Sentencia C-832/02

ORGANOS DE CONTROL-Integración

ORGANOS DE CONTROL-Autonomía e independencia

AUTONOMIA DE ORGANOS-Alcance

La Corte ha destacado que la autonomía que la Constitución Política otorga a determinados organismos, significa básicamente; i) no pertenencia a alguna de las ramas del Poder; ii) posibilidad de actuación por fuera de las ramas del Poder y por ende actuación funcionalmente independiente de ellas; iii) titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada. En consecuencia la autonomía constitucionalmente otorgada marca un límite a la acción de los órganos de las Ramas del Poder, sobre los órganos definidos constitucionalmente como autónomos.

ORGANOS AUTONOMOS E INDEPENDIENTES-Límites a regulación legal

Si bien los denominados "órganos autónomos e independientes" son órganos del Estado, según ha expresado esta Corte, la acción del legislador y la de los que forman parte de la Rama Ejecutiva se halla limitada por el núcleo esencial de autonomía, que resulta definido por los mandatos mediante los cuales la Constitución de manera explícita y en cada caso, define el ámbito de autonomía. Al respecto puede enunciarse que a mayor regulación constitucional menor será el ámbito de la regulación legal, y viceversa. Pero en todo caso, es preceptivo el respeto al núcleo esencial de autonomía que en cada supuesto aparecerá definido en función del cumplimiento de las misiones específicas encomendadas al órgano autónomo.

AUTONOMIA DE CONTRALORIAS-Alcance

AUTONOMIA DE CONTRALORIAS EN EL ESTADO UNITARIO-Significado

De manera general, la Corporación ha considerado que la autonomía que ostentan los organismos que llevan a cabo funciones de control fiscal debe ser entendida en el marco del Estado unitario, lo cual significa que ésta se ejerce con arreglo a los principios establecidos

por la Constitución Política y la ley: En este sentido la mencionada autonomía consiste, básicamente, en el establecimiento de una estructura y organización de naturaleza administrativa especializada, a la cual se le ha asignado un haz de competencias específicas que pueden ejercerse de manera autónoma e independiente, a través de órganos propios, y que dispone, al mismo tiempo, de medios personales y de recursos materiales de orden financiero y presupuestal que puede manejar, dentro de los límites de la Constitución y la ley sin la injerencia ni la intervención de otras autoridades u órganos.

ORGANOS DE CONTROL FISCAL-Competencia autónoma e independiente

De acuerdo con los principios que orientan la organización del Estado colombiano, la competencia asignada a los órganos de control fiscal se ejerce de manera autónoma e independiente y sin que su ejercicio pueda ser objeto de sujeción o condicionamiento a las decisiones de cualquiera de los órganos que componen las ramas del poder público o de los demás órganos a los que la Constitución reconoce la misma autonomía.

RESPONSABILIDAD FISCAL-Presupuestos y características/PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Presupuestos y características

ORGANOS DE CONTROL FISCAL-Oportunidad de ejercicio de competencia

Ha dicho esta Corporación que la competencia atribuida a los órganos de control fiscal se ejerce en dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos deba darse necesariamente en todos los casos. Así, en un primer momento dichos órganos realizan el control fiscal dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal sobre los que se lleve a cabo su examen. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de un daño al patrimonio público, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Fundamento

Dicho proceso se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el

cual el Contralor General de la República tiene la atribución de 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, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predican de las Contralorías Territoriales.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Características

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Derivación del ejercicio de una gestión fiscal

Necesariamente se deriva del ejercicio de una gestión fiscal. La responsabilidad fiscal de acuerdo con el numeral 5° del artículo 268 constitucional únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición. No sobra recordar que la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, norma que regula actualmente la materia, bajo el entendido de que los actos que materialicen la responsabilidad fiscal comporten una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Carácter subjetivo

Para deducirla es necesario en efecto determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. En este sentido cabe recordar que como lo señalan los artículos 4° y 5° de la ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal y que para que ella se configure debe existir un nexo causal entre dicha conducta dolosa o culposa y el daño patrimonial al Estado. De lo cual se colige que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Carácter patrimonial y no sancionatorio

La declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. En este sentido como lo explicó esta Corporación al declarar la exequibilidad de la expresión "mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal" contenida en el artículo 4° de la Ley 610 de 2000, el perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado, es decir, el Estado, quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Cabe precisar sin embargo que "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite.". Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante), a lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal, se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610 de 2000.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Carácter independiente y autónomo de otros tipos de responsabilidad

La responsabilidad fiscal es distinta de la responsabilidad disciplinaria o de la responsabilidad penal que pueda generarse por la comisión de los mismos hechos que se encuentran en el origen del daño causado al patrimonio del Estado, que debe ser resarcido por quien en ejercicio de gestión fiscal actúa con dolo o culpa. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque la Corte ha advertido que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de un proceso fiscal. Cabe hacer énfasis de manera particular en que los bienes jurídicos protegidos por cada tipo de responsabilidad son diferentes y que los objetivos perseguidos en cada caso son igualmente diversos.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Declaración en proceso de naturaleza administrativa

La resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Cabe recordar además que en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales las normas vigentes consagran el grado de consulta ante el superior funcional o jerárquico del servidor encargado de determinar la responsabilidad fiscal cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Respeto del debido proceso

Como lo ha señalado la Corporación en reiteradas ocasiones en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso en coordinación con el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan las actuaciones administrativas.

RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES-Seguimiento y control fiscal

RESPONSABILIDAD FISCAL-Desconocimiento de presupuestos constitucionales y legales para establecimiento/ORGANOS DE CONTROL FISCAL-Vulneración de autonomía

FUNCIONARIO DE CONTRALORIA-No responsabilidad fiscal por ejercicio de control

FUNCIONARIO INVESTIGADOR EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Función administrativa

FUNCIONARIO INVESTIGADOR EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Sanciones por incumplimiento de deberes y violación de la ley

FUNCIONARIO INVESTIGADOR EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-No responsabilidad fiscal solidaria

FUNCIONARIO INVESTIGADOR EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Responsabilidad

penal por exoneración contraevidente que tipifica prevaricato

FUNCIONARIO INVESTIGADOR EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Sanciones penales y disciplinarias

FUNCIONARIO INVESTIGADOR EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL SOBRE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES-No responsabilidad fiscal solidaria por sentencia penal condenatoria para administradores

DEBIDO PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Servidores que no tienen bajo su responsabilidad manejo de recursos públicos

ACCION FISCAL Y ACCION PENAL-Objetivos y bienes jurídicos protegidos son diferentes

UNIDAD NORMATIVA-Integración

Referencia: expediente D-3989

Acción pública de inconstitucionalidad del inciso 5° del artículo 89 de la Ley 715 de 2001 "por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

Actor: Ronald Otto Cedeño Blume

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Ronald Otto Cedeño Blume demandó el inciso 5° del artículo 89 de la Ley 715 de 2001 "por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros"

El Magistrado Sustanciador mediante auto fechado el 18 de abril de 2002, admitió la demanda de la referencia y ordenó fijar en lista la norma acusada en la Secretaría General de ésta Corporación. En esa misma providencia, ordenó comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso, a los Ministros de Justicia y del Derecho, al del Interior, así como a la Fiscalía General de la Nación, al Contralor General de la República y al Auditor General de la República.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede, entonces, a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de la disposición acusada conforme a su publicación en el Diario Oficial Año CXXXVII. N. 44654 del 21 de diciembre de 2001 y se subraya lo demandado.

