

C-046-94

Sentencia No. C-046/94

#### CUENTA PARA EFECTOS FISCALES-Concepto/PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Se entiende por "cuenta", para efectos fiscales, el informe acompañado de los documentos que sustentan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por las personas responsables del erario. La revisión puede concluir con el fenecimiento de la cuenta examinada si no se encuentran observaciones. En caso de identificarse en una cuenta fallas, inconsistencias, alcances u otras irregularidades de las que puedan derivarse responsabilidades a cargo del cuentadante, la misma deberá remitirse con todos sus soportes al órgano de control fiscal competente con el objeto de que por su conducto se adelante el respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

#### FENECIMIENTO FISCAL

Es un principio general aceptado, aún en materia civil, que la aprobación de una cuenta no se extiende "al dolo contenido en ella" de modo que por este aspecto carecen de validez los pactos de no pedir más por las mismas. Si es del caso, pueden en consecuencia, deducirse alcances de cuentas fenecidas sin observaciones si ellas se aprobaron sin detectar el dolo que se escondía en sus soportes. De otra parte, las atribuciones de los órganos de control fiscal que decretan los fenecimientos no alcanzan hasta condonar el dolo que puede viciar las operaciones examinadas o su presentación. Finalmente, el fenecimiento se sustenta en la regularidad de las operaciones subyacentes a la cuenta respectiva, y su calificación depende de los elementos de juicio que el órgano de control tenga a su disposición, pudiendo cambiar si nuevas pruebas revelan realidades inicialmente no percibidas, en cuyo caso de la primera calificación no podría derivarse un juicio de tolerancia acerca de la actuación ilegal.

#### GESTION FISCAL-Firmeza de los actos/ENRIQUECIMIENTO ILICITO/ERARIO PUBLICO

De la Constitución no puede deducirse criterio alguno que indique a partir de qué momento las actuaciones administrativas o las puramente técnicas de fiscalización de la gestión fiscal, deben adquirir firmeza y ser fuente de derechos u obligaciones para ciertos sujetos favorecidos o afectados por ellas. Se trata, sin duda, de una materia enteramente deferida a la ley que, con apoyo en las más variadas razones, puede definir lo que puede denominarse cosa decidida en materia administrativa o en materia de control fiscal. No obstante que la Corte considera que la regulación del grado de certeza e inmutabilidad de los fenecimientos no es propiamente materia constitucional y se libra, por lo tanto, a la discreción del legislador, cabe señalar que la no concesión de firmeza a los fenecimientos que respalden operaciones ilícitas o fraudulentas, 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. La máxima según la cual nadie puede enriquecerse a costa del erario está inscrita en la propia Constitución.

#### PRINCIPIO DE MORALIDAD/GESTION FISCAL

La gestión fiscal que cumplen los funcionarios del erario, comprendida en la órbita de la función administrativa, debe desarrollarse con fundamento en el principio de la moralidad

que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. La sociedad, a través de los órganos de control fiscal, tiene derecho legítimo a comprobar, en cualquier momento, la conducta de sus agentes. También éstos tienen en su favor el derecho, de que la sociedad examine su patrimonio y sus actuaciones y, para el efecto tienen el deber y la carga de facilitar, promover y exigir el más abierto examen de su conducta y de las operaciones realizadas.

#### PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Término para la iniciación/ACCION DE REPARACION DIRECTA

Si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya, el mismo término deberá predicarse mutatis mutandis de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado. Lo anterior no es óbice para que los autores de las operaciones fraudulentas o irregulares puedan ser objeto de investigación y sanción penal y que, en este caso, la entidad respectiva obtenga la correspondiente indemnización.

REF: Demanda N° D-343

Actor: Juan Federico Jiménez Delgado

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 42 de 1993 “sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”

Juicio Fiscal

Magistrado Ponente:

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., Febrero 10 de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aprobado por Acta N° 08

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Hernando Herrera Vergara y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso ordinario de constitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 42 de 1993 “sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”.

### I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal del artículo 17 es el siguiente:

#### LEY 42 DE 1993

sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

#### TITULO I

Del control fiscal: Sus principios, sistemas y procedimientos técnicos.

#### CAPITULO I

Principios y sistemas

...

Artículo 17. Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal.

### II. ANTECEDENTES

1. El Congreso de la República expidió la Ley 42 de 1993 “sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, la que fue publicada en el Diario Oficial N° 40.732 del 27 de enero de 1993. Dicha ley comprende el conjunto de preceptos encaminados a establecer los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero, los organismos competentes para ejercerlo en los distintos niveles territoriales y los procedimientos jurídicos aplicables (art. 1º). Como lo señala su artículo 8º, la vigilancia fiscal tiene como fin determinar, en períodos concretos, la óptima asignación de los recursos del Estado con el fin de maximizar sus resultados, la obtención de bienes y recursos – en igualdad de condiciones de calidad – al menor costo, el logro oportuno de los resultados y su relación con los objetivos y metas trazados. El artículo 17 acusado permite levantar el fenecimiento de cuentas e iniciar un juicio fiscal, si, con posterioridad a la revisión de aquéllas, aparecen pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares por parte de los responsables del manejo de los recursos de la Nación.

