, por ejemplo, a través de la asignación asegurada de cargos públicos a los estudiantes de esta institución, como ocurre en Francia, en donde además los estudiantes reciben una remuneración en calidad de funcionarios públicos durante su formación, se acercan a las instituciones del Estado y sus egresados pueden escoger los cargos a los que desean ingresar de acuerdo a las calificaciones obtenidas durante sus estudios.

Por demás, es así mismo indispensable reforzar el control previo sobre la administración de los recursos públicos. Se ha mencionado el papel que las veedurías ciudadanas pueden tener en este punto. Se considera, además, desafortunado el rechazo de la función de advertencia de la Contraloría, aunque nos reservamos los argumentos al respecto para el análisis económico que realizaremos más adelante. Se debe resaltar ahora la iniciativa de la consulta anticorrupción, que a la fecha de redacción de estas páginas ha sido aprobada en el Congreso de la República y queda pendiente de la aprobación de su contenido por parte de la ciudadanía. En ella, se propone, entre otras cosas,

Obligar que el presupuesto de inversión de Alcaldías, Gobernaciones y Nacional, se desglose y priorice en Audiencias Públicas con la ciudadanía, quien además vigilará su ejecución y contratación²⁹⁰.

290 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Senado aprueba referendo anticorrupción”, Bogotá, 5 de julio de 2018, dis-

BIBLIOGRAFÍA

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto n.º OJ.110.032.2010, de 13 de agosto de 2010, disponible en [[https://www.auditoria.gov.co/Conceptos_Juridicos/Conceptos%202010/AGR.%20Concepto%20110.032.2010%20\(Hecho%20generador%20de%20Da%C3%B1o\).pdf](https://www.auditoria.gov.co/Conceptos_Juridicos/Conceptos%202010/AGR.%20Concepto%20110.032.2010%20(Hecho%20generador%20de%20Da%C3%B1o).pdf)].

BOTERO BERNAL, ANDRÉS. “La ley y el código en las constituciones provinciales independentistas de la Nueva Granada: ¿Para que más?”, *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*, vol. xvi, n.º 32, julio-diciembre de 2013, pp. 203 a 220, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v16n32/v16n32a13.pdf>].

Código Civil de Colombia, Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

Código Civil francés (Código Napoleónico) de 1804, disponible en español en [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwixzJzc-I3cAhVEuVkkKHUY6BKkQFgg_MAM&url=https%3A%2F%2Fwww.legifrance.gouv.fr%2Fcontent%2Fdownload%2F1

ponible en [<http://www.senado.gov.co/component/k2/item/28080-senado-aprueba-referendo-anticorrupcion>].

966%2F13751%2F...%2FCode_41.pdf&usg=AOvVaw013wpmmOzYDS9F576fMoM6].

Código de Comercio, Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339, de 16 de junio de 1971, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>].

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Senado aprueba referendo anticorrupción”, Bogotá, 5 de julio de 2018, disponible en [<http://www.senado.gov.co/component/k2/item/28080-senado-aprueba-referendo-anticorrupcion>].

CONSEJO DE ESTADO:

Auto de 28 de octubre de 1999, exp. 1660-99, C. P.: ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Radicación n.º 846, 29 de julio de 1996, C. P.: ROBERTO SUAREZ FRANCO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-1994-04586-01(7211), 18 de abril de 2002, C. P.: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 68001-23-15-000-1995-00104-01(7417), 15 de noviembre de 2002, C. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2001-0431-01(8340), 4 de marzo de 2003, C. P.: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2001-0431-01(8340), 20 de marzo de 2003, C. P.: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2001-00284-01, 30 de enero de 2004, C. P.: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 2004-00529-01, de 18 de marzo de 2010, M. P.: RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2004-00840-01, 1.º de noviembre de 2012, C. P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 05001-23-31-000-2006-02905-01, 16 de julio de 2015, C. P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2007-

00458-01, 23 de julio de 2015, C. P.: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia n.º 05001-23-33-000-2016-00274-01, de 9 de febrero de 2017, C. P.: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, disponible en [<http://www.derechotk.com/dtk/wp-content/uploads/2017/04/sent-05001233300020160027401-17.pdf>].

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia n.º 05001-23-31-000-2003-00168-01, rad. 0357-11, de 26 de abril de 2012, C. P.: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B". Radicación n.º AC-7878, 5 de agosto de 1999, C. P.: CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia n.º 44001-23-31-000-2005-00695-01(32628), 28 de septiembre de 2006, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Sentencia n.º 25000-23-24-000-2005-00918-01, 14 de junio de 2018, C. P.: ROCÍO ARAÚJO OÑATE.

Constitución de 1821, Villa del Rosario de Cúcuta, 30 de agosto de 1821, disponible en [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-16/html/0260ce5e-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia T-433 de 24 de junio de 1992, MM. PP.: JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN y CIRO ANGARITA BARÓN, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-433-92.htm>].

Sentencia C-046 de 10 de febrero de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-046-94.htm>].

Sentencia C-189 de 6 de mayo de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-189-98.htm>].

Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm>].

Sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm>].

Sentencia T-596 de 1.º de agosto de 2002, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-596-02.htm>].

Sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002, MM. PP.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-619-02.htm>].

Sentencia C-985 de 2 de diciembre de 2010, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-985-10.htm>].

Sentencia C-103 de 11 de marzo de 2015, M. S.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-103-15.htm>].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Sentencia n.º 18 de 4 de mayo de 1989, exp., 188, M. P.: HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA.

SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 28 de abril de 2011, referencia 41001-3103-004-2005-00054-01, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

Decreto 267 de 22 de febrero de 2000, *Diario Oficial*, n.º 43.905, de 22 de febrero de 2000, disponible

en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9599>].

GUERRERO LINARES, ÁNGEL. “La caducidad como medio de extinción de las obligaciones”, en *Homenaje al Maestro Don Antonio Ibarrola Aznar*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 121 a 140, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3968/23.pdf>].

HINESTROSA FORERO, FERNANDO. “Derecho romano, tradición romanista y América Latina”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 25, julio-diciembre de 2013, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3593/3771>].

HINESTROSA FORERO, FERNANDO. “El Código Civil de Bello en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, enero-junio de 2006, pp. 5 a 27, disponible en [<http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537586001.pdf>].

HINESTROSA FORERO, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Externado, 2002.

Ley 120 de 23 de noviembre de 1928, *Diario Oficial*, n.º 20.958, de 30 de noviembre de 1928, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1792615>].

Ley 50 de 18 de marzo de 1936, *Diario Oficial*, n.º 23.160, de 17 de abril de 1936, disponible en

[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0050_1936.htm].

Ley 200 de 30 de diciembre de 1936, *Diario Oficial*, n.º 23.388, de 30 de diciembre de 1936, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16049>].

Ley 19 de 18 de noviembre de 1958, *Diario Oficial*, n.º 29.835, de 9 de diciembre de 1958, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1575113>].

Ley 563 de 2 de febrero de 2000, *Diario Oficial*, n.º 43.883, de 7 de febrero de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3419>].

Ley 610 de 15 de agosto de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.133, de 18 de agosto de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725>].

Ley 678 de 3 de agosto de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.509, de 4 de agosto de 2001, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4164>].

Ley 791 de 27 de diciembre de 2002, *Diario Oficial*, n.º 45.046, de 27 de diciembre de 2002, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0791_2002.html].

Ley 850 de 18 de noviembre de 2003, *Diario Oficial*, n.º 45.376, de 19 de noviembre de 2003, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10570>].

Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016, *Diario Oficial*, n.º 50.101, de 29 de diciembre de 2016, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=68189>].

MARGADANT, GUILLERMO F. “La ‘digamia’ en la antigua discusión secular y canónica ¿acto obligatorio, delito, inmoralidad tolerable o decisión moralmente neutra?”, en *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 465 a 478, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/116/29.pdf>].

PÉREZ ARIAS, LUZ MARCELA y SERGIO ANDRÉS MARTÍNEZ OSORIO. “Las excepciones jurisprudenciales al término de caducidad de la acción de reparación directa en Colombia, en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Una ponderación entre el principio de seguridad jurídica vs. el acceso a la administración de justicia y el deber de reparación integral de las víctimas”, Bucaramanga, Universidad Industrial de Santander, 2012, disponible en [<http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2012/145224.pdf>].

- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN. “El criterio histórico en la interpretación jurídica”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 22, nº ext., noviembre de 2013, pp. 599 a 632, disponible en [<http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/1184/1545>].
- ROSARIO RUBIO, LILIAN ANDREA. “La prescripción y caducidad de la acción disciplinaria por parte del Estado como derecho fundamental al debido proceso”, Tesis de Maestría, Bogotá, Universidad Libre, 2014, disponible en [<http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7518/RosarioRubioLilianAndrea2014.pdf;sequence=1>].
- SÁNCHEZ TORRES, CARLOS ARIEL; CLARA LÓPEZ OBREGÓN, EDILBERTO PEÑA GONZÁLEZ y DAVID ALDANA ARÉVALO. “Control fiscal territorial. Diagnóstico y perspectivas”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 8, n.º 2, 2006, pp. 44 a 84, disponible en [<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/323>].
- THOMAS ARIAS, ANTONIO ÉMIRO. “Nuevo régimen de prescripción civil”, en *Vniversitas*, vol. 52, n.º 105, pp. 211 a 230, abril de 2003, disponible en [<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14846>].
- VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO. “Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad”, *Revista Lex*, vol. 11, n.º 11, año XI, 2013-I, disponible en

[<http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/6/895>].

VON SAVIGNY, FRIEDRICH KARL. *Sistema del derecho romano actual*, t. I, JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY (trads.), Madrid, Editorial F. Góngora y Compañía editores, 1879, disponible en [<https://archive.org/details/BRes1421811>].

CAPÍTULO CUARTO
LA DESCENTRALIZACIÓN DEL CONTROL FISCAL EN
COLOMBIA: UNA APROXIMACIÓN A PARTIR DEL
ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

**I. APROXIMACIÓN PRELIMINAR AL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO**

El derecho durante los siglos XIX y XX en perspectiva positivista, buscaba hacer de esta una disciplina o para algunas ciencias, que estuviera desligada de formas de construcción y análisis “extrajurídicas”. Los rezagos de la influencia religiosa hacían necesario “aislar” al derecho de otras formas de pensamiento que no fueran las propias de su campo. Se buscaba dejar de lado visiones religiosas.

En el caso francés, la concentración del poder político durante el paso de la Edad Media²⁹¹ al Absolutismo

291 Fin del Imperio Romano de Occidente, año 476-descubrimiento de América, 1492.

y luego hacia la época revolucionaria, hizo necesario pasar del derecho segmentado y con influencias religiosas a uno de fuerte centralización del poder, lo que hizo necesario unificar el derecho a través de la positivización normativa y la creación de estructuras burocráticas²⁹²⁻²⁹³.

La positivización fue la característica porque en Europa se dio en el periodo posrevolucionario, pero en muchos lugares también se llegó a algo similar: las fuentes del derecho eran “cerradas” y los funcionarios no tenían ninguna posibilidad de decidir por fuera de la fuente que correspondiera a su sistema jurídico. Así, los jueces dentro del derecho continental tenían que basarse en la ley positiva y los del derecho anglosajón en la jurisprudencia vigente, pues además en este sistema hay un nivel de obligatoriedad del precedente conocido como el *stare decisis*.