"LEY 715 DE 2001

(diciembre 21)

por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de

conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001)

de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la

prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(…)

Disposiciones comunes al sistema general de participaciones

(…)

Artículo 89. Seguimiento y control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones. Para efectos de garantizar la eficiente gestión de las entidades territoriales en la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones, sin perjuicio de las actividades de control fiscal en los términos señalados en otras normas y demás controles establecidos por las disposiciones legales, los departamentos, distritos y municipios, al elaborar el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Presupuesto, programarán los recursos recibidos del Sistema General de Participaciones, cumpliendo con la destinación específica establecida para ellos y articulándolos con las estrategias, objetivos y metas de su plan de desarrollo. En dichos documentos, incluirán indicadores de resultados que permitan medir el impacto de las inversiones realizadas con estos.

Los municipios prepararán un informe anual sobre la ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones, así como el Plan de Operativo Anual, del Presupuesto y sus modificaciones. Esta información será enviada, a la Secretaría Departamental de Planeación o quien haga sus veces, para que dicha entidad realice el seguimiento y la evaluación respectivo.

Las Secretarías de Planeación Departamental o quienes hagan sus veces, cuando detecten una presunta irregularidad en el manejo de los recursos administrados por los municipios, deberán informar a los organismos de control, para que dichas entidades realicen las investigaciones correspondientes. Si dichas irregularidades no son denunciadas, los funcionarios departamentales competentes serán solidariamente responsables con las autoridades municipales.

Una vez informados los organismos de control, estos deberán iniciar la indagación preliminar en un plazo máximo de 15 días. La omisión de lo dispuesto en este numeral será causal de

mala conducta.

Cuando por razón de una de estas denuncias se origine una sentencia judicial de carácter penal, por el tipo penal que sancione la pérdida, desviación de los recursos, uso indebido de estos o hechos similares, y la Contraloría General de la República, la contraloría departamental o municipal exoneró de responsabilidad fiscal a los administradores de los recursos, los funcionarios que adelantaron la investigación u ordenaron su archivo serán fiscalmente responsables de forma solidaria por el detrimento o desviación que dio origen a la sentencia, sin perjuicio de las sanciones penales o disciplinarias a que haya lugar. En este caso, la caducidad de las acciones se empezará a contar desde la ejecutoria de la sentencia.

Cuando se inicie un proceso penal por alguno de los hechos señalados en el inciso anterior, la contraloría competente podrá suspender el proceso de responsabilidad fiscal hasta que se decida el proceso penal. La suspensión del proceso por esa circunstancia suspenderá el término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal.

El control, seguimiento y verificación del uso legal de los recursos del Sistema General de Participaciones es responsabilidad de la Contraloría General de la Nación. Para tal fin establecerá con las contralorías territoriales un sistema de vigilancia especial de estos recursos.

Parágrafo 1°. La responsabilidad de la Nación por el manejo y uso de los recursos del Sistema General de Participaciones solo irá hasta el giro de los recursos.

Parágrafo 2°. Las funciones disciplinarias relacionadas con los servidores públicos cuya actividad se financia con recursos del Sistema General de Participaciones, las ejercerá la Procuraduría General de la Nación o las personerías en los términos establecidos por el régimen disciplinario.

El ciudadano demandante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del quinto inciso del artículo 89 de la Ley 715 de 2001, por considerar vulnerados los artículos 13, 83, 113 y 267 de la Constitución Política.

Para el actor, la disposición acusada sujeta y condiciona las decisiones proferidas por las

Contralorías de cualquier orden, en el proceso de responsabilidad fiscal a las decisiones tomadas por los jueces penales en aquellos eventos de lesión o detrimento al patrimonio del Estado por la pérdida, desviación o uso indebido de los recursos pertenecientes al Sistema General de Participaciones en salud y educación.

Recuerda que la intención del Constituyente de 1991 fue la de contar dentro de la estructura del Estado con órganos de control autónomos e independientes, plenamente diferenciados de las tres ramas tradicionales del poder publico.

Explica que el principio de la autonomía e independencia de los órganos del control fiscal se predica de tres situaciones concretas, la primera, se refiere al manejo administrativo y presupuestal, la segunda, a la vigilancia y control a través de la realización de auditorias y revisión de cuentas; y la tercera, en lo que tiene que ver con el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal para resarcir los perjuicios económicos generados al Estado como consecuencia única y exclusiva de la gestión o manejo de los bienes públicos.

Afirma, que el proceso de responsabilidad fiscal es la herramienta jurídica con la que se determina la responsabilidad de los servidores públicos o de los particulares, en el manejo de los fondos y bienes público, y su terminación es decidida por la Contraloría a través de fallos resarcitorios de los daños causados al patrimonio estatal, o, de fallos absolutorios de responsabilidad. En tal sentido la disposición enjuiciada hace recaer directamente sus efectos nocivos, contra las providencias referidas, desconociendo por ende, la autonomía e independencia de las Contralorías1, al dejar en entredicho la decisión absolutoria en mención frente a la resolución penal que se dicta en sentido contrario de aquella, es decir, se condena al funcionario absuelto de responsabilidad fiscal.

Por otra parte sostiene que, la disposición acusada vulnera el principio de buena fe (Art. 83 C.P.)2 que ampara las decisiones de la Contraloría, cuando establece una presunción de responsabilidad (de derecho) en contra del servidor fiscal por absolver al administrador por los mismos hechos por los que la justicia penal lo condenó, tal presunción anota, supone la ilegalidad a priori del fallo absolutorio frente a la sentencia condenatoria penal, lo que en criterio del actor conduce a la “univocidad de la decisión fiscal al fallo condenatorio penal”.

Sostiene que la presunción ipso iure contenida en la norma objetada de inconstitucionalidad, por si misma faculta al juez penal para declarar la responsabilidad personal del servidor fiscal

(que absuelve), de manera solidaria con la del administrador sentenciado penalmente, sin que exista consideración alguna a los posibles argumentos que presente el servidor fiscal, como fundamento de su decisión de decreto de archivo para evitar ser sancionado penalmente, por lo que concluye, se da origen al desconocimiento de las garantías jurídicas y probatorias que deben garantizar al investigado dentro del proceso fiscal por parte de la Contraloría, al estimar que pesará más en su decisión, cuando ella implique el archivo del proceso fiscal, la elección de liberarse de cualquier sanción, que la de respetar el debido proceso del fiscalizado, por lo que se responsabilizará siempre bajo tal perspectiva al administrador sin importar la realidad probatoria.