2. El ciudadano Juan Federico Jiménez Delgado instauró ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra el citado artículo 17 por considerarlo violatorio de los artículos 1, 2, 4, 5, 12, 13, 15, 21, 23, 28, 29, 83, 85, 267 y 268-5 de la CP.

Afirma que la disposición acusada, al autorizar la “reapertura de un juicio fiscal de cuentas, mediante el levantamiento del fenecimiento sin responsabilidad fiscal previamente otorgado, es notoriamente inconstitucional y abiertamente ilegal”. En su opinión, el finiquito o paz y salvo de las cuentas constituye para el titular una “situación jurídica concreta”, que no puede ser desconocida sin el consentimiento previo del beneficiario de la misma, quien “tiene derecho a una seguridad jurídica, aunque sea la que brinda el simple transcurso del tiempo, por el abandono de las acciones”. Afirma que la seguridad jurídica, constante del sistema constitucional y legal colombiano, se halla presente en instituciones como la prescripción adquisitiva y extintiva de las acciones, la caducidad y la revocatoria directa de los actos administrativos. En su sentir, el factor común que las engloba es el de su “ejercicio dentro de unos precisos marcos y límites temporo-espaciales, de derecho público, de acuerdo con la procedencia de los supuestos fácticos que en cada caso, la originan o, que la sepultan por su abandono”.

Además, indica, la existencia de “pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares”, requiere de la calificación previa por parte de una autoridad judicial, sin que sea admisible delegar esta facultad en la autoridad de control fiscal. De conformidad con lo expuesto, a juicio del demandante se vulnera “el derecho que tiene toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, al respeto de su dignidad humana, a su buen nombre, a la honra, a recibir igual trato y protección de las autoridades; ...”. Además se quebranta el debido proceso, concluye, puesto que la norma acusada no señala un término dentro del cual pueda ser ejercida esta facultad “discrecional de los Contralores”.

3. Dentro del término de fijación en lista de la norma, fueron presentados en Secretaría tres escritos en defensa de las normas acusadas. Uno de ellos está suscrito por el señor Contralor General de la Nación, Dr. Manuel Francisco Becerra Barney. Otro, fue presentado por el ciudadano Pablo Segundo Galindo Nieves, y el último, por el Dr. Antonio José Núñez Trujillo, en calidad de apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, escritos que se resumen a continuación.

4. El señor Contralor General manifiesta que la norma acusada no resulta contraria a la Constitución Política. Señala que el levantamiento del paz y salvo está limitado a aquellos eventos en que aparezcan pruebas de operaciones fraudulentas o de irregularidades en el manejo de las cuentas, “lo cual no atenta contra el debido proceso ni contra la igualdad de las personas ante la ley. Lo que persigue este artículo es darle la posibilidad a la Contraloría de que vuelva a estudiar cuentas que aunque ya se les hubiere hecho la revisión formal, a posteriori se pruebe que existieren hechos fraudulentos y de esta forma la Contraloría General no avale con un “PAZ Y SALVO” hechos delictuosos”.

Para el señor Contralor, el demandante incurre en una equivocación, pues la supuesta violación del debido proceso se estructuraría, en su opinión, por la “reapertura de un juicio fiscal de cuentas, ...”, cuando en realidad no autoriza a reabrir el juicio sino el examen de las cuentas, concepto que, de conformidad con el artículo 15 de la ley, se define como “el

informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario”.

Tampoco encuentra que se configure violación alguna del artículo 267 de la CP. Por el contrario, advierte, el mecanismo previsto en la norma fortalece el ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría, pues se erige como una forma adicional de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que administren fondos o bienes de la Nación. Esta facultad también garantiza el cumplimiento de la función prevista en el artículo 268-5 de la CP, que el actor estima vulnerado, “pues si existiere alguna responsabilidad por el ejercicio de la actividad administrativa, no importa el transcurso del tiempo, ésta aún existe si se probaren operaciones fraudulentas”. Agrega que no “permitirle a un órgano de control revisar nuevamente los documentos soportes de una cuenta en cualquier tiempo, ..., constituiría una llave abierta a la corrupción administrativa contra la cual luchamos”.

Finalmente, el señor Contralor indica que la facultad prevista en el artículo 17 demandado estaba prevista en el Decreto 911 de 1932 - artículo 29 - y en la Ley 58 de 1946 - artículo 11 - , normas vigentes hasta la expedición de la Ley 42 de 1993 y retomadas por el legislador.