Durante las primeras décadas del siglo xx, tanto en los países del sistema anglosajón como aquellos del sistema romano germánico –o continental– se empezó a dar un cambio hacia la posibilidad de “abrir” el derecho no solo a nuevas interpretaciones, sino que además existía la posibilidad de estudiar y encontrar

292 PIERRE BOURDIEU. “Espíritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático”, en *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.ºs 96-97, marzo de 1993, pp. 49 a 62, disponible en [<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/1042.pdf>].

293 PIERRE BOURDIEU y GUNTHER TEUBNER. *La fuerza del derecho*, CARLOS FRANCISCO MORALES DE SETIEN RAVINA (presentación), Bogotá, Universidad de los Andes y otros, 2002, pp. 153 a 220.

salidas y soluciones más allá de la fuente puramente formal. Ello se dio en dos etapas, primero el antiformalismo y luego el realismo jurídico.

Sobre el primer momento:

Por “teorías reformistas del derecho” entiendo todas aquellas tradiciones de análisis jurídico que se propusieron denunciar, desde finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX y en diversos grados de intensidad y compromiso, las deficiencias de la teoría tradicional del derecho, descrita a grandes rasgos como, “formalista”, “positivista”, “exegética”, “conceptualista” y “mecánica”, para solo mencionar algunos de los clichés que sirvieron para caracterizarla [...] Elemento fundamental de estas teorías reformistas consistió en reconstruir la imagen tradicional que se tenía de las fuentes del derecho, para subrayar el papel social dinamizador de algunas de ellas [...] usualmente desatendidas por el legalismo tradicional, bajo el rótulo de “fuentes secundarias o auxiliares”²⁹⁴.

Las visiones antiformalistas buscaban dejar un grado de libertad al juez para que interpretara la fuente respectiva –ley en el derecho continental y jurisprudencia en el anglosajón–, para que pudiera internalizar visiones relacionadas con los cambios sociales. En ese sentido el juez podría tener un papel más activo que el legislador en la forma de resolver los conflictos sin tener que esperar al proceso legislativo, a veces lento y para algunos, lleno de intereses que podrían ser “superados” por unos jueces “activos” y que estarían más ligados a los intereses de las “mayorías”.

294 DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, Bogotá, Universidad de los Andes y Legis, 2010.

Así, en el clásico *Law in books and Law in action*, texto de NATHAN ROSCOE POUND²⁹⁵, que fue un prestigioso profesor de derecho, decano de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard²⁹⁶, se planteaba la necesidad de reconocer que el derecho –que se podría denominar formalista– se había apartado de la realidad y por lo tanto, era necesario volver a acercarlo a la realidad social y para ello, era importante darle al juez un papel más activo en la solución de casos que tuvieran implicaciones “socio-económicas”. Para DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA²⁹⁷ POUND era un formalista que proponía tener como fuentes lo que él denominaba, técnicas e ideales jurídicos reconocidos.

Así, POUND a diferencia de los realistas, no admitiría que cualquier medio de conocimiento sirviera de fuente a los jueces para decidir, pero sí que había formas en que tradicionalmente se había desarrollado el pensamiento y la forma del oficio jurídico en las aulas y los tribunales. Era necesario solucionar casos en los que había vacío legal, siguiendo técnicas e ideales jurídicos reconocidos, pero sin llegar a los grados de incertidumbre de fuentes como los realistas. Esto aplicaba para las situaciones:

295 Lincoln, Nebraska, 27 de octubre de 1870-Cambridge, Massachusetts, 30 de junio de 1964.

296 JEAN-LOUIS HALPERIN. “Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change”, en *Maine Law School*, vol. 64, n.º 1, Article 4, October 2017, disponible en [<https://digitalcommons.maine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&context=mlr>].

297 LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, cit.

En áreas de cambio social profundo, una proporción grande de acontecimientos de la vida cotidiana continúa sin ser regulados por reglas, y entre ellos, siempre existe una proporción considerable de casos no cubiertos o no claramente cubiertos. Los casos en los que se discuten estas nuevas circunstancias son presentados ante los jueces en número cada vez, creciente, especialmente en periodos de desarrollo social y económico como el actual. Estos casos son ventilados especialmente en las altas cortes y exigen razonamiento legal, esto es, exigen la aplicación de la técnica aceptada a las reglas de derecho reconocidas de manera que les dé a dichas reglas la forma que exigen las nuevas exigencias [sic] de la vida. Aquí la técnica será probablemente el factor que controle el resultado, y aunque dicha técnica no puede ser definida formalmente como una regla jurídica [...] sin embargo bien puede decirse que es fuente de derecho en el sentido en que se trata de uno de los elementos obligatorios de la acción judicial, del pensamiento jurídico y de las predicciones del abogado que probablemente controlen el resultado²⁹⁸.

De este modo, POUND se separaba de las formas más radicales de los realistas para quienes el juzgador no estaba sometido a limitaciones en cuanto a la fuente del conocimiento a la que podrían acudir para resolver el caso que se les presentara. Entre los realistas no había una sola visión:

Podríamos distinguir, en general, dos grandes corrientes dentro de la teoría de fuentes del realismo. La primera de ellas se encuentra en autores como [FELIX S.] COHEN^[299],

298 Ídem.

299 New York, 3 de julio de 1907-Washington, 19 de octubre de 1953.

[MAX] RADIN^[300] y [JEROME] FRANK^[301]. Para FRANK, por ejemplo, una ‘fuente’ de derecho es no solo la noción del juez de que ciertas reglas son derecho válido, sino también sus prejuicios personales, sus simpatías y antipatías, sus caprichos e intereses privados, en suma, todo lo que cualquier circunstancia puede influenciar psicológicamente su decisión. Esta primera concepción trata de mostrar la existencia de realidades psicológicas y sociológicas, que ayudan a dar forma al sentido en que un ser humano decide un caso. Estas influencias, dada su irrefutable importancia, deben ser articuladas dentro de una teoría integral de las fuentes del derecho. Para la otra corriente realista, la libertad decisional del juez debe ser explicada en términos, no empíricos sino más bien éticos, de “intuición” o “corazonada”^[302].

Entonces, para mediados del siglo xx era claro que las visiones formalistas, tanto en el derecho continental como en el *common law*, hacían crisis. Se había llegado al punto en que la realidad vista desde el derecho, aislada o exclusivamente, resultaba insuficiente para resolver los conflictos que se presentaban en la sociedad. La Guerra Fría^[303], los cambios culturales y económicos, hacían necesario que el derecho como objeto y como herramienta práctica de intervención se abriera a otras miradas. Y estas visiones dentro de ese marco socioeconómico, político y cultural tendrían posiciones. Así surgieron los Critical Legal Studies –CLS– y Law and Economics –L&E–.

300 Kępno, Polonia, 29 de marzo de 1880-Berkeley, CA, 22 de junio de 1950.

301 New York, 10 de septiembre de 1889-New Haven, Connecticut, 13 de enero de 1957.

302 LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, cit.

303 Posguerra 1945/47-caída del muro de Berlín, 1989.

De manera berve se expondrán las ideas de cada uno de ellos, para poder esquematizar la corriente de L&E. Para MAURICIO GARCÍA VILLEGAS:

El movimiento Critical Legal Studies (en adelante CLS), constituido a finales de la década de 1970, recarga las baterías críticas que el realismo había enfilado contra el pensamiento jurídico liberal en las primeras décadas del siglo. Sin embargo, no se trata tanto de un neorealismo como de un posrealismo, en la medida en que el contenido de la crítica, el alcance político de sus postulados y el bagaje teórico a partir del cual diseña estos postulados se aparta sustancialmente de lo que fue el realismo [...] Los críticos se interesan –como los realistas– por el papel que el derecho desempeña en la sociedad. Sin embargo, ese interés no se manifiesta en el estudio de la eficacia del derecho o de la diferencia de enfoque dogmático y el enfoque basado en la realidad social. Tampoco se ocupan del estudio de otras fuentes de regulación social diferentes del derecho oficial. En cambio se concentran en los siguientes tres temas: i) Las contradicciones internas del pensamiento jurídico dogmático y su imposibilidad de resolverlas racionalmente, 2) la función política de legitimación que dicho pensamiento lleva a cabo en las sociedades capitalistas modernas, y 3) la posible transformación progresista de la sociedad según una concepción política de izquierda. Todos estos temas son tratados a partir de una pertinaz visión crítica, que pone de presente el predominio de una marcada connotación política de izquierda del movimiento³⁰⁴.

Pero no solo desde la sociología crítica y la izquierda política se buscó una forma alternativa de ver al de-

304 MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *Sociología Jurídica. Teoría y sociología jurídica del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.

recho. También desde la relación entre la economía se buscó revisar las características de esta disciplina. Así, mientras algunos se preocupan por la visión de la legitimidad desde las posiciones de la izquierda política, a otros les preocupa la “eficiencia” en términos de recursos escasos y en términos de objetivos. Para algunos la economía es consecuencialista o teleologista, en el sentido que se preocupa por los “costos” o resultados de las decisiones políticas y sociales, mientras que el derecho sería deontologista en el sentido que evalúa las determinaciones sin salirse de las normas y sin tener en cuenta los efectos, costos o consecuencias de las determinaciones. Algunas investigaciones muestran que esa dicotomía no tiene por qué ser extrema y que no necesariamente el derecho es en forma exclusiva deontologista y la economía consecuencialista de forma radical³⁰⁵.

Así el análisis económico del derecho como se le conoce contemporáneamente, nace a principios de la segunda mitad del siglo xx. Algunos señalan que hay un “viejo” análisis económico del derecho y uno nuevo. Para MARIO A. PINZÓN CAMARGO:

La razón para esta división temporal entre el “viejo” análisis económico del derecho y el “nuevo” o contemporáneo AED recae sobre la publicación de dos artículos, considerados como hitos en el cambio de pensamiento respecto de las relaciones entre el derecho y la economía, y por ende en

305 JAVIER FRANCISCO FRANCO MONGUA. *Deontologismo y consecuencialismo. Visiones y actuaciones de economistas y juristas*, Bogotá, Universidad Libre, 2011.

la forma de estructurar los argumentos para estudiar las instituciones jurídicas.

Son éstos, “The problem of the social cost” de RONALD H[ARRY] COASE^[306] publicado en 1960 en el *Journal of Law and Economics*, y “Some thoughts on Risk Distribution and the law of torts” de GUIDO CALABRESSI publicado en el *Yale Law Journal*, en 1961. A partir de dichos documentos, este nuevo campo del conocimiento presenta una prolífica expansión. Sumados a ellos, aparece en 1972 como otro gran aporte a la apertura de los espacios de colonización del AED, el texto de RICHARD A. POSNER titulado “Análisis económico del derecho”³⁰⁷.

A continuación a partir de PINZÓN CAMARGO³⁰⁸ y NICHOLAS MERCURO y STEVEN MEDEMA³⁰⁹, de forma breve se resumirán las características de algunas corrientes de pensamiento dentro del análisis económico del derecho:

306 Willesden, Londres, 29 de diciembre de 1910-2 de septiembre de 2013.

307 MARCELO A. PINZÓN CAMARGO. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*, Bogotá, Externado, 2010.

308 Ídem.