Continúa explicando, que la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal, "es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o culpa; es patrimonial, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular… y finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso según voces del Artículo 29 superior"3, por el contrario anota, la declaración de responsabilidad penal se orienta a verificar la existencia de un hecho punible contra el patrimonio del Estado, sin importar si el enjuiciado obró en ejercicio de una gestión fiscal o si tenía bajo su radio de acción los bienes lesionados, por lo que en criterio del demandante, la norma acusada desconoce que la responsabilidad fiscal, "es una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos".

Señala finalmente, que la disposición acusada establece un trato discriminatorio contrario a la Constitución (Art.13 C.P.), para los servidores encargados del control fiscal frente a los servidores encargados del control disciplinario, pues estos últimos podrán libremente y en cualquier momento, decretar el archivo de un proceso disciplinario, sin que su decisión quede sujeta al resultado del proceso penal que pueda iniciarse en relación con los mismos hechos objeto de control disciplinario.

IV INTERVENCIONES

1. Contraloría General de la República

El apoderado judicial de la Contraloría General de la República, presenta escrito mediante el

cual solicita que el inciso acusado sea declarado inexequible, de acuerdo con las consideraciones que se exponen a continuación.

A su juicio, la potestad normativa del Legislador debe estar en armonía con los valores, principios, derechos e instituciones determinados en la Carta Política, entre los que se encuentra el derecho al debido proceso4 (Art. 29 C.P.), por lo que, anota, se vulnera tal principio constitucional, en razón de que el inciso demandado permite que se juzgue dos veces por el mismo hecho a los administradores de los recursos públicos, quienes siendo exonerados de responsabilidad fiscal por el órgano de control, son posteriormente declarados fiscalmente responsables por un juez penal.

Para el interviniente, la garantía del derecho al debido proceso supone que toda persona participe en las decisiones que los afectan para ejercer su defensa, presentando pruebas y controvirtiendo aquellas que le son desfavorables, todo esto con el fin de que el convencimiento del juez no esté viciado y no genere la nulidad de pleno derecho de la prueba aportada al proceso en desconocimiento del principio de contradicción5. En tal sentido y en aras de garantizar el principio en mención, la responsabilidad objetiva está proscrita por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la presunción contenida en el artículo atacado es contraria a los principios que rigen el debido proceso, toda vez que el servidor fiscal sin ser constituido en parte dentro del proceso penal, será siempre declarado responsable fiscal por dictar un fallo absolutorio respecto de la conducta que el juez penal encuentra meritoria de sanción penal.

Por último puntualiza que, el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 garantiza la protección del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos fundamentales, estableciendo la procedencia del grado jurisdiccional de consulta respecto del auto de archivo de proceso y del fallo absolutorio de responsabilidad fiscal.

2. Fiscalía General de la Nación

El señor Fiscal General de la Nación solicita la declaratoria de inexequibilidad del inciso acusado basado en las consideraciones que se sintetizan enseguida.

Manifiesta que dicho inciso vulnera los artículos 113, 117 y 119 superiores, por cuanto establece una intromisión por parte de una de las ramas del poder en las funciones y tareas

propias de un órgano de control, con lo que se contrarían de manera evidente los principios que sobre la organización del Estado establece la Constitución.

Afirma que, "la norma equipara incorrectamente las responsabilidades fiscal y penal, que son independientes entre sí y tienen distintos fundamentos y naturaleza. Precisamente, una consecuencia de dicha independencia es que sobre unos mismos hechos puede existir, en el campo teórico, fallos penales condenatorios y fallos fiscales absolutorios, y viceversa, sin que ello signifique que en algunos de los dos campos se haya incurrido en error4".

Explica que con la norma se establece una responsabilidad objetiva contraria a los principios que rigen la potestad sancionatoria en materia administrativa7, y recuerda, que la responsabilidad fiscal no puede ser sino subjetiva, pues se establece solamente cuando el imputado obra con dolo o culpa. En este sentido considera que la norma vulnera el derecho fundamental al debido proceso y el principio de presunción de inocencia (Art.29 C.P.)

Señala finalmente, que la norma desconoce así mismo, el principio de proporcionalidad, pues el fin buscado por la norma se ve desbordado por los medios utilizados para evitar el detrimento a las arcas del Estado. Al respecto recuerda que de estimarse contraria a derecho una determinación tomada por un Contralor dentro de un proceso fiscal, es posible que mediante el ejercicio de una acción contenciosa administrativa se ataque dicha decisión.

3. Auditoría General de la República

El apoderado especial de la Auditoría General de la República solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso quinto del artículo 89 de la Ley 715 y del inciso sexto de la misma norma, basado en las consideraciones que se resumen a continuación.

En sustento de su tesis precisa que el artículo 89 impugnado, forma parte de un título (V) y una ley (Ley 715 de 2001), que en sí mismas están destinadas a regular el régimen y sectores que se financian con los recursos del Sistema General de Participaciones, en consecuencia, por su ubicación estima que, los incisos atacados son aplicables única y exclusivamente al régimen de participaciones, específicamente al tema de la responsabilidad fiscal.

Continúa exponiendo los eventos en los cuales se establece el criterio de responsabilidad en

la Carta Política dentro de las relaciones sociales, bien sean las que tienen origen al interior del Estado, o en el interactuar del Estado con los particulares o las que atañen no solo al Estado sino a los particulares entre sí, de ahí el establecimiento de una serie de controles, sujeciones y consecuencias respecto del Estado, los servidores públicos y los particulares, en donde la Contraloría General de la República es la encargada de ejercer el control fiscal y declarar la responsabilidad fiscal de quien tiene a su cargo la administración financiera y patrimonial del Estado y en tal sentido, su declaración va dirigida a resarcir los perjuicios que el mal manejo del erario produce.

Señala que dada la especificidad del proceso de responsabilidad fiscal, el Legislador fue cauto en su regulación, separándolo de la configuración normativa determinada para otros procesos como el penal y el disciplinario, como lo decretan "…las Leyes 610 de 2001 (en su artículo 4°), 734 (artículo 2º, y antes, en el artículo 2°, igualmente de la Ley 200…)".

En tal sentido afirma que los organismos de control están altamente ligados con la ciudadanía, debido a que éstos responden a la filosofía del poder fuera de él y a la necesidad de equivalencia entre las ramas clásicas en que se divide éste, por lo que advierte que, el Constituyente de 1991 al crear otros organismos de control separados de las ramas del poder público, otorgó a la Contraloría General de la República entre otros, un rango constitucional, dotándola de nitidez, independencia y autonomía en el ejercicio de su labor (Art.113, 117, 120, 267 y 274 C.P.), es decir, que su competencia está claramente separada de los oficios de otros organismos y ramas del poder, y, su funciones administrativas no serán otras distintas a las inherentes a su propia organización (Art. 267 inciso 4°C.P), a fin de acabar con la coadministración8.