5. En idéntico sentido se pronuncia el ciudadano Pablo Segundo Galindo Nieves. Afirma que el fenecimiento al que alude el precepto cuestionado, que data desde los orígenes de la Contraloría, no hace tránsito a cosa juzgada, pues dicha providencia, como acto administrativo que es, puede ser revocada o modificada, bien por el funcionario que la dictó o por su superior, de oficio o a solicitud de parte, en los términos del Código Contencioso Administrativo. Manifiesta igualmente que el contenido de la norma acusada es, en términos generales, el mismo de los artículos 29 del Decreto 911 de 1932 y del 11 de la Ley 58 de 1946, así como de los artículos 20 y 83 de la resolución N° 7008 de 1978, dictada por el Contralor en desarrollo de los artículos 59 y 60 de la anterior Constitución, reproducidos hoy en los artículos 267 y 268 de la CP.

Agrega a lo anterior que no puede argüirse la intemporalidad de la reapertura del examen de cuentas, pues ésta se enmarca dentro de los términos generales de la prescripción y caducidad de derechos y acciones previstos en la Ley 153 de 1887, en el Código Civil en sus artículos 2535 y siguientes y en el Código Contencioso Administrativo, en el acápite destinado a regular los medios de extinción de las acciones judiciales y administrativas. Tampoco se está ante una facultad discrecional de los contralores, manifiesta, dado que la vigilancia de la gestión fiscal y el establecimiento de la responsabilidad que de ésta se derive, están sujetos a los procedimientos, sistemas y principios establecidos en la Ley 42 de 1993. El levantamiento del finiquito no depende de la apreciación particular del agente fiscalizador sino que corresponde a una obligación en caso de comprobarse el supuesto de hecho de la norma.

Tampoco se opera un desconocimiento del debido proceso, afirma. Si del examen de la cuenta se aprecian irregularidades, ha de iniciarse el correspondiente juicio fiscal, en los términos del artículo 72 y siguientes de la Ley 42 de 1993, cuyo trámite garantiza el debido proceso, dado que establece las formas propias del juicio y señala las oportunidades procesales para la efectividad del derecho de defensa para el presuntamente implicado.

6. Por su parte, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, anota que el cargo

por supuesta violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica no guarda ninguna relación con el contenido de la norma. Además, advierte, la demanda no cumple con uno de los requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991 para la admisibilidad de las demandas, cual es el de señalar la razón de la competencia de la Corte.

Señala que la nueva Constitución transformó los antiguos lineamientos relativos a la administración, control y responsabilidad de los funcionarios públicos. El estado social de derecho implica “una relación íntima entre el control y la responsabilidad funcional fuerte”, que se desarrolla en la Ley 42 de 1993. “En este sistema, el funcionario muta en su condición de responsable ante la comunidad”, prosigue. “Ya no se trata de aquel funcionario, las más de las veces irresponsable, lastre de una forma organizativa que cohonestaba la apropiación de la función pública para beneficio de sus transitorios titulares, sino que es evidente que estamos en presencia de uno que tiene un papel más activo y comprometido con los lineamientos que le dicta su función. En este sentido, responde por sus acciones y omisiones y, para el efecto, la Constitución y la ley dota, tanto al Estado como a los particulares, de los mecanismos necesarios para que dicha responsabilidad sea efectiva y real”.

Desde esta perspectiva resulta inadmisibles argumentar la vulneración de derechos tales como la honra, dignidad o igualdad con ocasión del levantamiento del feneamiento de cuentas, cuando éste se fundamenta en evidencias concretas que permitan deducir una conducta deshonesta por parte de un funcionario encargado del manejo de recursos fiscales, conocidas con posterioridad a la rendición de las cuentas. Por el contrario, manifiesta el apoderado, un evento como el señalado no vulnera estos derechos, pues la garantía del debido proceso “no equivale a una franquicia de averiguaciones oficiales para quienes, habiendo sido beneficiados con exoneración, resulten afectados por evidencias posteriores de malos comportamientos”. El procedimiento, indica, está consignado en la Ley 42 y ampara un adecuado ejercicio del derecho de defensa, dado que concede a la persona investigada la debida oportunidad procesal para ser oída y exonerada en caso de ser inocente. Adicionalmente, advierte, tanto la administración como el funcionario, tienen derecho al esclarecimiento de estas situaciones dudosas.

El juicio fiscal, manifiesta el escrito de defensa, deviene de la potestad sancionatoria que la Constitución otorga al funcionario encargado del control fiscal - artículo 268-5 de la CP -, competencia que no es facultativa sino imperativa, y en razón de la cual debe dotarse al funcionario de las herramientas indispensables para su cumplida ejecución, entre las que debe admitirse la de poder sancionar al funcionario que no haya rendido sus cuentas en forma satisfactoria. En su opinión, es “tan cierto lo anterior y tan ajustado a la defensa del erario, que la Ley 42 dispone que el mencionado juicio se realiza con prescindencia de la responsabilidad disciplinaria y penal”.

Observa que el juicio fiscal, según la definición del artículo 79 de la Ley, tiene como fin determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación, proceso que en su regulación por la Ley 42 reúne todos los elementos que garantizan el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la CP. Adicionalmente, los eventuales vacíos normativos se suplen con las disposiciones del Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal, según sea el caso, de conformidad con el artículo 89 de la citada Ley. Por todo lo anterior no puede considerarse se tipifique una supuesta

violación al debido proceso.