309 NICHOLAS MERCURO y STEVEN G. MEDEMA. *Economics and the Law. From Posner to postmodernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

ESCUELA	AUTORES Y OBRAS	CARACTERÍSTICAS	CRÍTICAS
Chicago	HENRY CALVERT SIMONS ^a AARON DIRECTOR ^b	Estudio de los monopolios y las leyes que los regulan. Se estudió la importancia de la búsqueda de la eficiencia por parte de quienes diseñan políticas públicas y regulaciones. Críticas del intervencionismo Estatal frente a la actividad pues considera que el mercado se puede autorregular. Creación del <i>Journal of Law and Economics</i> ^c .	Su "optimismo" acerca de la posibilidad del mercado de auto regularse sin intervención estatal.
New Heaven	GUIDO CALABRESSI	Visión normativa y no positiva del L&E acerca de las reglas sobre el derecho de daños. Reconoce la importancia de la intervención estatal para intentar solucionar las fallas del mercado.	El haberse concentrado especialmente en un campo específico (el derecho de daños).

Estas dos visiones coincidían en el punto de vista de la economía neoclásica de suponer a los individuos como homoeconómicos, esto es: racionales, egoístas y maximizadores. Pero recientes corrientes de pensamiento han puesto en duda esta visión. En especial la del *behavioral* (de comportamiento), que pone en

-
- a Virden, Illinois, 9 de octubre de 1899-Chicago, 19 de junio de 1946.
 b Staryi Chortoryisk, Ucrania, 21 de septiembre de 1901-Los Altos Hills, CA, 11 de septiembre de 2004.
 c Editado por la University of Chicago Press, se publica desde 1958 hasta la fecha.

duda la racionalidad perfecta del individuo, llegando entonces a tener sesgos que podrían influenciar sus decisiones de forma importante³¹⁰.

A. Origen y evolución del análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho surge como un llamado a la aplicación de criterios de eficiencia económica a las instituciones jurídicas, mientras que el siglo xx vio el surgimiento de un Estado benefactor, con grandes instituciones dedicadas a promover el bienestar de las sociedades desarrolladas, esta tendencia dio origen a estructuras y distribuciones ineficientes de los recursos. En efecto, mientras el derecho busca distribuir derechos y cargas en un contexto de justicia, la economía se propone el mismo objetivo en un contexto de eficiencia. Para la ciencia económica, la asignación de recursos escasos debe dirigirse en razón de la mejor utilización que el destinatario de esos recursos se proponga, sea con el objetivo de aumentar la producción, la riqueza de la Nación en su conjunto, o la justicia social en abstracto, vista como un bien cuantificable económicamente.

Desde esta perspectiva, la distribución de recursos a través de programas sociales, la cobertura en salud,

310 DANIEL ALEJANDRO MONROY CELY. "Behavioral Economics: Orígenes, metodología y herramientas de trabajo", *Entramado*, vol. 10, n.º 2, julio-diciembre de 2014, pp. 184 a 206, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v10n2/v10n2a12.pdf>].

educación, vivienda y servicios públicos por parte del Estado, resulta ir en contra de formas menos justas pero más productivas. Por esto, el análisis económico del derecho surge como una crítica a estas instituciones.

B. Escuelas predominantes: similitudes y diferencias metodológicas. Escuela positiva y normativa de la regulación

El análisis positivo asume la regulación existente como dada y legítima. No se preocupa por promoverla o justificarla, sino que observa qué contexto y determinantes llevaron a su implementación, hace un análisis de su eficacia en la práctica. El análisis normativo, en cambio, examina las condiciones del mercado para proponer las mejores alternativas en los casos que estudia. Puede añadirse que este análisis, en su sentido más estricto, se ocupa de casos teóricos o de abstracciones de la realidad. Esto es, se ocupa de estudiar escenarios idealizados que pueden o no extraerse de la realidad. En el proceso de aprehensión de la realidad, esta perspectiva gana en poder de análisis lo que pierde en capacidad de producir un resultado acorde con la realidad fáctica³¹¹.

311 JOHAN DEN HERTOOG. "Review of Economic Theories of Regulation", en *Discussion Paper Series*, n.º 10-18, Utrecht, Utrecht School of Economics, diciembre de 2010, disponible en [https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo_use_dp_2010_10-18.pdf].

II. LA DESCENTRALIZACIÓN A PARTIR DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

Es necesario abrir este acápite aclarando que todo análisis económico de carácter académico, dirigido a una institución o regulación particular, debe pasar por admitir la validez de distintas perspectivas dentro del análisis económico del derecho. De otra forma, se cae en la denunciada falacia de encajar la realidad en una teoría con capacidad predictiva limitada. COASE afirmaba que

Contemplation of an optimal system may suggest ways of improving the system. It may provide techniques of analysis that would otherwise have been missed, and, in certain special cases, it may go far to providing a solution. But in general its influence has been pernicious. It has directed economists' attention away from the main question, which is how alternative arrangements will actually work in practice. It has led economists to derive conclusions for economic policy from a study of an abstract model of a market situation³¹².

Así mismo JOHAN DEN HERTOOGH, al describir las dife-

312 En: MEDEMA, STEVEN G. *Ronald H. Coase*, London, The Macmillan Press, 1994, p. 156: La contemplación de un sistema óptimo puede sugerir formas de mejorar el sistema, puede proveer técnicas de análisis que de otra forma podrían haberse perdido y, en ciertos casos, puede incluso proveer una solución. Pero en general esta influencia ha sido perniciosa, ha desviado la atención de los economistas de sus cuestiones principales, que es la búsqueda de cómo distintos esquemas podrían funcionar en la práctica. Esto ha dirigido a los economistas a derivar conclusiones de política económica desde un estudio de modelos abstractos.

rencias entre el análisis positivo y normativo de la regulación, advierte sobre las teorías del interés público que

These theories are often thought to be ‘normative theories as positive analysis’ [...] implying that the evaluative theoretical and empirical analysis of markets has been used to explain actual regulatory institutions in practice³¹³.

Se puede considerar, a manera de ejemplo, que desde una perspectiva clásica de la regulación, la descentralización responde a unos u otros factores reales del mercado que demandan una mayor cercanía de las instituciones con los administrados locales³¹⁴; desde una teoría económica, los centros de poder inferiores podrían reputarse como los causantes de una descentralización que, al acercarse al regulador, facilita su captura, o es la captura en sí misma; desde una perspectiva institucional de la regulación, la descentralización puede responder a un intento por promover mecanismos que imiten las condiciones del mercado perfecto. Particularmente, en el caso del control fiscal, puede considerarse que esta institución responde al problema del agente/principal observado entre la administración y la Nación que dirige sus recursos a través

313 DEN HERTOOG. “Review of Economic Theories of Regulation”, cit., p. 4: “estas teorías son consideradas ‘teorías económicas bajo un análisis positivo’ [...] lo que implica que la evaluación teórica y empírica de los mercados ha sido usada para explicar [justificar] las instituciones vigentes en la práctica.

314 CHRISTOPHER GARMAN, STEPHAN HAGGARD y ELIZABETH WILLIS. “Fiscal decentralization, a political theory with Latin American cases”, en *World Politics*, vol. 53, n.º 2, enero de 2001, p. 205.

de la primera; por último, desde una perspectiva en favor de la desregulación, la descentralización y delegación de funciones puede verse como un paso intermedio entre una regulación fuerte (propia del poder centralizado) hacia una supresión de las regulaciones cuyo objeto se deja en manos de los poderes locales.

Estas perspectivas no son excluyentes. Por ejemplo, no solo puede pensarse que el regulador descentralizado ha sido capturado, también es válida la hipótesis de que la descentralización, desde un punto de vista más clásico, cercano a la teoría del interés público, impide dicha captura al acercar el regulador al contexto de los interesados en una regulación justa, la ciudadanía local.

Este trabajo, que no pretende sustentar la primacía de ninguna aproximación en particular, expondrá estas distintas perspectivas buscando las conclusiones que cada una arroja sobre el caso colombiano.

A. El concepto de descentralización y desconcentración

Al hablar de estos dos fenómenos, se hace referencia a ellos en el contexto de funciones del Estado, la noción más pertinente al respecto desde el ámbito jurídico es la dada por LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ sobre descentralización, al considerarla

la facultad que se otorga a las entidades públicas diferentes del Estado para gobernarse por sí mismas, mediante

la radicación de funciones en sus manos para que las ejerzan autónomamente³¹⁵.

El grado en que se radiquen estas funciones, está relacionado de modo directo con el tipo de organización que tiene el Estado, siendo así, los Estados de tipo federal pregonan una unidad como ente jurídico de derecho internacional, mientras a nivel interno separan sus funciones en órdenes estatales y federales, como se evidenció en los casos de Argentina y México antes tratados. Por su parte los Estados de tipo unitario, pregonan además de las condiciones de ente jurídico de derecho internacional, un control central de las decisiones.

Al ser estos, federalismo y unitarismo, los dos modelos clásicos de organización administrativa del Estado, se evidencia una propensión hacia la convergencia de un punto medio en su implementación, fenómeno evidenciado por ALEKSEY HERRERA ROBLES quien considera que

La conclusión sería entonces una situación de extremos que se unen o vinculan: por una parte, el Estado federal, con tendencia centralizadora y, por otra, el Estado unitario, con tendencia descentralizadoras o de otorgamiento de autonomía en cabeza de las entidades territoriales³¹⁶.

315 LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo general y colombiano*, 10.ª ed., Bogotá, Temis, 1998, p. 45, citado en ALEKSEY HERRERA ROBLES. *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad del Norte, 2012, p. 164.

316 *Ibíd.*, p. 152.

La convergencia o divergencia en estas figuras, es un problema de carácter central en la organización de los Estados, la centralización como “todas aquellas actividades cuya dirección corresponde a un órgano central, es decir, único para todo el Estado”³¹⁷ y la descentralización

cuando la dirección de una actividad corre a cargo de una pluralidad de órganos no centrales [...] o sea, ante una fuerza contraria al movimiento centralizador que se ha calificado de natural³¹⁸.

Ante este problema, como se dijo, cambiante en la medida que son tendencias que se alejan y acercan dependiendo del modelo, la descentralización surge en el contexto latinoamericano como una alternativa a los procesos de centralización reinantes durante la Colonia, donde

El Estado centralizado significó en América Latina, la expropiación política de las colectividades locales. El proceso centralizador que se presentó en los diversos Estados implicó una pérdida de representatividad de las entidades locales y una sectorialización de la administración pública en donde los diversos órganos no estaban sujetos a la autoridad local³¹⁹.

317 JUAN FERRANDO BADÍA. *Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 4.

318 *Ibíd.*, p. 10.

319 JEAN PHILIPPE PENING. “Modelo de descentralización en Colombia”, en *Con-texto*, n.º 6, 2003, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/46564753_El_modelo_de_descentralizacion_en_Colombia], p. 2.

En el caso de Colombia, ésta se encuentra definida como unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales, desde su Carta política, con una organización central a nivel político y descentralización en lo administrativo.

De esta figura existen doctrinariamente tres tipos básicos, la descentralización territorial, por servicios y por colaboración.