Precisa que según jurisprudencia constitucional, la autonomía funcional y orgánica ostentada por la Contraloría General es igualmente compartida por la Auditoría General de la República, cuya función es ejercer el control fiscal o vigilancia sobre la gestión fiscal que lleve a cabo aquella.

Frente al control fiscal transcribe apartes de la Sentencia C-374 de 1995, para posteriormente afirmar, que la función de controlar, vigilar y procurar la correcta gestión ejercida no sólo por las entidades públicas sino por particulares (Arts. 2°, 3º y 7º de la Ley 42 de 1993), sobre los bienes del Estado, es decir, aquellos bienes, derechos, obligaciones y

recursos de propiedad estatal, es una función pública, reglada y obligatoria, además de independiente y autónoma, que imprime de diferencias claras la función de control fiscal y a la vez propende por el buen funcionamiento de la misma.

Así mismo continúa explicando que la responsabilidad fiscal se caracteriza por, i) investigar directamente la gestión realizada por las personas que manejan bienes o fondos del Estado, sin perjuicio de las otras responsabilidades que de la misma conducta, pero desprovista de gestión fiscal, se deriven y que serían conocidas por otros órganos o ramas del poder; ii) tiene una naturaleza resarcitoria, la que igualmente es admitida en otros procesos, pero la valoración subjetiva es diferente; iii) evaluar y cuantificar los perjuicios para determinar la indemnización a pagar a favor del Estado; iv) imputar la responsabilidad de la administración por el daño antijurídico causado al patrimonio del Estado por culpa o dolo "valoración subjetiva". Por jurisprudencia de esta Corporación9 el proceso de responsabilidad fiscal tiene otras características; v) tiene un carácter autónomo e independiente frente a los demás organismos y ramas del poder; vi) tiene un criterio objetivo y busca el resarcimiento integral a favor del Estado; vii) la declaración de responsabilidad fiscal implica el respeto de una serie de garantías procesales; ix) tiene un término de caducidad; x) la decisión que declara la responsabilidad fiscal presta mérito ejecutivo; xi) dicho proceso está enmarcado dentro de una serie de postulados del derecho sancionatorio, como la necesidad de la prueba, los impedimentos, las recusaciones y las nulidades; xii) la remisión hecha a los Códigos Contencioso Administrativo, de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal, está condicionada a que sus preceptos no sean contrarios a los principios que rigen el proceso de responsabilidad fiscal.

Con relación al tema de la responsabilidad fiscal, sostiene que ésta en sus elementos propios se configuran por virtud del artículo 5 de la Ley 610 de 2000 que en relación específica con el tema del daño, tiene unos elementos que deben ser diferenciados de aquellos propios de la labor que despliegan las Contralorías. Por lo que arguye que, "si la acción fiscal produjo una absolución contraevidente, como sería el caso frente a una decisión de carácter penal, debería focalizarse la responsabilidad en concreto y no en su opción traslativa", de donde precisa que de admitirse la transitividad del menoscabo al erario de quien investigó se estaría ante una "responsabilidad objetiva", y en tal evento la valoración del perjuicio será el que se pruebe en la causa original, pues no habría otra forma de medición y de certeza ya que el Contralor que profirió la decisión absolutoria, nunca es vinculado al proceso penal en

el que resulta condenado fiscalmente y de manera solidaria con el administrador enjuiciado.

Con base en los argumentos expuestos, el interviniente concluye en primer lugar, que los incisos quinto y sexto del artículo 89 de la Ley 715 de 2001 desconocen la autonomía e independencia del control fiscal, en tanto establecen la sumisión del proceso de responsabilidad fiscal al penal, en la medida en que una conducta absuelta a nivel fiscal, de ser denunciada y posteriormente condenada penalmente, dará siempre lugar a la responsabilidad fiscal del funcionario que profirió el fallo absolutorio, dando paso a que se considere al proceso penal como la real medida del proceso de responsabilidad fiscal, por ende, este proceso está destinado a su eliminación.

En segundo término concluye, que tales preceptos acusados dan lugar a que el servidor fiscal ante la inminencia de la sanción, prefiera que la conducción del proceso fiscal y su culminación tenga lugar en la jurisdicción penal, o si por el contrario, continúa éste con el trámite del mismo, parcializará su decisión viéndose obligado a declarar siempre la responsabilidad fiscal del investigado, constituyéndose el servidor fiscal dentro del mismo escenario en el que se desenvuelve en "juez y parte"10.

Precisa así mismo, que el hecho de que eventualmente se pueda llegar a efectuar el cobro de los perjuicios causados al patrimonio estatal, no es óbice para que el proceso de responsabilidad fiscal pueda confundirse dentro de la matriz propia del proceso penal, al entenderse que tal y como fue concebido por el Constituyente del 1991 y lo señala el artículo 65 de la Ley 610 de 2001, el mecanismo ejercido por la jurisdicción penal dentro del escenario propio del control fiscal es de carácter supletorio.

Igualmente puntualiza, que si la decisión absolutoria proferida por el Contralor es demandada ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, "es factible que una condena a nivel penal sea contrastada con la confirmación de una absolución en tal jurisdicción. Las hipótesis de esquizofrenia del ordenamiento a raíz de lo previsto en la Ley 715, son susceptibles de multiplicarse y son demostrativas, rasgos en todo caso, del carácter inexequible de las disposiciones cuestionadas".

Para finalizar señala que el inciso 4° del artículo 89 de la mentada Ley 715, obliga al funcionario de control fiscal a iniciar una indagación preliminar, aún a pesar de que con la

denuncia se advierta que la conducta reprochada, no comporta compromiso o detrimento alguno de los recursos de las participaciones, en consecuencia se contrapone al hecho de que la decisión de iniciar la indagación debe ser concluida por el investigador y no tomarse a la luz de una obligación legislativa.

Para finalizar el interviniente afirma que,"el artículo en cuestión amplía el término (se refiere al de caducidad) y sugiere el inicio de responsabilidad fiscal que debe culminar, obligatoriamente, con un fallo con responsabilidad fiscal, -pues no se sigue otra consecuencia de dicha norma-, la misma contempla una nueva indefinición, trayendo la condena como el momento a partir del cual debe contabilizarse un término", por lo que solicita igualmente la declaratoria de inconstitucionalidad de tal disposición.

4. Intervención Ciudadana.

La ciudadana en ejercicio Andrea Carolina Ruiz, solicita la declaratoria de constitucionalidad de la norma acusada, por las razones que se sintetizan a continuación:

1. Que el inciso demandado en armonía con el inciso 6° del artículo 89 de la Ley 715 de 2001, tiene por finalidad ampliar el término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal, ya que al suspenderse éste en espera de una decisión penal tiene tal efecto.