Tampoco se trata de una atribución intertemporal, pues los términos “no corren desde el fin (sic) del juicio fiscal sino desde que las autoridades conocen las nuevas pruebas que arrojan sombras de duda sobre el fenecimiento de cuentas”. Si en materia penal, prosigue la defensa, pueden reabrirse las investigaciones, a pesar de la existencia de sentencia absolutoria, cuando aparecen nuevos hechos o pruebas no tenidos en cuenta, ni se establece un término para la revisión de las sentencias, dado que los términos son los de la acción penal, que se interrumpe con el auto de revisión o proceder, en materia fiscal debe admitirse las mismas posibilidades. “La remisión que hace la ley al Código de Procedimiento Penal (art. 89) permite suponer que, en ausencia de un término propio, es aplicable en este caso el término máximo de prescripción previsto en la ley penal, y que el levantamiento del fenecimiento es fundamentalmente equivalente a la revisión de la sentencia basada en la causal tercera”. De lo anterior, concluye, puede afirmarse que dicha revisión no es inconstitucional, como tampoco el eventual levantamiento del fenecimiento.

7. El señor Procurador General de la Nación solicita a esta Corte declarar exequible el precepto acusado. En efecto, afirma que la Constitución de 1991 fortaleció la función pública del control fiscal ejercida por la Contraloría de la República, “ante la necesidad de adecuar los sistemas de control fiscal a las nuevas formas de organización y operación estatal, que han adquirido especial relevancia a partir de los reconocimientos constitucionales y legales de regímenes autonómicos para la atención de la gestión pública”. Lo anterior, explica el concepto fiscal, llevó a ampliar el control pues, además de la verificación del cumplimiento de los requisitos legales o administrativos, se involucra ahora un criterio finalista, con el fin de evaluar el cumplimiento de las metas y de garantizar la diligencia, eficacia y eficiencia de la administración. Observa que precisamente este último propósito llevó también al robustecimiento del control disciplinario sobre los funcionarios estatales - arts. 2, 122 y 123 de la CP -.

El artículo 122, relativo al manejo de los recursos públicos, estableció la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas para aquellos servidores públicos que sean condenados por la comisión de delitos contra el patrimonio estatal. En opinión del Procurador, esta mayor severidad del régimen del funcionario público deviene del reconocimiento por parte del Constituyente “de una desafortunada realidad, en donde el erario público es fuente de enriquecimiento ilícito de algunos servidores estatales, creando entonces un régimen severo, con proyecciones en el campo fiscal, disciplinario y aún penal para salvaguardar el adecuado manejo de la cosa pública”.

Señala que el control disciplinario y el fiscal se rigen por principios comunes, no obstante lo cual, cada uno conserva su autonomía e independencia, sin perjuicio de su eventual concurrencia. El artículo demandado forma parte del marco normativo del control de tipo fiscal, manifiesta, y el supuesto de hecho del mismo “permite diferenciar el “acto de la operación”, del “sujeto” que la realiza, así que cuando la primera ha sido revisada y objeto de un finiquito, tal hecho no crea una situación concreta y particular en favor del operador, quien por el contrario queda sujeto en su actuar, a una evaluación de su gestión, que se realizará como lo ordena la Constitución, de manera posterior por la Contraloría”.

Indica que si bien en relación con la responsabilidad personal del funcionario, la función punitiva del Estado se desarrolla dentro de los términos que fija la ley, éste no es el caso del examen de la cuenta, pues por “su origen y demostrado el fraude o la irregularidad ésta no puede subsistir, ni tampoco el finiquito que la amparaba. Se traduce entonces el fallo de responsabilidad fiscal en un título que presta mérito ejecutivo, independiente de las presuntas responsabilidades de otro tipo que puedan eventualmente configurarse y que afectan la conducta desarrollada por el implicado”. En mérito de lo expuesto, concluye el Procurador, ni se conculca el marco constitucional de la Contraloría ni el de la responsabilidad de los funcionarios públicos, como tampoco el debido proceso.

### III. FUNDAMENTOS

#### Competencia

1. En los términos del artículo 241-4 de la CP, esta Corte es competente para conocer de la demanda de la referencia, dado que el artículo 17 acusado hace parte de la Ley 42 de 1993, expedida por el Congreso de la República.

#### Términos de la controversia constitucional

2. Dispone el artículo 17 de la ley 42 de 1993: “Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal”.

En lo sustancial el argumento del demandante gira en torno de la violación del debido proceso (CP art. 29), la que se produce, a su juicio, como consecuencia de la falta de señalamiento de un término preciso para el ejercicio de la “facultad discrecional” que la norma confiere al órgano de control fiscal. La vulneración, según el actor, adquiere un grado mayúsculo cuando se autoriza el levantamiento del finiquito sin recabar el consentimiento de su beneficiario y con base en pruebas sobre presuntas operaciones fraudulentas o irregulares que califican autoridades diferentes de las judiciales, todo lo cual, en su concepto, afecta gravemente la seguridad de las instituciones.