Al respecto, la Corte Constitucional definió la figura de la descentralización territorial

como el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales regionales o locales, las cuales se ejecutan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad³²⁰.

En el caso colombiano, evidente en la conformación de los departamentos, municipios y distritos, a estas divisiones hace referencia el artículo 288 de la Carta Política:

La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley³²¹.

320 Sentencia C-1051 de 4 de octubre de 2001, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1051-01.htm>].

321 Artículo 288 CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política*

De manera adicional, los elementos necesarios para que se dé o para estar en presencia de este tipo de descentralización, son expuestos por JAIME RAMÍREZ PLAZAS, al respecto define seis elementos a considerar,

- 1.º Necesidades locales, diferentes de aquellas que son comunes a toda Nación.
- 2.º Personería jurídica, o sea, que no tiene la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones.
- 3.º Autonomía financiera, es decir, que tenga su propio patrimonio y presupuesto diferente de los de la Nación.
- 4.º Autonomía administrativa, que le permite organizarse internamente de manera autónoma.
- 5.º Autoridades locales, elegidas por la misma comunidad o nombradas por sus representantes, y
- 6.º Control por parte del poder central para formar parte de un Estado Unitario, por lo cual las autoridades centrales tienen alguna injerencia en ella³²².

de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

322 JAIME RAMÍREZ PLAZAS. *La hacienda pública en Colombia*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional 2011, p. 287.

En el caso de la descentralización por servicios, se encuentra de nuevo su definición en la Corte Constitucional, que para este concepto plasmó que

implica el otorgamiento de competencias o funciones a entidades públicas no territoriales y diferentes del Estado, que se crean para ejercer una actividad especializada en forma autónoma³²³.

Su naturaleza es disímil al tipo territorial, de aquí la procedencia de sus elementos, más relacionados con el ejercicio mismo de la administración que con el proceder de Estado en la de tipo territorial,

existencia de una actividad especial digna de autonomía [...] personería jurídica; autonomía financiera, autonomía administrativa, autoridades propias y control por parte del poder central³²⁴.

Por último, respecto a la descentralización por colaboración, su origen se encuentra en el quehacer económico de las empresas privadas, las cuales representan una delegación de las potestades estatales a los particulares. Tal vez los mayores referentes al respecto en la configuración nacional sean la Federación Nacional de Cafeteros, ente de carácter privado con funciones públicas debido a la naturaleza de los recursos que maneja a través del Fondo Nacional del Café y las Cámaras de Comercio³²⁵,

323 Sentencia C-736 de 19 de septiembre de 2007, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-736-07.htm>].

324 RAMÍREZ PLAZAS. *La hacienda pública en Colombia*, cit., p. 288.

325 Los recursos captados en relación con las funciones públicas que

entidades privadas, no obstante estar parcialmente dedicadas al cumplimiento de funciones públicas, como son principalmente todas las relacionadas con los registros públicos³²⁶.

Ambas entidades reflejan la naturaleza de este tipo de organización

un determinado tipo de entidad privada, nacida de la libre iniciativa de los particulares, y que inicialmente se constituye para cumplir propósitos que solo interesan a éstos, en razón del conocimiento y la experiencia por ella acumulados, es investida por ley de determinadas funciones públicas, bajo la consideración de que su cumplimiento resulta más eficiente en cabeza suya que en cabeza de una entidad estatal³²⁷.

Por su parte, la desconcentración es una figura propia del modelo centralista,

hace relación a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central³²⁸.

se les han designado, se encuentran sujetos al control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República.

326 Sentencia T-690 de 4 de septiembre de 2007, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/T-690-07.htm>].

327 Sentencia C-909 de 31 de octubre de 2007, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-909-07.htm>].

328 Sentencia C-561 de 4 de agosto de 1999, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-561-99.htm>].

Ya que mantiene el poder de decisión en el ente central, tan solo se desplaza su ejercicio por fuera de la entidad central, lo que no significa que los funcionarios o entidades designadas para esto tengan “personería jurídica, ni presupuesto, ni reglamento administrativo propio”, esto en razón de que la desconcentración se predica de la búsqueda de eficiencia y se utiliza como una herramienta a la gran carga de trabajo que reporta a las instituciones centralistas ejercer sus funciones. Al respecto, la Corte Constitucional evidenció el fin de la desconcentración como

el de descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos³²⁹.

Estructura del control fiscal

Como habíamos mencionado en el caso colombiano, en tanto República unitaria, se presentan las instituciones de la descentralización y la desconcentración, de manera específica, en relación al ejercicio del control fiscal, las podemos observar en la organización creada para la Contraloría General de la República y sus diferentes modelos.

bajo la figura de la desconcentración, existe la Contraloría General de la República y sus gerencias departamentales en capitales de departamento. Y bajo la figura de la descentralización, existen contralorías departamentales,

329 Ídem

encargadas de velar por el cumplimiento oportuno de la gestión fiscal en aquellos municipios que carecen de su propio órgano de control fiscal, y Contralorías municipales, las cuales al igual que las Contralorías departamentales, gozan de autonomía administrativa, presupuestal y financiera. Pero a diferencia de las últimas se encargan de ejecutar el control fiscal únicamente al interior del municipio para el que fueron creadas³³⁰.

B. Fundamentación económica de la descentralización

En este acápite puede verse la descentralización sobre todo como un punto intermedio de un proceso de liberalización o de retroceso del Estado³³¹, que cuando delega funciones en entidades más lejanas al control central, en forma necesaria debe reducir la rigidez y alcance de la normativa que las dirige, pues se encontrará en ellas funciones que requerirían en un contexto distinto de un control propio de las entidades centrales, control antitécnico frente a la entidad descentralizada, en la medida en que se busca entregarle autonomía administrativa. Como esta autonomía no se predica de la dimensión política, se exige

330 SERGIO LUIS MONDRAGÓN-DUARTE. "Manual básico de control fiscal", en *Documentos de Docencia*, n.º 21, Bogotá: Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, noviembre de 2016, disponible en [<https://revistas.ucc.edu.co/index.php/dodo/article/view/1866/1995>], p. 7.

331 MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y JAVIER EDUARDO REVELO REBOLLEDO. *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010, disponible en [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_200.pdf], pp. 62 a 105.

un establecimiento previo de reglas provenientes de la instancia central que permitan, por ellas mismas, la mayor soltura del actuar de los niveles inferiores de la administración, esto es, regulaciones más laxas o entidades con menos facultades.

En Latinoamérica se desarrolló un proceso de centralización a lo largo del siglo xx, proceso que terminó con la crisis de la deuda (1982) del Cono Sur debido a la planificación dirigida en gran parte por el Gobierno central³³². La descentralización, a la vuelta, viene de la mano de una disipación del poder para dirigir el gasto, una desregularización del poder central.

En general, podría decirse que el fundamento de la descentralización se basa en la identificación de

... numerous advantages in transferring powers and responsibilities to lower levels of government. Ideally, each public good and service should be provided by the jurisdiction that would most fully internalize its benefits and costs. For a number of goods and services, this jurisdiction is clearly smaller than the national one. Since citizen preferences vary across jurisdictions, decentralization enhances welfare by more closely matching government output to local tastes and increasing efficiency both in providing government services and in raising revenue³³³.

332 ALBERTO BARREIX y LUIS ARRUDA VILLELA. *Tributación en el Mercosur: Evolución, comparación y posibilidades de coordinación*, Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo, 2003, p. 14.

333 GARMAN, HAGGARD y WILLIS. "Fiscal decentralization, a political theory with Latin American cases", cit., p. 205.

Sin embargo, es importante anotar que, “In virtually all decentralized systems, however, the functional responsibilities of lower levels of government are not fully financed by their own tax revenues”³³⁴, lo que apareja una importante debilidad de la pretendida eficiencia de este modelo. En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que lo que el poder central intenta ganar en eficiencia y agilidad en el manejo de las operaciones de las entidades autónomas descentralizadas, lo pierde en los beneficios económicos provenientes de los recursos que estas autoridades empiezan a controlar de manera directa. La descentralización puede reputarse más eficiente para la población, pero siempre a costa del poder central que delega y renuncia a sus funciones.

Descentralización administrativa e integración política

La descentralización y los procesos de integración, cuyo ejemplo en Europa fue estudiado antes en este escrito, son dos caras de la misma moneda. En efecto, a la par de la descentralización local en las unidades-naciones, las regiones económicas han fomentado procesos de integración complementarios a esta tendencia. La descentralización administrativa busca generar, como se ha dicho, espacios de autogobierno que respondan a las necesidades particulares de las esferas locales, y en un sentido *lato*, implican una des-

334 *Ibíd.*, p. 215: Virtualmente, en todos los sistemas descentralizados, las funciones de los niveles inferiores de Gobierno no logran financiarse con sus propios recursos.

regularización de la actividad económica representada en el alejamiento del poder central de las decisiones locales. Pero al mismo tiempo, las dinámicas de la economía globalizada impulsan proyectos de integración política que buscan dirigir los intereses locales a un proyecto regional competitivo. Ejemplo de importante relevancia de lo anterior, en nuestra región, es el proyecto del Mercado Común del Sur –Mercosur–³³⁵, que pretendiendo en sus orígenes, una integración de carácter político y en consecuencia administrativo, ha dado sus principales frutos en la esfera económica de la organización, lo que desde una perspectiva institucional del análisis económico del derecho, implica aceptar, por una parte, la resistencia a la creación de nuevos poderes centralizados pero a la vez, muestra que las condiciones de competitividad de un hipotético mercado (global) perfecto requieren de la creación de estructuras políticas marco que promuevan estas características.

Según los objetivos establecidos en el Tratado de Asunción (1991) el Mercosur fue concebido como un proceso de integración profunda. En efecto, después de una etapa inicial de liberalización del comercio intrarregional de bienes, el Mercosur adoptaría una política comercial común y constituiría un territorio aduanero unificado. En un plazo más largo los Estados Partes ampliarían el alcan-

335 Proceso de integración regional fundado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 26 de marzo de 1991, con una superficie total de 12.795.579 km², sede principal en Montevideo, un Producto Bruto Interno – PBI– total para 2017 de US\$ 4.743.899.000, un PBI *per cápita* de US\$ 16.185 y una población total de 293.090.868 personas, para una densidad de 22,9 hab/km².

ce y la profundidad de las reglas y políticas comunes hasta constituir un mercado común que incluyera la libre movilidad de bienes, servicios y factores. Desde el punto de vista de las *estructuras de gobierno regional* este proceso se desarrollaría sobre la base de un “tratado marco” [el Tratado de Asunción] cuya cobertura y alcance se ampliarían a través de la producción de “legislación secundaria” por parte de órganos inter-gubernamentales creados con ese propósito. El Tratado de Asunción estableció compromisos específicos y mecanismos concretos para lograr la eliminación de aranceles [el Programa de Liberalización Comercial] y estableció un plazo para adoptar un arancel externo común. Sin embargo, no hizo lo mismo en otras áreas de política. Después de casi quince años de vigencia del Tratado de Asunción el Mercosur ha avanzado de manera muy desigual hacia los objetivos originalmente establecidos³³⁶.