1. El proceso de responsabilidad fiscal no declara una responsabilidad directa, por lo que no se vulnera el derecho al debido proceso.

1. El manejo de recursos del Sistema General de Participaciones, permite que "se conjuguen una investigación de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría (en cualquiera de sus niveles -municipal, departamental o nacional-) y una investigación penal por parte de la Fiscalía, con el fin de que el servidor público no haga mal uso de los mismos".

5. El proceso de responsabilidad fiscal, el penal y el disciplinario no difieren entre sí, sino que por el contrario, mantienen una relación bastante estrecha.

6. "[s]ería absurdo pensar que en el proceso de responsabilidad fiscal se puede exonerar (se refiere al administrador) mientras que en el proceso penal se condena por los mismos hechos".

7. Las funciones de la Contraloría, por mandato constitucional, son diferentes a las asignadas a la Procuraduría, por lo que no se vulnera el derecho a la igualdad invocado.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, mediante comunicación No. 2897, recibida el 27 de mayo de 2002 en la Secretaría de la Corte Constitucional, rinde el concepto de rigor para solicitar se declare la inexequibilidad del inciso 5° del artículo 89 de la Ley 715 de 2001, con fundamento en las consideraciones que se resumen enseguida:

Así mismo, la Vista Fiscal precisa que es procedente integrar la unidad normativa y declarar inexequible el inciso 6° del artículo 89 de la Ley 715 de 2001, toda vez que dicho inciso tiene por finalidad garantizar la coherencia entre las decisiones de la justicia penal y el fallo del proceso de responsabilidad fiscal.

En primer término, sostiene que el marco normativo constitucional que rige la función de control fiscal a cargo de la Contraloría General de la Nación, dota de independencia y autonomía toda su competencia institucional y las decisiones que éstas tomen, de donde expone que las determinaciones referidas no están sujetas al aval de la rama judicial para ser legalmente válidas, como lo pretende hacer ver el artículo impugnado, por lo que estima se vulneran los principios de autonomía e independencia (ArtS.113 y 267 constitucionales) y la naturaleza y materialidad de la función fiscal.

De tal manera explica que la responsabilidad fiscal es de índole patrimonial11 y las medidas que, en consecuencia, adopta el órgano fiscal no tienen naturaleza sancionatoria, sino resarcitoria, pues su finalidad es la de reparar el perjuicio causado al patrimonio público y no la proteger bienes jurídicos. En consecuencia indica que, sufragados de manera integral los perjuicios causados por parte del administrador en el proceso penal, "no procede dictar un

fallo con responsabilidad fiscal sino la cesación de la acción fiscal (artículo 16, de la Ley 610 de 2000) pues el interés económico que se persigue en el proceso fiscal ha sido satisfecho".

En tal sentido, continúa explicando, que el numeral 5° del artículo 268 superior y el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, determinan como fundamento del proceso fiscal el establecimiento de la responsabilidad de un administrador por su gestión fiscal12, siempre y cuando la conducta del investigado esté vinculada inescindiblemente con el deterioro del patrimonio estatal. Precisa que la responsabilidad objetiva está proscrita en materia fiscal, posición que afirma, ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional13, en razón de que la responsabilidad fiscal sólo es imputable cuando el dolo o la culpa del gestor fiscal es la causa del daño patrimonial al Estado, como lo dispone el artículo 5° de la Ley 610 de 2000.

Por lo que concluye, que el fallo absolutorio proferido por el funcionario de la Contraloría donde se exonera al administrador por actuar sin gestión fiscal, nunca genera un daño patrimonial al Estado, ni siquiera en forma indirecta por tomarse una decisión irregular, toda vez que la entidad estatal constituida en parte civil dentro del proceso penal14, obtiene la indemnización de los perjuicios que se le causaron por el comportamiento del gestor fiscal absuelto, no existiendo en consecuencia, un nexo causal entre el daño patrimonial ocasionado por el penalmente condenado y el fallo absolutorio proferido por el órgano de control fiscal, pues el causante del perjuicio al Estado ha sido el servidor o particular absuelto fiscalmente y no quien lo investigó. "En síntesis, el precepto demandado viola el artículo 268 numeral 5° de la Constitución en cuanto asigna responsabilidad fiscal a quien no desarrolla una gestión fiscal, sino una función de control fiscal".

La presunción establecida en la norma impugnada es contraria a la presunción de inocencia15 y al derecho de defensa, cuando establece que toda decisión absolutoria dictada por el Contralor, contraria a la sentencia condenatoria penal posterior, es sin excusa alguna, causal de imputación de responsabilidad en su contra y en consecuencia, se cercena el derecho en mención al declararse la responsabilidad del servidor fiscal, sin dársele la posibilidad de excusarse de la misma mediante la comprobación de que el fallo absolutorio por él proferido estaba razonablemente motivado y decidido.

Por otra parte, sostiene que es absurdo que el Legislador haga responsable solidariamente al Contralor por los perjuicios por los que se ha condenado a pagar de manera "integral" al

enjuiciado penalmente, toda vez que la suma que se le obligue a pagar a aquél, se constituirá en un enriquecimiento sin causa para el Estado, cuando recibe una indemnización integral por parte del sentenciado y percibe otra por determinación del precepto demandado.

Para finalizar señala que, si el objetivo del inciso atacado es evitar la impunidad en la producción de fallos fiscales, tal objetivo es innecesario, al tenerse dentro del ordenamiento jurídico vigente la potestad disciplinaria, que ostenta el Ministerio Público, para juzgar el abuso por acción u omisión de la función pública.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

2. La materia sujeta a examen

Para el actor, el quinto inciso del artículo 89 de la Ley 715 de 2001 vulnera el principio de autonomía e independencia de los órganos de control fiscal (Arts. 113, 267 y 272 C.P.), por cuanto sujeta y condiciona las decisiones proferidas por la Contraloría General de la República y por las Contralorías territoriales, a las que se adopten por los jueces penales en aquellos eventos de lesión o detrimento del patrimonio del Estado por la pérdida, desviación o uso indebido de los recursos pertenecientes al Sistema General de Participaciones en Salud y Educación.

En su concepto, dicho inciso contraría así mismo el principio de buena fe (Art. 83 C.P), por cuanto presume que el servidor público que decide archivar un proceso de responsabilidad fiscal, actuó de mala fe cuando, frente a los mismos hechos se condena penalmente a la persona investigada. Presunción que no admite prueba en contrario, en cuanto basta la declaratoria de responsabilidad penal a que se ha hecho referencia, para generar la responsabilidad fiscal solidaria de dicho servidor público, sin perjuicio de las sanciones penales o disciplinarias que le podrán ser impuestas por los mismos hechos.