3. El Procurador General de la Nación considera que en esta materia debe distinguirse el “acto de la operación” del “sujeto” que la realiza. En efecto, la revisión y finiquito recaen sobre el acto y no crean en favor del funcionario del erario una situación concreta y particular; demostrado el fraude o la irregularidad que soportan una cuenta o finiquito, éstos dejan de subsistir. Por el contrario, el servidor público, como lo ordena la Constitución queda sujeto a una evaluación de su gestión y de su responsabilidad personal, en los términos de la Constitución y de la ley, y dentro del más estricto respeto al debido proceso, aspectos que la disposición acusada – concluye el Procurador – no conculca.

4. El Contralor General de la República defiende la exequibilidad de la disposición legal, pues, la considera esencial para dotar de transparencia la gestión fiscal y permitirle al órgano “guardían de los dineros públicos” reabrir el examen de una cuenta si a posteriori se acredita la existencia de hechos fraudulentos que le servían de base, lo que corresponde a imperativos derivados del orden público, el interés general y la conservación del patrimonio del Estado. Advierte, de otra parte, que en los procesos de responsabilidad fiscal o penal que

eventualmente se sigan contra el funcionario comprometido en las actuaciones, se tendrá oportunidad de observar en su plenitud el debido proceso. En un aparte de su escrito, sin probar su aserto, afirma: “(...) pues si existiere alguna responsabilidad, no importa el transcurso del tiempo, ésta aún existe si se probaren operaciones fraudulentas”.

5. El apoderado del Ministro de Hacienda y Crédito Público estima que levantado el fenecimiento se abre el proceso de responsabilidad fiscal y en éste se cumplirán los principios que garantizan el debido proceso. En un pasaje de su escrito, asimila el acto de levantamiento del fenecimiento a la revisión de la sentencia dictada dentro de un proceso penal solicitada con fundamento en la causal tercera del artículo 231 del C de P P (“cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o condenados”), la que a su juicio tiene como término de prescripción el mismo de la acción penal. En este orden de ideas expresa que “la remisión que la ley hace al Código de Procedimiento Penal (art. 89) permite suponer que, en ausencia de un término propio, es aplicable en este caso el término máximo de prescripción previsto en la ley penal, y que el levantamiento del fenecimiento es fundamentalmente equivalente a la revisión de la sentencia basada en la causal tercera”.

6. El señor Pablo Segundo Galindo Nieves, trae a colación las normas precedentes a la acusada y que, en idéntico sentido regulaban lo relativo a la reapertura del examen de las cuentas respecto de las cuales se comprobare, con posterioridad a la extensión de su finiquito, la comisión de un fraude o de alguna otra irregularidad. En su parecer, el fenecimiento no hace tránsito a cosa juzgada y puede, por tanto, revocarse o modificarse por quien lo dictó o por su superior jerárquico. La reapertura del examen de una cuenta, en lo que concierne a su aspecto temporal, sostiene, se rige por las normas generales sobre prescripción y caducidad de las acciones y derechos, a las que se refieren tanto el Código Civil como el Código Contencioso Administrativo.

7. Los términos de la controversia surgen de las tesis que se han resumido. Para el actor el levantamiento del fenecimiento carece de término y por ello quebranta el debido proceso. Por su parte, los defensores de la exequibilidad, coinciden en apreciar que la observancia del debido proceso se da en la etapa subsiguiente al aludido levantamiento del fenecimiento, la que corresponde al proceso de responsabilidad fiscal. En lo que respecta al término mismo para llevar a cabo el levantamiento del fenecimiento, se sostienen tesis contrapuestas inspiradas en una pluralidad de valores - seguridad jurídica, lucha contra la corrupción etc. - que van desde la legítima (Contralor) e ilegítima ausencia de término (Demandante), hasta su equiparación a otros consagrados en la legislación civil, penal y contencioso administrativa.

Ausencia de término para proceder al levantamiento del fenecimiento

8. Compete al Contralor General de la República revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado (CP art. 268-2). Las personas obligadas a rendir cuentas son aquellas que el Contralor determine, junto a los métodos, formas y plazos para ello (CP art. 268-1; ley 42 de 1993, art. 16). La llamada “revisión de cuentas” es uno de los principales sistemas de control de la gestión fiscal y consiste en “el estudio especializado de los documentos que

soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia y la equidad de sus actuaciones” (Ley 42 de 1993, art. 14).