Esta dinámica puede observarse también a nivel local (nacional). En efecto, la estructuración de las formas de organización económicamente más eficientes pasa por reconocer las particularidades de unidades departamentales y locales, pero sobre todo regionales, pues las fronteras políticas no siempre coinciden con los intereses económicos, por ejemplo, de la región Caribe, la economía ganadera de los Llanos Orientales o la de la región cafetera. Por esto, resulta destacable la posibilidad amparada constitucionalmente en nuestro país de crear regiones administrativas espe-

336 ROBERTO BOUZAS. “Mercosur: Instituciones, asimetrías e integración profunda”, Washington D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2005, disponible en [http://www.redsudamericana.org/sites/default/files/talleres/BOUZAS_Asimetrias%20en%20el%20Mercosur_2008.pdf], p. 1.

ciales “con personería administrativa, autonomía y patrimonio propio” que cuenten, de manera necesaria, con un control fiscal diferenciado³³⁷.

Los niveles de descentralización varían, encontrándose en un extremo a los Estados plenamente centralizados, propios de las pasadas dinámicas de formas comunistas de organización social. Actualmente

Countries vary in the share of central-level revenues that are passed on to states and municipalities. Equally important are the rules governing such transfers and the extent of control exercised by the central government. In centralized systems the national government has substantial discretion over the amount transferred and its distribution across jurisdictions. Highly centralized governments also influence or even determine the uses to which funds are put. In decentralized systems, by contrast, the national government's hands are tied by fixed revenue-sharing formulas that determine how funds are distributed and allocated, thereby granting wider discretion to lower levels of government³³⁸.

337 JUAN CARLOS MIRA, CIRO MEZA y DANIEL VEGA. “El control fiscal en Colombia”, Trabajo de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, disponible en [<https://docplayer.es/14772601-El-control-fiscal-en-colombia-juan-carlos-mira-ciro-meza-daniel-vega.html>], p. 148: La Constitución de 1991, permite en su artículo 306, que dos o más departamentos se puedan constituir en regiones administrativas.

338 GARMAN, HAGGARD y WILLIS. “Fiscal Decentralization, a political theory with Latin American cases”, cit., p. 207: Los países varían en la proporción de regalías del nivel central dirigidas a los Estados y municipalidades. Igualmente importantes son las reglas que gobiernan dichas transferencias y el alcance del control ejercido sobre el Gobierno central. En los sistemas descentralizados el Gobierno nacional tiene una discreción sustancial sobre la cantidad de re-

C. Aproximación económica a la estructura del regulador fiscal

Se entiende en este acápite que la regulación es toda forma de organización institucionalizada en un marco jurídico legítimo que implica una transferencia de riqueza. En este sentido, las siguientes consideraciones no se limitan a la acción legislativa que lleva a la descentralización de la función de control fiscal, sino que vemos al controlador fiscal como un regulador de la conducta del controlado. Es desde este punto de vista que hemos enfocado nuestra atención en la descentralización administrativa y no en la política. El Estado unitario, al descentralizar la administración de los recursos, no renuncia como en el federalismo a su monopolio legislativo, el cual sigue en cabeza del Congreso para el caso colombiano. Lo que ocurre en consecuencia, es que aunque los poderes locales pueden darse algunas regulaciones autónomas, el resultado de las sumas y restas de la regulación efectiva es una disminución respecto al centralismo fuerte, pues la descentralización administrativa de recursos económicos no transfiere en la misma medida los poderes regulatorios. Como se dijo más arriba, esto implica que la descentralización puede verse como

cursos y su distribución a través de las jurisdicciones. Los Gobiernos altamente centralizados también tienen influencia o incluso determinan el uso que se da a los fondos. En sistemas descentralizados, por el contrario, los Gobiernos nacionales están restringidos por fórmulas fijas de distribución de recursos, que determinan cómo son distribuidos y ejecutados estos fondos, lo que garantiza una mayor discreción del poder central.

una forma de desregulación. En particular, esto puede explicar que en Colombia, Estado unitario, se prefiera un modelo de contraloría y no de tribunal de cuentas;

La visión y el ejercicio del control fiscal se definen en el mundo según la organización de la entidad que ejecuta la función fiscalizadora. En algunos países “es mirado como una función más gerencial y administrativa, por eso su estructura es la de una Auditoría General o Contraloría de tipo unipersonal [...] en otros Estados –fundamentalmente los que siguen la escuela francesa del derecho administrativo– la concepción de control fiscal, en cambio, es más de carácter jurisdiccional” [...] allí la estructura corresponde a un cuerpo colegiado de ahí los Tribunales o Cortes de Cuentas.

En el mundo occidental se encuentran los dos sistemas de fiscalización. La creación de un Tribunal de Cuentas o Corte de Cuentas, y la Contraloría General de la República. Con la primera se está en “... presencia de una institución verdaderamente jurisdiccional”, en la segunda “son organismos autónomos pero no jurisdiccionales”, y es a través de la historia política y económica de los grandes países se desarrolla cada uno de los sistemas; por ejemplo, en España existe un Tribunal de Cuentas “desde la Edad Media y que para el momento del descubrimiento de América llevaban más de un siglo de desarrollo los Contadores Mayores en la Corte Castellana y medio siglo de haberse constituido la ‘Casa de Cuentas’ de Valladolid, estructuras claves para el desarrollo posterior de los Tribunales de Cuentas modernos. Por otro lado, el sistema unipersonal de cuentas, el ejemplo lo marca el modelo anglosajón, hoy conocido como GAO y en algunos países latinoamericanos como Contraloría General”³³⁹.

339 WANDA DELGADO RODRÍGUEZ. “¿Hacia una recentralización en Colombia?: una mirada desde el control fiscal excepcional”, Tesis de

1. Transferencias de riqueza y el interés privado

Para SAM PELTZMAN, siguiendo a GEORGE J. STIGLER³⁴⁰,

... what is basically at stake in regulatory processes is a transfer of wealth. The transfer, as Stigler points out, will rarely be in cash, but rather in the form of a regulated price entry restriction, etc.³⁴¹.

El segundo economista argumenta que el regulador, en tanto transfiere riqueza, es capturado por el grupo de interés con mayor demanda efectiva. Al considerar que los costos *per cápita* de la organización política necesaria para la captura crecen en proporción directa con el número de interesados en la transferencia de riqueza, STIGLER sostiene que solo los grupos pequeños con gran poder económico pueden lograr este objetivo y en consecuencia, monopolizan al regulador³⁴². Aunque PELTZMAN coincide también en la idea de la

Maestría Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015, disponible en [<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11905/TESIS%20FINAL%20WANDA%202015.pdf?sequence=1>].

340 Renton, Washington, 17 de enero de 1911-Chicago, 1.º de diciembre de 1991.

341 SAM PELTZMAN. "Toward a more general theory of regulation", en *Journal of Law and Economics*, vol. 19, n.º 2, April, 1976, pp. 211 a 240, disponible en [<http://www.nber.org/papers/w0133.pdf>], p. 5: Lo que está en juego en el proceso regulatorio es, básicamente, una transferencia de riqueza. Esta transferencia, como apunta STIGLER, raramente se presentará en la forma de dinero, sino en forma de regulación de precios, barreras de entrada, etc.

342 GEORGE J. STIGLER. "The Theory of Economic Regulation", en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n.º 1, Spring, 1971, pp. 3 a 21.

captura, respecto al segundo punto considera que otras variables –como el interés cuantificable del político/regulador por la opinión pública– implican que “every identifiable group [grupo de interés] contains winners and losers”³⁴³, lo que significa que aún los casos en los que la riqueza a transferirse está dispersa en grupos de gran tamaño con bajo poder económico, estos podrán efectuar la captura del regulador.

Ejemplo de lo anterior es la regulación en favor del consumidor y la regulación social en general, entre la que se cuenta el derecho laboral y el derecho ambiental³⁴⁴. En todos estos casos, desde la teoría del interés privado de la regulación, se observa que grupos grandes y de baja capacidad económica *per cápita* obtienen regulaciones que implican una transferencia de riqueza en su favor.

Para el presente caso de estudio el controlador/regulador fiscal, a través del proceso de responsabilidad, no hace otra cosa que transferir riqueza de un grupo de interés a otro. El grupo del cual se toma la riqueza a transferir es cualquier responsable fiscal obligado a resarcir el daño al patrimonio del Estado, y el grupo al que se dirige esta riqueza es la colectividad. Aquí, pues, se encuentra un ejemplo de regulación favora-

343 PELTZMAN. “Toward a more general theory of regulation”, cit., p. 50.: todo grupo [de interés] identificable contiene ganadores y perdedores.

344 DEN HERTOOG. “Review of Economic Theories of Regulation”, cit., pp. 24 y ss.

ble a grupos de gran tamaño y capacidad económica *per cápita* promedio, cual es la situación del colectivo social de un país, tomado en su conjunto.

Como se ha repetido, mientras que el derecho suele insertarse en la dinámica de distribución de recursos escasos de acuerdo a criterios de justicia, la economía lo hace bajo criterios de eficiencia. Desde este punto de vista

... States must allocate efficiently their scarce resources by calculating their spending, investments, building their development plans, preparing their budget and executing it as a duty. The latter step is where the fiscal control takes place. This control has two aims, one political and other financial. The political objective consists of assessing the degree of compliance of the execution of the public budget with the decision taken by the congress. The financial aim is related to preventing and detecting misuse and misappropriation of public funds³⁴⁵.

345 PAOLA ALARCÓN LÓPEZ. "Constitutional Design and Political Agency Problems: The Case of Colombia", *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 41, enero-junio de 2014, pp. 11 a 49, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/3851/4106/>], p. 21: Así pues, los Estados deben distribuir sus recursos escasos de manera eficiente calculando sus gastos e inversiones, construyendo sus planes de desarrollo, preparando su presupuesto y haciendo de su ejecución un deber. El último paso mencionado es en donde aparece el control fiscal. Este control tiene dos objetivos, uno político y otro financiero. El objetivo político consiste en determinar el grado de cumplimiento de la ejecución del presupuesto público de acuerdo a la decisión del Congreso. El objetivo financiero está relacionado con la prevención y detección del mal uso y la apropiación ilegal de los fondos públicos.

Así pues, el control fiscal es fuente de análisis de la eficiencia del ejercicio del poder público, en particular en su aspecto político, al medir la correspondencia entre lo pretendido y los resultados. Mientras que para el controlador fiscal el enfoque está en el aspecto financiero de su auditoría, es decir, el control sobre las posibles pérdidas de recursos económicos de la Nación, el análisis económico del derecho extrae de la actividad de control fiscal una medida de la eficiencia de la regulación emitida para ejecutar los recursos controlados.

La descentralización de esta actividad permite una revisión más cercana por parte de los interesados de las políticas que dirigen el gasto público, basadas en decisiones que han sido, ellas mismas, descentralizadas. El control fiscal descentralizado es, pues, consecuencia necesaria de la descentralización administrativa.