Finalmente señala que la norma establece una discriminación injustificada entre los servidores de las Contralorías Nacional o territoriales y los servidores de la Procuraduría, que en las mismas circunstancias -en caso de archivo del proceso disciplinario, y una posterior condena penal por los mismos hechos- no se verán afectados por la disposición acusada.

La ciudadana interviniente en el proceso, defiende la constitucionalidad de la norma, y afirma que el inciso acusado debe interpretarse en el contexto de todo el artículo 89 de la Ley 715 de 2001 y en particular en concordancia con el sexto inciso de la misma norma, que permite suspender el término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal hasta que se decida el proceso penal. Precisa que es absurdo que se exonerare de responsabilidad fiscal a una persona cuando se le comprueba su responsabilidad penal por los mismos hechos.

El representante de la Auditoría General de la República solicita que la Corte efectúe la unidad normativa, entre el inciso quinto acusado y el inciso sexto de la misma disposición, por cuanto considera que en ambos casos se supedita el ejercicio del control fiscal a las decisiones de la jurisdicción penal, al tiempo que se vulnera el debido proceso en cuanto se impone una sanción de responsabilidad fiscal sin surtir trámite alguno.

El Fiscal General de la Nación solicita por su parte la declaratoria de inexequibilidad del inciso acusado por considerarlo contrario al mandato constitucional de independencia y autonomía de los órganos de control (Arts. 113, 117 y 119 C.P.) así como a los principios de debido proceso y de proporcionalidad, en cuanto el fin buscado por la norma, esto es evitar el detrimento de las arcas del estado, se ve desbordado por los medios utilizados por el Legislador que establecen una responsabilidad de carácter objetivo totalmente proscrita en el ámbito sancionatorio.

El representante de la Contraloría General de la República coincide en la solicitud de declaratoria de inexequibilidad del mismo inciso y hace énfasis en la vulneración del debido proceso, en particular en lo relativo al desconocimiento del derecho de defensa.

El procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la inexequibilidad, tanto del inciso acusado como del sexto inciso de la misma norma, disposiciones que supeditan los fallos que se profieran en el proceso de responsabilidad fiscal a las decisiones de la justicia penal, en un claro desconocimiento de la autonomía de los órganos de control fiscal (Arts. 113, 119, y 272 C.P.).

Señala además que el inciso acusado vulnera el artículo 268 numeral 5° superior en cuanto la responsabilidad que atribuye dicho inciso al servidor del órgano de control no reúne ninguno de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal y en primer lugar, el ejercicio de una gestión fiscal.

La vista fiscal afirma que la disposición acusada establece como presunción de derecho la culpabilidad del servidor que absolvió al gestor fiscal que resulta condenado penalmente por los mismos hechos, con lo que se desconoce la presunción de inocencia (Art. 29 C.P.) y la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionatoria.

En este sentido considera que no se hace necesario estudiar el cargo por la supuesta vulneración del principio de igualdad, dado que la norma acusada desconoce de manera flagrante las demás normas a que se ha hecho referencia.

Corresponde a la Corte en consecuencia analizar si con la disposición acusada se desconocen los principios de autonomía y de independencia de los órganos de control fiscal (Arts. 113, 119, 267 y 272 C.P.), así como los principios y reglas propios de la responsabilidad fiscal (num. 5° Art. 268 C.P.).

Así mismo se deberá examinar si la disposición acusada establece una presunción de culpabilidad, que no admite prueba en contrario, y si con ello se contrariarían los principio de buena fe (Art. 83 C.P.), y de debido proceso (Art. 29 C.P.).

La Corporación debe establecer, además, si la disposición acusada genera un trato discriminatorio contrario a la Constitución para los agentes de control fiscal frente a los agentes encargados del control disciplinario.

Finalmente, la Corte habrá de determinar si es necesario o no efectuar la unidad normativa entre el inciso acusado y el sexto inciso del artículo 89 de la Ley 715 de 2001.

3. Consideraciones preliminares

Previamente la Corte considera necesario hacer algunas precisiones en relación con, (i) la autonomía de los órganos de control fiscal; (ii) los presupuestos y características de la responsabilidad fiscal, y de los procesos para establecerla, y (iii) el contenido y alcance de la disposición acusada, que resultan necesarias para el examen de los cargos planteados en la

demanda.

3.1. La autonomía de los órganos de control fiscal

De acuerdo con la estructura del Estado fijada por la Constitución de 1991 (Art. 113 C.P.), además de los órganos que integran las ramas legislativa, ejecutiva, y judicial del Poder Público, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Así, el artículo 117 constitucional señala que El Ministerio Público16 y la Contraloría General de la República son órganos de control, al tiempo que el artículo 120 Superior asigna a la organización electoral la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas17.

Tanto estos órganos autónomos como los que integran las ramas del poder público tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado18.

En este contexto, como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corporación, la autonomía y la independencia que ostentan los órganos de control es un atributo inherente a la especial condición que para ellos se establece dentro de la organización del Estado Social de Derecho.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

" El criterio de autonomía e independencia de los órganos de control respecto de los demás órganos del Estado, particularmente de aquellos que forman parte de las ramas del poder público, constituye eje fundamental de la estructura y organización del Estado de Derecho y, por ende, condición necesaria para garantizar su verdadera prevalencia. Este criterio fue asimilado por el constituyente de 1991 al disponer en el artículo 113 Superior que además de los órganos que conforman las ramas del poder público -legislativa, ejecutiva y judicial- "existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado", los cuales, a pesar de tener funciones separadas, colaboran armónicamente para la realización de sus fines. En este aspecto, la modificación introducida por la Constitución del 91 no sólo se predica de la autonomía e independencia que otorgó a ciertos

organismos del Estado, sino también, en el hecho de haberlos incluido dentro del principio de la colaboración armónica que, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, estaba limitado a las ramas del poder público" 19.

La Corte ha destacado que la autonomía que la Constitución Política otorga a determinados organismos, significa básicamente; i) no pertenencia a alguna de las ramas del Poder; ii) posibilidad de actuación por fuera de las ramas del Poder y por ende actuación funcionalmente independiente de ellas; iii) titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada20.

En consecuencia la autonomía constitucionalmente otorgada marca un límite a la acción de los órganos de las Ramas del Poder, sobre los órganos definidos constitucionalmente como autónomos.