Se entiende por “cuenta”, para efectos fiscales, el informe acompañado de los documentos que sustentan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por las personas responsables del erario. La revisión puede concluir con el fenecimiento de la cuenta examinada si no se encuentran observaciones. En caso de identificarse en una cuenta fallas, inconsistencias, alcances u otras irregularidades de las que puedan derivarse responsabilidades a cargo del cuentadante, la misma deberá remitirse con todos sus soportes al órgano de control fiscal competente con el objeto de que por su conducto se adelante el respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal, minuciosamente regulado en la citada ley, tiene como fundamento constitucional la función atribuida al Contralor General de la República para “establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma” (CP art. 268-5). La regulación legal de este proceso especial de carácter fiscal, se adelanta con la participación del presunto responsable que bien puede pedir pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra. El proceso se divide en dos etapas: investigación y juicio fiscal. La primera puede concluir con el archivo del expediente o con el auto de apertura del juicio fiscal, dependiendo del mérito de sus resultados. En la fase del juicio fiscal, se busca definir y establecer la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación. El sentido del fallo puede ser absolutorio, si no se encuentra responsabilidad, o condenatorio en el evento contrario. En firme la providencia - la que se notifica en la forma y términos que señala el Código Contencioso Administrativo y contra la que proceden los recursos y acciones de ley -, el fallo prestará mérito ejecutivo contra los responsables y sus garantes (Ley 42 de 1993, arts. 81 y 82). El Capítulo tercero de esta ley, que se ocupa específicamente del proceso de responsabilidad fiscal, contiene una disposición a cuyo tenor: “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”.

9. La síntesis de las normas que acaba de hacerse, pone de presente que la disposición acusada regula una materia - el levantamiento del fenecimiento de una cuenta previamente examinada - que si bien normalmente puede conducir a la iniciación del juicio fiscal, no se confunde con éste y tiene, por tanto, entidad propia. En estricto rigor no puede, en consecuencia, defenderse su exequibilidad, como por lo demás se ha tratado de hacer en este proceso, simplemente puntualizando que la garantía del debido proceso que echa de menos el actor habrá de satisfacerse en la etapa del juicio fiscal.

10. El cargo de inexecuibilidad formulado por el demandante no ha sido cabalmente contestado por los defensores de la constitucionalidad de la ley. Su glosa no recae sobre la etapa del juicio fiscal como se ha pretendido por aquéllos; cobija, exclusivamente, el incidente que lo precede y que se configura con el levantamiento de una cuenta fenecida, como consecuencia de la aparición de pruebas acerca de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ella. La lectura del precepto acusado, en efecto, así como la del

texto de toda la ley que lo contiene, lleva a la conclusión, que por lo menos expresamente, el levantamiento del fenecimiento de la cuenta en las circunstancias anotadas carece de término.

11. La Corte, colocada en la perspectiva del demandante, entiende el significado del pretendido quebrantamiento del derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29). Los funcionarios del erario a los que se refiere la norma, en el pasado rindieron cuentas de su gestión, presentaron sus saldos y sus soportes y, fenecidas éstas sin observación alguna, habrá de deducirse de ello una situación equivalente a la de recepción de un finiquito otorgado por el órgano de control fiscal competente que crea una situación concreta e individual capaz de generar en un verdadero derecho personal.

Se aprecia lo anterior si se repara en la importancia que para el responsable del erario representa el fenecimiento sin observaciones o glosas de las cuentas sometidas al escrutinio fiscal. El fenecimiento, realizado en estas condiciones, abona la honra y el buen nombre del funcionario y es una forma de retornar a la sociedad la confianza depositada en su rectitud.

Por el contrario, el levantamiento del fenecimiento y el subsiguiente juicio fiscal, abren la duda sobre su proceder y, de serle desfavorable, además de afectar su nombre y credibilidad, puede exponerlo a sanciones penales y disciplinarias y a tener que responder con su propio patrimonio o el de sus garantes por los alcances deducidos y las irregularidades establecidas. En este orden de ideas, si el fenecimiento no estuviere dotado de firmeza, se convertiría en causa de permanente zozobra, inquietud e inseguridad para sus beneficiarios que, luego de haber rendido cuentas, aspirarían a que el finiquito que se les extendiera fuera definitivo.

12. El planteamiento del demandante opone al levantamiento del fenecimiento de una cuenta, el derecho a la firmeza del finiquito previamente obtenido al no haber sido la misma objeto de observación como consecuencia del examen fiscal verificado en su oportunidad. La Corte no dudaría en declarar la inexecutable de la norma acusada si se halla que en verdad un tal derecho exista y sobre la base de que su naturaleza sea constitucional. De no ser así, tendrá que confirmar su constitucionalidad.

13. Desde el punto de vista fiscal quizá no resulte objetable - y por el contrario se juzgue conveniente para cerrar el ciclo del gasto y del control - la pretensión de que los actos de calificación de las rendiciones de cuentas presentadas por los funcionarios del erario, adquieran firmeza. Esto es, que los fenecimientos sean en principio definitivos. La regla absoluta, sin excepciones, empero, no podrá ser aceptada. A este respecto debe tomarse en consideración que al examinar una cuenta y ordenar su fenecimiento sin observaciones, los órganos de control de la gestión fiscal se basan en sus soportes y en los elementos de conocimiento y de juicio objetivos y adecuados a la situación sujeta a su escrutinio.