2. Fallas de mercado y el interés público

Las fallas del mercado que la teoría de la regulación estudia, suponen situaciones en las que los supuestos de mercados eficientes no se cumplen (proliferación de monopolios, locación ineficiente de recursos, etc.) En estos casos, la teoría del interés público propone la creación de un regulador que, en tanto la falla persista, se encargue de promover y mantener de manera relativamente ficticia, las condiciones del mercado ideal³⁴⁶. Esta función puede llevarse a cabo brindando

346 ANWAR SHAIKH. "Debates on perfect and imperfect competition",

subsidios a ciertos sectores, evitando el surgimiento de monopolios, o, en el caso que nos compete, a través de un control fiscal que asegure la adecuada dirección del gasto público, entendido como la canalización de los recursos de la Nación, y en general, sobre los “recursos escasos” que la sociedad a través del ejercicio político de la representación, decide invertir en su propio desarrollo (que reduzca el riesgo moral del funcionario, inserto en la dinámica principal/agente).

3. Riesgo y control

Desde el análisis económico del derecho, el control fiscal descentralizado y posterior puede pensarse desde la óptica de las teorías de compensación y retribución de LEARNED HAND³⁴⁷ y RICHARD A. POSNER/ JOHN LEUBSDORF³⁴⁸. Estas teorías, ubicadas en el estudio de los daños y el régimen de responsabilidad derivada de los mismos, se desarrollan con claridad en los procesos judiciales del sistema de *Common Law*, y sugieren la aplicación de tests de proporcionalidad de medidas previas y posteriores de control sobre estos posibles detrimentos. Ejemplo de lo anterior

en *Capitalism: Competition, Conflict, Crises*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 345.

347 Albany, NY, 27 de enero de 1872-Nuew York, 18 de agosto de 1961.

348 RICHARD A. POSNER. “A Theory of Negligence”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 1, January, 1972, p. 32: “If the cost of safety measures or of a curtailment -whichever cost is lower- exceeds the benefit in accident avoidance to be gained by incurring that cost, society would be better off, in economic terms, to forgo accident prevention”.

es el análisis de las medidas cautelares como medio de prevención de daños irreparables durante el proceso judicial, el cálculo de su procedencia basados en una regla de proporcionalidad entre la gravedad del daño que se desea prevenir y la probabilidad de su ocurrencia³⁴⁹. El caso fiscal es interesante porque, aún siguiendo la hipótesis de que el controlador fiscal persigue el interés público³⁵⁰, el costo de sus fallas es por definición muy alto, pues maneja recursos de la Nación. Si se descentraliza y desregulariza, como resultado de los controles posteriores y selectivos, no se está ignorando este riesgo, sino que se está tomando en cuenta, el costo de la regulación/cautela/vigilancia/coadministración y se está teniendo como más eficiente la segunda opción.

Aplicando, pues, estas tesis al caso de la responsabilidad fiscal, se tiene que la ausencia de control previo y de coadministración (el equivalente a la cautela en el proceso) solo se justifica si el régimen de responsabilidad fiscal es eficiente en la recuperación del patrimonio que se pierde por la ocurrencia del riesgo, cosa que no está pasando³⁵¹.

349 NICOLÁS IGNACIO ARIEL CARRASCO DELGADO. "Análisis económico del derecho de la tutela cautelar", Tesis de Maestría, Santiago, Universidad de Chile, 2011, disponible en [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111045/de-Carrasco_nicolas.pdf?sequence=1], pp. 48 a 59.

350 RONALD H. COASE. "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. III, October, 1960, pp. 1 a 44, disponible en [<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>].

351 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. "Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República. Control Fiscal efi-

III. EL CONTROL FISCAL A PARTIR DEL AED: LA CAPTURA DEL REGULADOR FISCAL Y LOS MODELOS POTENCIALES PARA SU SUPERACIÓN

De acuerdo con el informe de gestión 2011-2013 de la Auditoría General de la República, un tópico que facilita estas situaciones es la desarticulación del sistema del control fiscal en Colombia; la poca efectividad del sistema actual para resarcir el daño; las debilidades del proceso de selección del personal de las contralorías; el sistema no es útil; y, por último pero no menos importante, el control posterior y selectivo no ha arrojado resultados y no permite prevenir daños. Por esta razón dicho informe recomienda la elevación a rango constitucional de algunos aspectos del control fiscal y la recreación del sistema³⁵².

A. Corrupción

En este mismo análisis de riesgo, no se puede ignorar la corrupción que enfrenta el país al momento de analizar la estructura del controlador fiscal.

El último informe de Transparencia Internacional sobre la percepción de la corrupción en 2016, sitúa a Colombia como uno de los países que mayor índice tiene a nivel global. Se ubica en la posición 90 sobre 176, manteniendo

caz para una mejor gestión pública 2016-2017”, disponible en [<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/780624/Informe+de+Gestión+2016+-+2017.pdf/3ba13792-3ed2-428f-b2b8-95991e228c55?version=1.0>].

- 352 MARLON IVÁN MALDONADO NARVÁEZ. “El control fiscal y su ajuste dentro del Estado social de derecho”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n.º 120, enero-junio de 2014, pp. 129 a 152, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2683>].

la misma puntuación desde 2014, cuando subió un punto comparado al 2013. Este índice, que resulta de opiniones sobre la situación del país por parte de analistas y expertos, “plantea nuevamente la aguda afectación que sufre la gestión pública por la corrupción tanto en el Poder Ejecutivo como en el Legislativo y el Judicial”³⁵³.

Con esto en mente, la descentralización del control fiscal no puede reputarse eficiente desde la perspectiva de un pretendido mercado perfecto, pues en nuestro contexto la racionalidad individual de los auto-regulados no los dirige al bien común, sino que malversa los recursos del colectivo hacia intereses ilegítimos.

La Constitución de 1991, marcó el inicio del fortalecimiento del control fiscal en nuestro país; los cambios logrados con la implementación del control financiero de gestión y resultados han sido orientados para la consolidación de una administración pública eficiente; de la misma manera, la entrega de diversas funciones a las contralorías territoriales ha destacado el modelo de descentralización como el fortalecimiento de este como principio.

Sin embargo, no todo ha sido perfecto, el diseño constitucional no ha sido ajeno a problemas y debilidades, ya sean causas exógenas o endógenas atribuibles a las contralorías, en todo caso, las reformas constitucionales, los proyectos de Ley, y las que han logrado ser sancionadas, han traído como consecuencia un vaciamiento de la autonomía territorial, la recentralización de funciones y la disolución de éstas; como por ejemplo respecto a las calidades de los candidatos para la Contraloría General de la República y de los entes territoriales¹⁹³, en donde ade-

353 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Informe de gestión al Congreso y al presidente de la República, cit., p. 23.

más de acreditar el cumplimiento de los requisitos del artículo 267 de la Constitución, debían demostrar título de posgrado con nivel mínimo de maestría en áreas relacionadas con el ejercicio del cargo; experiencia no inferior a diez años entre otras; pasando hasta la aprobación de un artículo del referendo realizado en el 2003 para eliminar las contralorías territoriales³⁵⁴.

B. Necesidad de una estructura descentralizada de control fiscal

Mientras el control disciplinario o la función judicial es permanente, el control fiscal es *posterior y selectivo*. Esto sugiere que su actividad requiere una menor presencia en unidades administrativas más pequeñas, departamentos y ciudades. Mientras que las funciones de la personería y el poder judicial, por ejemplo, requieren que se preste un servicio inmediato y cercano a los interesados, una entidad que tiene por vocación realizar controles posteriores demanda en menor medida la cercanía con los hechos que habrá de vigilar.

En consideración a lo anterior, es de anotar que IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE propone una reforma al ente de Control enfocada principalmente en el seguimiento de normas internacionales, la jurisdiccionalización de la función de control fiscal y un control diferenciado de los actos de corrupción. Sin embargo, el doctrinante hace énfasis en que su propuesta busca mantener la estructura actual, sin eliminar cargos o entidades ex-

354 DELGADO RODRÍGUEZ. “¿Hacia una recentralización en Colombia?: una mirada desde el control fiscal excepcional”, cit.

istentes³⁵⁵. En cambio, el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea, que cumple con funciones de asesoría y control previo, ha venido trabajando exactamente en esta dirección. En 2017 el Tribunal

[s]iguió reduciendo sus efectivos, según lo acordado entre las instituciones de la UE sin dejar de aplicar una política de igualdad de oportunidades en la selección y gestión de sus recursos humanos³⁵⁶.

Resulta, pues, extraño que no se considere pertinente la reducción del tamaño de una entidad cuyas funciones son de control posterior. Sin embargo, la propuesta del doctrinante colombiano puede justificarse mejor si se tiene en cuenta que para él la reforma del control fiscal en el país pasa por

Un control y una responsabilidad que sean oportunos, que eviten el daño, que articulen las oficinas de control interno y que permitan detener actos fraudulentos antes de su consumación, actuaciones sospechosas (como actúa el sector financiero). [...Prestando] especial colaboración a los sujetos vigilados, cumpliendo funciones de prevención, que en ningún caso impliquen intromisiones ni coadministración”³⁵⁷.

355 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Congreso Internacional de buenas prácticas en la vigilancia y control a los recursos públicos”, Bogotá, 29 de noviembre de 2016, información disponible en [<http://www.auditoria.gov.co/Paginas/DetalleNoticia.aspx?idn=121>].

356 TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. “Informe de actividades 2017”, Luxemburgo, Unión Europea, 2017, disponible en [<https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=45336>], p. 5.

357 AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Congreso Internacional de buenas prácticas en la vigilancia y control a los recursos públicos”, cit.

En su momento se resaltó la función de advertencia, declarada inexecutable por la Corte Constitucional, como una posibilidad de mejora del sistema de control fiscal del país. Ahora, sin embargo, se resalta que un control cercano y permanente no solo conlleva problemas de coadministración, entorpeciendo la ejecución de los recursos públicos en una dinámica económicamente ineficiente, en la que tanto los recursos económicos necesarios para sostener una estructura de control permanente (o de advertencia, prevención o colaboración) así como el tiempo requerido para la toma de decisiones con un doble control, son considerados como limitados (escasos). También implica riesgos de toma del regulador, derivados de la interacción permanente entre vigilante y vigilado. En un país permeado por la corrupción, como se dijo, esta posibilidad no puede ignorarse. En la misma dirección,

La cada vez mayor interacción entre lo público y lo privado para lograr los fines del Estado lleva a que las formas de corrupción administrativa cuenten con la participación de particulares y servidores públicos, agravando mucho dicho fenómeno, que se refina con nuevas modalidades como la *apropiación de recursos y bienes públicos*, la obtención de beneficios particulares con las *inversiones públicas*, la promoción de la imagen personal mediante la publicidad oficial, la aprobación y el favorecimiento del *enriquecimiento de terceros con lo público*, la *utilización de bienes públicos en beneficio propio* o de terceros, el aprovechamiento de las facultades inherentes a los cargos públicos para *favorecer inversiones o intereses particulares* y del poder del Estado para impulsar o promover medidas o decisiones que *favorezcan a terceros o a ciertos sectores económicos*, el requerimiento y la aceptación de sobornos, el cobro de pagos mensuales proporcionales al salario para nombrar a una

persona en un cargo público, el soborno de los legisladores para que aprueben reforma constitucionales o legales y *el no cobro oportuno de obligaciones patrimoniales a favor del Estado...*³⁵⁸. (El resaltado es nuestro).