Si bien los denominados "órganos autónomos e independientes" son órganos del Estado, según ha expresado esta Corte, la acción del legislador y la de los que forman parte de la Rama Ejecutiva se halla limitada por el núcleo esencial de autonomía, que resulta definido por los mandatos mediante los cuales la Constitución de manera explícita y en cada caso, define el ámbito de autonomía. Al respecto puede enunciarse que a mayor regulación constitucional menor será el ámbito de la regulación legal, y viceversa. Pero en todo caso, es preceptivo el respeto al núcleo esencial de autonomía que en cada supuesto aparecerá definido en función del cumplimiento de las misiones específicas encomendadas al órgano autónomo21

Ahora bien, concretamente con respecto a la autonomía de la Contraloría General de la República y de las Contralorías Territoriales a las que la Constitución asigna la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración en los términos de los artículos 119, 267, 268 y 272 constitucionales22, la Corporación ha señalado que el ejercicio del control fiscal impone, como requisito esencial, que los órganos que lo lleven a cabo sean de carácter técnico y gocen de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica.23

De manera general, la Corporación ha considerado que la autonomía que ostentan los organismos que llevan a cabo funciones de control fiscal debe ser entendida en el marco del Estado unitario (C.P., artículo 1°), lo cual significa que ésta se ejerce con arreglo a los

principios establecidos por la Constitución Política y la ley24: En este sentido la mencionada autonomía consiste, básicamente, en el establecimiento de una estructura y organización de naturaleza administrativa especializada, a la cual se le ha asignado un haz de competencias específicas que pueden ejercerse de manera autónoma e independiente, a través de órganos propios, y que dispone, al mismo tiempo, de medios personales y de recursos materiales de orden financiero y presupuestal que puede manejar, dentro de los límites de la Constitución y la ley sin la injerencia ni la intervención de otras autoridades u órganos.25

Es decir, que de acuerdo con los principios que orientan la organización del Estado colombiano, la competencia asignada a los órganos de control fiscal se ejerce de manera autónoma e independiente y sin que su ejercicio pueda ser objeto de sujeción o condicionamiento a las decisiones de cualquiera de los órganos que componen las ramas del poder público o de los demás órganos a los que la Constitución reconoce la misma autonomía.

3.2. Los presupuestos y características de la responsabilidad fiscal y de los procesos para establecerla.

Ha dicho esta Corporación que la competencia atribuida a los órganos de control fiscal se ejerce en dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos deba darse necesariamente en todos los casos26. Así, en un primer momento dichos órganos realizan el control fiscal dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal sobre los que se lleve a cabo su examen. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de un daño al patrimonio público, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal.

Dicho proceso se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de 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, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control

sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predican de las Contralorías Territoriales (Art. 272, inc. 6º C.P.).

Ahora bien, la responsabilidad fiscal que pueda establecerse en dichos procesos, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación en repetidas ocasiones a partir del examen de la Constitución y la ley27 tiene las siguientes características:

a) Necesariamente se deriva del ejercicio de una gestión fiscal. La responsabilidad fiscal de acuerdo con el numeral 5° del artículo 268 constitucional únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición. No sobra recordar en ese orden de ideas que la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1° de la Ley 610 de 200028, norma que regula actualmente la materia, bajo el entendido de que los actos que materialicen la responsabilidad fiscal comporten una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal29.

En esa ocasión la Corporación señaló, concretamente, lo siguiente :

b) Es de carácter subjetivo. Para deducirla es necesario en efecto determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. En este sentido cabe recordar que como lo señalan los artículos 4° y 5° de la ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal y que para que ella se configure debe existir un nexo causal entre dicha conducta dolosa o culposa y el daño patrimonial al Estado30. De lo cual se colige que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

c) Es patrimonial y no sancionatoria. En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. En este sentido como lo explicó esta Corporación al declarar la exequibilidad de la expresión "mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal" contenida en

el artículo 4° de la Ley 610 de 2000, el perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado, es decir, el Estado, quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido.

Cabe precisar sin embargo que "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite."31. Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante), a lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal, se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610 de 200032.

d) Es independiente y autónoma de otros tipos de responsabilidad. La responsabilidad fiscal es distinta de la responsabilidad disciplinaria o de la responsabilidad penal que pueda generarse por la comisión de los mismos hechos que se encuentran en el origen del daño causado al patrimonio del Estado, que debe ser resarcido por quien en ejercicio de gestión fiscal actúa con dolo o culpa. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque la Corte ha advertido que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de un proceso fiscal33.

Cabe hacer énfasis de manera particular en que los bienes jurídicos protegidos por cada tipo de responsabilidad son diferentes y que los objetivos perseguidos en cada caso son igualmente diversos.

En este sentido cabe recordar que contrariamente a lo que sucede en materia penal en donde la reparación de los perjuicios ocasionados al patrimonio estatal no genera la cesación de procedimiento o la absolución por la conducta punible atribuida al servidor, en cuanto lo que se censura es la vulneración del bien jurídico protegido por el derecho penal, -a saber en materia de peculado, la administración pública-, en el ámbito fiscal la acción respectiva podrá cesar si se demuestra que el daño investigado ha sido resarcido totalmente (artículo

16 de la Ley 610 de 2000)34.

e) Dicha responsabilidad se declara en un proceso de naturaleza administrativa35. En este sentido la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo36. Cabe recordar además que en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales las normas vigentes consagran el grado de consulta ante el superior funcional o jerárquico del servidor encargado de determinar la responsabilidad fiscal cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio37.

f) En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se debe respetar el debido proceso.

Como lo ha señalado la Corporación en reiteradas ocasiones en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso (artículo 29 C.P.) en coordinación con el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan las actuaciones administrativas (artículo 209 C.P.).

Al respecto, en la Sentencia SU 620/96 la Corporación señaló concretamente lo siguiente:

"En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal

(autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las actuaciones con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"38 (subrayas fuera de texto)

Sobre el particular cabe hacer énfasis en que la Ley 610 de 2000, que derogó las normas correspondientes de la Ley 42 de 1993, frente a las cuales la Corporación detectó, en su momento, importantes vacíos39, establece un régimen integral para el trámite del proceso fiscal en el que el Legislador buscó incorporar una serie de garantías a los implicados en ellos en correspondencia con el tratamiento jurisprudencial sobre la materia del que se desprende claramente, como ya se señaló, la necesidad de respetar en este caso el debido proceso40.

3.3. El contenido y alcance de la disposición acusada

El artículo 89 de la Ley 715 de 2001 "por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros", regula el seguimiento y control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones a que aluden los artículos 356 y 357 de la Constitución, modificados por el Acto Legislativo 01 de 200141.

De acuerdo con dicho artículo, para efectos de garantizar la eficiente gestión de las entidades territoriales en la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones, sin perjuicio de las actividades de control fiscal en los términos señalados en otras normas y demás controles establecidos por las disposiciones legales, los departamentos, distritos y municipios, al elaborar el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Presupuesto, programarán los recursos recibidos del Sistema General de Participaciones, cumpliendo con la destinación específica establecida para ellos y articulándolos con las estrategias, objetivos y metas de su plan de desarrollo. En dichos documentos, incluirán indicadores de resultados que permitan medir el impacto de las inversiones realizadas con estos.

Las Secretarías de Planeación Departamental, o quienes hagan sus veces, cuando detecten una presunta irregularidad en el manejo de los recursos administrados por los municipios, deberán informar a los organismos de control, para que dichas entidades realicen las investigaciones correspondientes. De acuerdo con la norma, si dichas irregularidades no son denunciadas, los funcionarios departamentales competentes serán solidariamente responsables con las autoridades municipales.