Puede ocurrir, sin embargo, que el funcionario del erario apele a maniobras y engaños para inducir al órgano de control a error, y evitar eficazmente que éste deje de advertir un alcance que, sin mediar esta conducta, habría podido ser observado y, por lo tanto, investigado y sancionado. También puede acaecer que al disponer el fenecimiento sin observaciones de una cuenta, el fiscalizador no haya podido inferir, por falta de pruebas en ese momento, las graves irregularidades que han rodeado la operación y que por ese motivo no se glosan.

La excepción a la regla general del carácter definitivo de los fenecimientos fiscales, en los dos últimos supuestos - que corresponden a las hipótesis a las que la norma acusada subordina el levantamiento del fenecimiento -, se justifica por las siguientes razones. Es un principio general aceptado, aún en materia civil, que la aprobación de una cuenta no se extiende "al dolo contenido en ella" (CC art. 1522) de modo que por este aspecto carecen de validez los pactos de no pedir más por las mismas. Si es del caso, pueden en consecuencia, deducirse alcances de cuentas fenecidas sin observaciones si ellas se aprobaron sin detectar el dolo que se escondía en sus soportes. De otra parte, las atribuciones de los órganos de control fiscal que decretan los fenecimientos no alcanzan hasta condonar el dolo que puede viciar las operaciones examinadas o su presentación. Finalmente, el fenecimiento se sustenta en la regularidad de las operaciones subyacentes a la cuenta respectiva, y su calificación depende de los elementos de juicio que el órgano de control tenga a su disposición, pudiendo cambiar si nuevas pruebas revelan realidades inicialmente no percibidas, en cuyo caso de la primera calificación no podría derivarse un juicio de tolerancia acerca de la actuación ilegal.

14. El actor alega que como situación individual y concreta, los funcionarios del erario inicialmente favorecidos con la declaratoria de un fenecimiento a sus cuentas sin observaciones, tienen un verdadero derecho a la firmeza de este tipo de pronunciamientos. De la Constitución no puede deducirse criterio alguno que indique a partir de qué momento las actuaciones administrativas o las puramente técnicas de fiscalización de la gestión fiscal, deben adquirir firmeza y ser fuente de derechos u obligaciones para ciertos sujetos favorecidos o afectados por ellas. Se trata, sin duda, de una materia enteramente deferida a la ley que, con apoyo en las más variadas razones, puede definir lo que puede denominarse cosa decidida en materia administrativa o en materia de control fiscal.

La Ley 42 de 1993, como se ha visto, decidió no otorgarle el carácter de cosa decidida en materia de control fiscal a los fenecimientos respecto de los cuales con posterioridad aparecieran pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares, lo que indefectiblemente determina su levantamiento. La razonabilidad de esta excepción que contiene la norma en relación con el régimen de inmutabilidad normal de los fenecimientos, ya ha sido objeto de consideración por parte de la Corte en el apartado anterior. Bastaría agregar que el ordenamiento no ampara situaciones originadas en el engaño, la mala fe y el quebrantamiento de la ley. Si en ocasiones, indirectamente, el instituto de la prescripción impide excluir completamente esas situaciones, ello se funda en consideraciones superiores de seguridad jurídica cuyo balance y sopesación, siempre que sea razonable, también es una materia de índole legal. En el presente caso, el actor pretende equivocadamente parapetarse detrás del principio de seguridad jurídica para mantener la intangibilidad de operaciones ilegales y fraudulentas, ignorando que el juicio del legislador fue manifiestamente adverso a las mismas. A partir del incumplimiento de la ley y del dolo no pueden construirse derechos e inmunidades y, menos aún, por los responsables de los dineros públicos de quienes se espera pulcritud y probidad a toda prueba. La ley no ha querido supeditar a una seguridad jurídica mal entendida, la validez de los principios superiores de la legalidad del gasto, esencial en una democracia, y de la honradez y transparencia en el manejo del erario público, fundamental para mantener la confianza ciudadana y la fe en sus instituciones y en sus gobernantes, razones potísimas para negar validez a los fenecimientos de cuentas relacionadas con operaciones irregulares o fraudulentas y para exigir que los responsables respondan por los faltantes.

15. Plantear en un momento dado la inmutabilidad del fenecimiento, supone la existencia de un derecho con ese contenido en cabeza del funcionario del erario. La única fuente posible de esa pretensión subjetiva sería la ley. En realidad, el legislador en su libertad podría establecer un término máximo agotado el cual se generaría la firmeza de los fenecimientos y ya no sería procedente reabrir el examen de una cuenta cubierta por aquéllos. Pero, aún así podría determinar en qué casos - por ejemplo ante la prueba de la comisión de un fraude o una irregularidad - sería viable reabrir el examen de cuentas. El balance entre seguridad jurídica y rectitud en el manejo de los dineros públicos, lo establece el legislador. Siendo esta una materia legislativa, bien puede la norma negarle ab initio firmeza a los fenecimientos que hayan recaído sobre cuentas irregulares o fraudulentas. De estos fenecimientos no surge derecho alguno ni el tiempo lo consolida. En estricto rigor, de los fenecimientos cabe únicamente predicar la existencia de un derecho relativizado por una verdadera condición resolutoria consistente en la aparición de hechos nuevos, demostrativos de operaciones fraudulentas o irregulares, que por razones no imputables al control fiscal, no pudieron ser conocidos al momento de otorgarse el respectivo finiquito. La precariedad propia de situaciones irregulares y dolosas no puede pretender - por la vía indirecta - más amparo que el que la ley les prodiga. Y en este caso no dispensó ninguno. No hay, pues, sustrato o cosa alguna sobre la que pueda edificarse en favor del funcionario del erario, el fenómeno de la prescripción adquisitiva.