C. La gestión privada del gasto público

La Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016³⁵⁹ hace eco de la escuela del interés privado de la regulación estatal, cuando en su artículo 238 reglamenta la “entrega de obras por impuestos”, figura importada en la región de Perú y con antecedentes en la figura ya mencionada de descentralización por colaboración, así como las asociaciones público privadas, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado. A través de la más reciente, algunos contribuyentes del impuesto sobre la renta pueden cancelar hasta el 50% de su valor a través de la

destinación de estos recursos a la inversión directa en la ejecución de proyectos viabilizados y prioritarios de trascendencia social [...] relacionados con el suministro de agua potable, alcantarillado, energía, salud pública, educación pública o construcción y/o reparación de infraestructura vial.

El total de los recursos dispuestos por el contribuyente se deben depositar de manera previa en una fi-

358 DIEGO LUIS OJEDA PEÑARANDA. *Responsabilidad fiscal*, Bogotá, Ediciones El Profesional, 2008, pp. XI y XII.

359 *Diario Oficial*, n.º 50.101, de 29 de diciembre de 2016, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=68189>].

ducia con destino exclusivo a la ejecución de la obra. Es interesante notar que no solo el privado es ahora ejecutor de la obra, sino que toda la contratación del contribuyente para esta ejecución, en virtud de la norma en comento, se realiza de acuerdo con la legislación privada, aunque mediante licitación privada abierta.

Puede verse lo anterior como un interesante equilibrio entre la institucionalización de la regulación/control y la liberalización/desregularización de las actividades del Estado. Por una parte, es notable que los proyectos que los privados son llamados a ejecutar forman parte del núcleo central de la actividad del Estado (excluyendo labores de seguridad y defensa), pero al mismo tiempo, y desde lo que nos incumbe, la obligación de depositar la totalidad de los fondos a invertir en una fiducia de destinación exclusiva con revisoría estatal, garantiza que el ente de control fiscal tenga un papel claro y preponderante en la actividad del privado. Más aún, la constitución de fiducias individuales para cada obra implica una mejor, más detallada y más específica organización de los recursos respecto a la distribución por departamentos, municipios o regiones.

D. Concurrencia del regulador y regulado

Mientras que en el caso estudiado de Perú el Contralor tiene un período de siete años, no concurrentes con el periodo presidencial de cinco años, en Colombia el período del Contralor General de la República coinci-

de con el del primer mandatario. En nuestro país, el Procurador, que ejerce la vigilancia disciplinar, es elegido por períodos no concurrentes con el Presidente de la República. Puede justificarse esta diferencia entre los dos organismos de control a la necesidad de vigilar la ejecución del plan de Gobierno, pero en la práctica, esto facilita la captura del controlador fiscal por la influencia del Gobierno entrante en las decisiones que toma el Congreso en períodos de transición. Por el contrario, si el Contralor fuera una figura estable durante el empalme de los Gobiernos, se mejoraría el control que puede ejercer. Uno es el riesgo de captura de las autoridades descentralizadas por los poderes locales y otro el de captura de la cabeza del organismo de control por el poder central. Advertía al respecto DIEGO LUIS OJEDA que

Se necesita una profunda reforma legal que independice a los órganos de control de los poderes políticos y económicos, por ejemplo, le entregue la elección de contralores, Procurador General y Fiscal General directamente al constituyente primario, quien debe pertenecer a un partido político diferente al del primer mandatario nacional, departamental, distrital o municipal o a todos los que hayan conformado la coalición política que lo respaldó. Lo anterior debe ir acompañado de una política educativa que les dé a los niños una formación ética de respecto a lo público para que posteriormente no se tenga que castigar a los adultos³⁶⁰.

360 OJEDA PEÑARANDA. *Responsabilidad fiscal*, cit., p. XII.

La reciente Ley 1904 de 27 de junio de 2018³⁶¹, en atención a este tipo de consideraciones, reorganizó el proceso de elección del Contralor General de la República, que desde la vigencia de la norma se realizará por convocatoria pública, a través de la aplicación de un examen objetivo que será aplicado a los candidatos a ocupar este puesto. La regulación de la materia a nivel departamental queda postergada al Senado entrante.

A pesar de este avance, cabe resaltar que el período del Contralor General coincide en Colombia, con el del Presidente de la República. Se observó en su momento que esta tendencia no es necesaria, como lo pone en evidencia el caso de la legislación peruana. En cambio, el país vecino establece un régimen de inhabilidades similar al colombiano, pero con períodos de seis meses para la inhabilidad del Contralor General, que en nuestro caso es de un año. Resaltamos ahora que estos términos son relevantes para blindar la institución contra el fenómeno de captura.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN LÓPEZ, PAOLA. "Constitutional Design and Political Agency Problems: The Case of Colombia", *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 41, enero-junio de 2014, pp. 11 a 49, disponible en

361 *Diario Oficial*, de 27 de junio de 2018, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201904%20DEL%2027%20DE%20JUNIO%20DE%202018.pdf>].

[<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/3851/4106/>].

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Congreso Internacional de buenas prácticas en la vigilancia y control a los recursos públicos”, Bogotá, 29 de noviembre de 2016, información disponible en [<http://www.auditoria.gov.co/Paginas/DetalleNoticia.aspx?idn=121>].

BARREIX, ALBERTO y LUIS ARRUDA VILLELA. *Tributación en el Mercosur: Evolución, comparación y posibilidades de coordinación*, Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo, 2003.

BOURDIEU, PIERRE. “Espíritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático”, en *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.ºs 96-97, marzo de 1993, pp. 49 a 62, disponible en [<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/1042.pdf>].

BOURDIEU, PIERRE y GÜNTHER TEUBNER. *La fuerza del derecho*, CARLOS FRANCISCO MORALES DE SETIEN RAVINA (presentación), Bogotá, Universidad de los Andes y otros, 2002.

BOUZAS, ROBERTO. “Mercosur: Instituciones, asimetrías e integración profunda”, Washington D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2005, disponible en [http://www.redsudamericana.org/sites/default/files/talleres/BOUZAS_Asimetrias%20en%20el%20Mercosur_2008.pdf].

CARRASCO DELGADO, NICOLÁS IGNACIO ARIEL. “Análisis económico del derecho de la tutela cautelar”, Tesis de Maestría, Santiago, Universidad de Chile, 2011, disponible en [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111045/de-Carrasco_nicolas.pdf?sequence=1].

COASE, RONALD H. “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. III, October, 1960, pp. 1 a 44, disponible en [<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>].

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República. Control Fiscal eficaz para una mejor gestión pública 2016-2017”, disponible en [<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/780624/Informe+de+Gestión+2016+-+2017.pdf/3ba13792-3ed2-428f-b2b8-95991e228c55?version=1.0>].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-561 de 4 de agosto de 1999, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-561-99.htm>].

Sentencia C-1051 de 4 de octubre de 2001, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1051-01.htm>].

Sentencia T-690 de 4 de septiembre de 2007, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/T-690-07.htm>].

Sentencia C-736 de 19 de septiembre de 2007, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-736-07.htm>].

Sentencia C-909 de 31 de octubre de 2007, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-909-07.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

DEN HERTOOG, JOHAN. “Review of Economic Theories of Regulation”, en *Discussion Paper Series*, n.º 10-18, Utrecht, Utrecht School of Economics, diciembre de 2010, disponible en [https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo_use_dp_2010_10-18.pdf].

DELGADO RODRÍGUEZ, WANDA. “¿Hacia una recentralización en Colombia?: una mirada desde el control fiscal excepcional”, Tesis de Maestría Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015,

disponible en [<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11905/TESIS%20FINAL%20WANDA%202015.pdf?sequence=1>].

FERRANDO BADÍA, JUAN. *Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, Tecnos, 1978.

FRANCO MONGUA, JAVIER FRANCISCO. *Deontologismo y consecuencialismo. Visiones y actuaciones de economistas y juristas*, Bogotá, Universidad Libre, 2011.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y JAVIER EDUARDO REVELO REBOLLEDO. *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010, disponible en [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_200.pdf].

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *Sociología Jurídica. Teoría y sociología jurídica del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.

GARMAN, CHRISTOPHER; STEPHAN HAGGARD y ELIZABETH WILLIS. "Fiscal decentralization, a political theory with Latin American cases", en *World Politics*, vol. 53, n.º 2, enero de 2001.

HALPERIN, JEAN-LOUIS. "Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change", en *Maine Law School*, vol. 64, n.º 1, Article 4, October 2017, disponible en [<https://digitalcom>

mons.maine.gov/mainlaw.maine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&context=mlr].

HERRERA ROBLES, ALEKSEY. *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad del Norte, 2012.

Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016, *Diario Oficial*, n.º 50.101, de 29 de diciembre de 2016, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=68189>].

Ley 1904 de 27 de junio de 2018, *Diario Oficial*, de 27 de junio de 2018, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201904%20DEL%2027%20DE%20JUNIO%20DE%202018.pdf>].

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *El derecho de los jueces*, Bogotá, Universidad de los Andes y Legis, 2010.

MALDONADO NARVÁEZ, MARLON IVÁN. “El control fiscal y su ajuste dentro del Estado social de derecho”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, n.º 120, enero-junio de 2014, pp. 129 a 152, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2683>].

MEDEMA, STEVEN G. *Ronald H. Coase*, London, The Macmillan Press, 1994.

MERCURO, NICHOLAS y STEVEN G. MEDEMA. *Economics and the Law. From Posner to postmodernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

MIRA, JUAN CARLOS; CIRO MEZA y DANIEL VEGA. “El control fiscal en Colombia”, Trabajo de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, disponible en [<https://docplayer.es/14772601-El-control-fiscal-en-colombia-juan-carlos-mira-ciro-meza-daniel-vega.html>].

MONDRAGÓN-DUARTE, SERGIO LUIS. “Manual básico de control fiscal”, en *Documentos de Docencia*, n.º 21, Bogotá: Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, noviembre de 2016, disponible en [<https://revistas.ucc.edu.co/index.php/dodo/article/view/1866/1995>].

MONROY CELY, DANIEL ALEJANDRO. “Behavioral Economics: Orígenes, metodología y herramientas de trabajo”, *Entramado*, vol. 10, n.º 2, julio-diciembre de 2014, pp. 184 a 206, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v10n2/v10n2a12.pdf>].

OJEDA PEÑARANDA, DIEGO LUIS. *Responsabilidad fiscal*, Bogotá, Ediciones El Profesional, 2008.

PELTZMAN, SAM. “Toward a more general theory of regulation”, en *Journal of Law and Economics*, vol. 19, n.º 2, April, 1976, pp. 211 a 240, disponible en [<http://www.nber.org/papers/w0133.pdf>].

PENING, JEAN PHILIPPE. “Modelo de descentralización en Colombia”, en *Con-texto*, n.º 6, 2003, disponible en [<https://www.researchgate.net/publica>].

tion/46564753_El_modelo_de_descentralizacion_en_Colombia].

PINZÓN CAMARGO, MARCELO A. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*, Bogotá, Externado, 2010.

POSNER, RICHARD A. “A Theory of Negligence”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 1, January, 1972, pp. 29 a 96.

RAMÍREZ PLAZAS, JAIME. *La hacienda pública en Colombia*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional 2011.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*, 10.^a ed., Bogotá, Temis, 1998.

SHAIKH, ANWAR. “Debates on perfect and imperfect competition”, en *Capitalism: Competition, Conflict, Crises*, New York, Oxford University Press, 2016.

STIGLER, GEORGE J. “The Theory of Economic Regulation”, en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n.º 1, Spring, 1971, pp. 3 a 21.

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. “Informe de actividades 2017”, Luxemburgo, Unión Europea, 2017, disponible en [<https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=45336>].

CONCLUSIONES

La Constitución Política de 1991 estableció nuevos paradigmas institucionales derivados del concepto de Estado social de derecho y estableció nuevos criterios para el ejercicio de la función administrativa en donde el servicio de las personas, el reconocimiento de su dignidad y de sus derechos fundamentales es el eje central.

En tratándose del control fiscal, estipuló en los artículos 119, 267 y 268 que su ejercicio se encuentra a cargo de la Contraloría General de la República, la cual debe ejecutar la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración. De modo adicional, estableció que el control fiscal es una función pública que se realiza de forma posterior y selectiva teniendo en cuenta los procedimientos, sistemas y principios que establezca o haya establecido de forma previa el legislador.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado que es ejecutada por la Contraloría General de la República

comprende el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, el cual se encuentra fundado en los principios de eficiencia, de economía, de equidad y de valoración de los costos ambientales. Sin embargo, en casos excepcionales previstos por la ley, la Contraloría General puede ejercer el control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Contemporáneamente, el control fiscal en el sistema colombiano ha sido objeto de un proceso de modernización, en donde se ha pretendido fomentar la investigación y el conocimiento en ciencia y tecnología en la vigilancia de la gestión y el control de los recursos públicos. Dicha situación, ha generado la consolidación de una cultura que tiene como objetivo la búsqueda de la materialización de la ética y de los principios del Estado social de derecho, así como la preparación de personal altamente calificado en todos los niveles, en control y vigilancia de la gestión fiscal.

El proceso de responsabilidad en Colombia se encuentra regido por las leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y 1474 de 2011, las cuales representan un conjunto de actuaciones en cabeza de la Contraloría General de la República, en todos sus niveles, que permiten realizar el seguimiento y la recuperación del patrimonio público al ser dañado por todo el que realice actividades con recursos públicos.

La implementación del proceso de responsabilidad fiscal verbal, es una muestra de los esfuerzos que se han emprendido en los últimos años, junto con el

desarrollo y fortalecimiento de la Agencia Nación de Defensa Jurídica, para disminuir los incidentes fiscales, desde dos ópticas *ex-ante*, mejorando el acompañamiento a las entidades públicas y reduciendo las posibles condenas hacia el Estado en procesos de responsabilidad, y *ex-post* al agilizar los procesos de responsabilidad fiscal cuando ya ha existido daño al patrimonio del Estado.

Por esta razón, se recomienda un fortalecimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, en tanto puede tomar un papel de mayor importancia en la ejecución de acciones de repetición y llamamientos en garantía, dentro del proceso de responsabilidad.

Al realizar una revisión de la experiencia de control fiscal, a nivel comparado, se evidencia la necesidad y tendencia a fortalecer los procesos ligados al quehacer fiscal dándoles naturaleza jurisdiccional, como ocurre con los modelos de Corte de Cuentas de uso en Europa, propuesta que fue discutida durante el proyecto de la Ley 610 de 2000, y descartada, opciones que deben ser reconsideradas en pro del quehacer fiscal en Colombia.

Siendo el bienestar público un fin esencial del Estado, y el adecuado manejo de los recursos públicos parte de este fin, es necesario considerar la ampliación de los plazos con los cuales cuenta la legislación para que se realice la investigación y condena de daños con el patrimonio público, como se planteo antes, si la imprescriptibilidad de estas acciones resulta una alter-

nativa drástica, un análisis comparado nos indica que su ampliación modular es posible.

Desde la Ley 42 de 1993, los términos de caducidad y prescripción dentro del proceso de responsabilidad fiscal, como se evidenció, han tenido un desarrollo particular; el debate respecto a estas instituciones dentro de quehacer del control fiscal, fue aclarado con la expedición de la Ley 610 de 2000, sin embargo se requiere de una evaluación técnica de las características propias del control fiscal en Colombia, que reconozca a la vez la importancia de la seguridad jurídica y el debido proceso, así como las particularidades del sistema jurídico, en el que la tardanza de los procesos, si bien no puede acolitarse, tampoco puede ignorarse.

El mejoramiento constante de la capacitación a los funcionarios públicos encargados del control fiscal es una mejora indispensable, de la mano de un estudio, no solo jurídico de la aplicación real de los términos de prescripción y caducidad dentro del proceso de responsabilidad fiscal, es necesario evaluar, desde lo técnico, el papel del funcionario encargado de realizar estos procedimientos, la experiencia colombiana ha demostrado la existencia de roces desgastantes para la administración, entre los plazos y funciones jurídicas y la realidad de estos procesos, una alternativa propuesta es la aplicación del modelo de educación de los funcionarios públicos francés, del cual la ESAP es un referente, pero que necesita fortalecimiento.

Por último, a la par de ampliar las posibilidades del Estado, de realizar un control fiscal efectivo y un mejoramiento de las entidades encargadas de hacerlos, se debe dar un papel de mayor pre-ponderación al control preventivo, evitando la coadministración, las veedurías ciudadanas y su fortalecimiento podrían ser la base para esto; a su vez, es necesario concluir con rechazo hacia la derogación de la función de advertencia en cabeza de las contralorías, en su momento descartada por la Corte y que constituye un debilitamiento del poder de las contralorías para prevenir un bien superior como lo es el patrimonio público, su reimplementación debe ser apoyada.

Desde lo económico, la vigilancia realizada por los órganos de control fiscal representa la búsqueda de eficiencia y eficacia de los recursos del Estado, para esto dentro de la organización del Estado colombiano, se realiza con procesos de descentralización y desconcentración, procesos destinados a la obtención de este fin pero que conllevan riesgos asociados como lo son la captura de los funcionarios encargados de vigilar por parte de los que deben ser vigilados.

De la descentralización de la función administrativa se sigue con la descentralización del control fiscal, pero desde del análisis económico, se encuentra que la falta de control preventivo y de coadministración, sólo se justifica si el régimen de responsabilidad fiscal es eficiente en la recuperación del patrimonio que se pierde por la ocurrencia del riesgo, objetivo que desde la experiencia no esta ocurriendo, como ejemplifican

las cifras citadas al respecto por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, esto obliga a plantear proyectos que mejoren la eficiencia al recuperar el patrimonio.

Es necesario dar mayor pre-ponderación a las nuevas alternativas de gestión y realización de proyectos, como lo son la modalidad de obras por impuestos, antes descrita, ya que cuentan con características que facilitan y mejoran el seguimiento y control de los recursos públicos destinados a estas obras.

Por tanto, el análisis económico del derecho como un enfoque teórico y metodológico que busca hacer una revisión crítica de la norma positiva utilizando para ello las herramientas de la economía, la estadística y las ciencias sociales. Respecto del control fiscal, el enfoque tiene que ver con los incentivos. Así, antes de 1991 en Colombia existía un llamado “control preventivo”, lo que significa que la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales tenían la posibilidad de hacer una revisión del proceso contractual de las entidades públicas, en lo que en el siglo XXI se llama “tiempo real”. Sin embargo, la acusación de “coadministración”, “cogobierno” hacía suponer que había presiones indebidas por parte de los funcionarios de control frente a los vigilados con el fin de recibir beneficios o prebendas indebidas en forma directa o a través de terceros. Así, los incentivos llevan a que deba cambiarse el diseño institucional, presente en la Constitución de 1991, creándose un control “posterior”. La función fundamental de la Contraloría General de la República y las departamen-

tales será en adelante el hacer una revisión posterior, o a lo sumo un “acompañamiento” al proceso contractual. Así se pasa de la existencia de un eventual incentivo perverso a una pregunta sobre la eficacia: ¿qué sentido tiene un control fiscal que solo puede “curar” y no “prevenir”? Además de las dudas sobre la eficacia, del control “posterior”, a partir de 1991, surge la pregunta sobre la eficiencia: ¿cuánto se invierte en control fiscal frente a lo que se evita que se “malverse”? Este tipo de interrogantes llevaron a que en 2003 el referendo de iniciativa gubernamental incluyera una pregunta sobre la decisión ciudadana de que fenecieran las contralorías departamentales y el control o vigilancia se privatizara. El referendo de 2003 no pasó –no fue aprobado por la mayoría calificada reglada de votantes– en este punto y las contralorías se han mantenido, al igual que las dudas sobre su eficacia, eficiencia y conveniencia, aunque los casos de corrupción que día a día se conocen, dejan bien claro la falencia en esos tres aspectos. Así llegamos al siglo *xxi*. Escándalos de corrupción administrativa, en especial en procesos contractuales de obras públicas, sacuden al continente americano. Varios presidentes o expresidentes de naciones latinoamericanas, e incluso hispanoamericanas sucumben ante los resultados de controles posteriores en materias contractuales, mostrando las debilidades de esos modelos de vigilancia estatal.

No hay modelo perfecto, pero sí se busca uno que funcione relativamente bien: que ayude a prevenir, sin llegar a co-administrar o a “co-malversar” si se quiere,

y que en la fase posterior permita recuperar de forma eficiente y eficaz “lo que se han robado”. Ese equilibrio es lo que un modelo de control fiscal debe encontrar.

Respecto al quehacer del control fiscal desde lo económico, se encuentra que las tesis de doctrinantes respecto a converger a modelos de normas internacionales en la materia mejorarían el ejercicio del control fiscal, desde la reforma a la estructura de las entidades encargadas de esto, la reciente Ley 1904 de 2018, atendiendo a este tipo de consideraciones, reorganizó el proceso de elección del Contralor General de la República, que desde la vigencia de la norma se realizará por convocatoria pública, a través de la aplicación de un examen objetivo que será aplicado a los candidatos a ocupar este puesto.

EL AUTOR

CARLOS FELIPE CÓRDOBA LARRARTE, profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Alta Gerencia de la Universidad Libre de Pereira y máster en Acción Política, Fortalecimiento Institucional y Participación Ciudadana en el Estado de Derecho, de la Universidad Rey Juan Carlos de España, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y la Universidad Francisco de Vitoria.

Se desempeñó como Director Nacional del Programa Anticontrabando de la Federación Nacional de Departamentos, Vicecontralor General de la República, Contralor Delegado para la Participación Ciudadana, Director de Promoción y Desarrollo del Control Ciudadano de la Contraloría General de la República, y Contralor General encargado.

Además fue director de Despacho de la Gobernación de Risaralda, Secretario de Gobierno y Alcalde en-

cargado de Pereira y Coordinador Nacional del Área para la Proyección Social y el Programa de lucha contra la corrupción para jóvenes de la Presidencia de la República.

Catedrático de las universidades Externado de Colombia e Ideas.

Hoy es director Ejecutivo de la Federación Nacional de Departamentos.

Entre sus publicaciones se destacan el *Manual para la vigilancia y control de las regalías directas* y *La importancia de los medios de telecomunicación en Colombia*.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en julio de 2018

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 ptos.

Bogotá, Colombia