16. No obstante que la Corte considera que la regulación del grado de certeza e inmutabilidad de los fenecimientos no es propiamente materia constitucional y se libra, por lo tanto, a la discreción del legislador, cabe señalar que la no concesión de firmeza a los fenecimientos que respalden operaciones ilícitas o fraudulentas, 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. La máxima según la cual nadie puede enriquecerse a costa del erario está inscrita en la propia Constitución. El artículo 34 de la CP, con independencia de tiempo, modo y lugar, ordena extinguir, mediante sentencia judicial, el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Debe tenerse presente también que la función administrativa, en la que se incluye la gestión fiscal, está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en el principio de moralidad (CP art 209). El erario no puede ser fuente de enriquecimiento y no es posible que a partir de la deshonestidad, la corrupción y el fraude se generen derechos o expectativas que el ordenamiento y la sociedad tengan que irremediamente tolerar. No duda la Corte que al socaire de la firmeza de los fenecimientos aquí referidos pueden consolidarse y legalizarse malversaciones y adquisiciones, que no son cosa distinta que hurtos efectuados al erario público, lo que vulnera el principio constitucional que prohíbe el enriquecimiento y la configuración de derechos que tengan esa fuente.

17. La gestión fiscal que cumplen los funcionarios del erario, comprendida en la órbita de la función administrativa, debe desarrollarse con fundamento en el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. La sociedad, a través de los órganos de control fiscal, tiene derecho legítimo a comprobar, en cualquier momento, la conducta de sus agentes.

También éstos tienen en su favor el derecho, de que la sociedad examine su patrimonio y sus actuaciones y, para el efecto tienen el deber y la carga de facilitar, promover y exigir el más abierto examen de su conducta y de las operaciones realizadas. La rendición de cuentas es una de las principales oportunidades - no la única ni la última - de que dispone el funcionario y la sociedad para verificar el cumplimiento de los deberes y responsabilidades asignados. Si al organismo de control fiscal se le oculta total o parcialmente la verdad sobre la regularidad y la forma de las operaciones relativas a una cuenta no es posible atribuir al fenecimiento decretado en esas condiciones firmeza alguna. No sería moral que el funcionario de marras alegara como derecho suyo el de oponerse a un nuevo examen. Tampoco la función de control fiscal - a través de la cual la sociedad entera indaga - desempeñaría su función pública de acuerdo con el principio de la moralidad si ante este alegato - en verdad poco convincente - se inhibiera de ejercer su cometido fiscalizador.

#### 18. Firmeza del finiquito previamente obtenido

Establecida la viabilidad de la apertura de un nuevo examen en relación con una cuenta previamente fenecida, en el evento de que posteriormente aparecieran pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares en las que se sustentaba, resta por vía puramente ilustrativa señalar sucintamente el marco legal que el actor echa de menos y sobre cuya aparente ausencia edifica los cargos de inconstitucionalidad. En razón de la remisión que al Código Contencioso Administrativo y al Código de Procedimiento Penal hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993 con el objeto de completar e integrar la regulación de la responsabilidad fiscal de los funcionarios del erario, no cabe duda de que a la luz del artículo 66-2 del primero, el acto administrativo de fenecimiento deberá entenderse que pierde fuerza ejecutoria como consecuencia de la desaparición de sus fundamentos de hecho. No obstante, el proceso de responsabilidad fiscal - conservando en estos aspectos la remisión al Código Contencioso Administrativo por la afinidad y naturaleza de la materia - sólo podrá iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta.

Si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya (C.C.A, art. 136), el mismo término deberá predicarse mutatis mutandis de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado. Lo anterior no es óbice para que los autores de las operaciones fraudulentas o irregulares puedan ser objeto de investigación y sanción penal y que, en este caso, la entidad respectiva obtenga la correspondiente indemnización.

#### IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

#### RESUELVE :

Declarar exequible en su integridad el artículo 17 de la Ley 42 de 1993.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE, INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y ARCHIVASE EL EXPEDIENTE.

HERNANDO HERRERA VERGARAPresidente

JORGE ARANGO MEJIA

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDOMagistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLEROMagistrado

(Siguen firmas expediente D-343)

FABIO MORON DIAZ

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General