Una vez informados los organismos de control, estos deberán iniciar la indagación preliminar en un plazo máximo de 15 días, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

Cabe precisar que de acuerdo con la misma norma, el control, seguimiento y verificación del uso legal de los recursos del Sistema General de Participaciones, es responsabilidad de la Contraloría General de la República42, que para tal fin, establecerá con las Contralorías Territoriales un sistema de vigilancia especial de estos recursos.

La misma disposición señala que las funciones disciplinarias relacionadas con los servidores públicos, cuya actividad se financia con recursos del Sistema General de Participaciones, las ejercerá la Procuraduría General de la Nación o las Personerías en los términos establecidos por el régimen disciplinario.

Ahora bien, de acuerdo con el quinto inciso acusado en el presente proceso, cuando por razón de una de las denuncias a que se ha hecho referencia se origine una sentencia judicial de carácter penal, por el tipo penal que sancione la pérdida, desviación de los recursos, uso indebido de estos o hechos similares43 y la Contraloría General de la República, la Contraloría Departamental o Municipal haya exonerado de responsabilidad fiscal a los administradores de los recursos44, los funcionarios que adelantaron la investigación u ordenaron su archivo serán fiscalmente responsables de forma solidaria45 por el detrimento o desviación que dio origen a la sentencia46 y ello sin perjuicio de las sanciones penales o disciplinarias a que haya lugar. La norma precisa que en este caso, la caducidad de las acciones47 se empezará a contar desde la ejecutoria de la sentencia derivada del proceso penal.

La norma señala además en su sexto inciso que cuando se inicie un proceso penal por alguno de los hechos a que se refiere el quinto inciso sub examine, es decir por una presunta irregularidad en el manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones

administrados por los municipios, la Contraloría competente podrá suspender el proceso de responsabilidad fiscal hasta que se decida el proceso penal. En ese caso señala la norma que "la suspensión del proceso por esa circunstancia suspenderá el término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal". (subraya y resalta la Corte)

4. El análisis de los cargos

4.1. El desconocimiento de los presupuestos señalados en la Constitución y en la ley para el establecimiento de responsabilidad fiscal y la evidente vulneración de la autonomía de los órganos de control fiscal.

Como se desprende de la simple confrontación de las consideraciones preliminares de esta providencia, con el texto del inciso acusado, resulta evidente para la Corte la ausencia en este caso de los presupuestos que la Constitución y la ley exigen para el establecimiento de responsabilidad fiscal, así como la vulneración de la autonomía reconocida a la Contraloría General de la República y a las Contralorías Territoriales para el ejercicio de su función de control, como pasa a explicarse.

La ausencia del presupuesto básico exigido en la Constitución para que surja la responsabilidad fiscal, a saber, el ejercicio de gestión fiscal.

El inciso quinto del artículo 89 de la Ley 715 de 2001 acusado establece una responsabilidad fiscal de carácter solidario, para los funcionarios que hayan adelantado u ordenado el archivo de un proceso fiscal relativo a los mismos hechos que hayan llevado a la justicia penal a dictar sentencia condenatoria por el delito de peculado contra los administradores en los municipios de los recursos del Sistema General de Participaciones, con lo que atribuye responsabilidad fiscal a quienes no pueden ser sujetos de ese tipo de responsabilidad de acuerdo con la Constitución.

Basta recordar en efecto que el presupuesto primigenio señalado por el artículo 268 numeral 5° de la Constitución, para que pueda surgir dicha responsabilidad es el ejercicio de gestión fiscal48.

Por dicha gestión entiende la legislación vigente al amparo de la concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, "el conjunto de actividades económicas,

jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales"49.

Es decir que el ejercicio de gestión fiscal solamente resulta predicable respecto de los servidores públicos y particulares que manejen o administren fondos o bienes del Estado puestos a su disposición, como lo explicó la Corte en la Sentencia C-840/01 al hacer el análisis de la definición que acaba de citarse.

Ahora bien, la función que cumplen los funcionarios de la Contraloría General y de las Contralorías Departamentales, encargados de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, no encaja dentro de los supuestos de la definición invocada y mal puede en consecuencia, pretender endilgarse responsabilidad fiscal a dichos servidores en relación con la función de control que ellos cumplen, respecto de quienes si manejan o administran recursos o fondos públicos.

La tarea que cumplen los servidores encargados de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, es una función administrativa de control fiscal, que como tal está sometida tanto a los principios superiores a que alude el artículo 209 constitucional, como los artículos 267 y 268 Superiores, y a los demás controles, diferentes del control fiscal, que el ordenamiento jurídico establece para su ejercicio.

En este sentido dichos servidores podrán ser sujetos de las sanciones penales y disciplinarias que se deriven del incumplimiento de sus deberes y de la violación de la ley, de la misma manera que el Estado podrá ejercer en su contra la acción de repetición (Art. 90 C.P.) si se dan los presupuestos que para el efecto exigen la Constitución y la Ley.

Así en caso de una exoneración contraevidente, que pueda llegar a tipificar el delito de prevaricato50, dichos servidores deberán responder por su conducta y podrán ser condenados de acuerdo con el Código Penal vigente, a una pena de prisión de tres (3) a ocho

(8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

De la misma manera si de su actuación se deriva el incumplimiento de los deberes y prohibiciones señalados en el Código Disciplinario, les serán aplicables las sanciones que en él se establecen.

Así las cosas, no siendo posible endilgar responsabilidad fiscal a los servidores a que alude la norma acusada, es evidente que la norma desconoce el artículo 268-5 constitucional que señala claramente que dicha responsabilidad se deriva del ejercicio de una función fiscal, y por ese solo hecho debe ser declarada su inconstitucionalidad.

La ausencia los demás presupuestos y requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para que se establezca responsabilidad fiscal.

El inciso acusado no solamente hace fiscalmente responsable a quien no cumple gestión fiscal, sino que atribuye dicha responsabilidad, sin que se respete un debido proceso que permita establecer si los servidores encargados de adelantar el proceso de responsabilidad fiscal a que se refiere la norma obraron con dolo o culpa.

Basta que el proceso penal haya culminado con una sentencia condenatoria para los administradores de los recursos municipales del Sistema General de Participaciones, para que de manera automática, en virtud de la norma acusada, se genere la responsabilidad fiscal solidaria de los servidores que los hayan exonerado en el juicio de responsabilidad fiscal.

Es claro sin embargo como ya se explicó, que la responsabilidad fiscal se declara es en un proceso en el que se deben respetar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, en el que se demuestre que la conducta dolosa o culposa de un servidor que maneje o administre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición causó un daño patrimonial al Estado que debe resarcirse.

En este caso, de manera automática, con total desconocimiento de la presunción de inocencia y del derecho de defensa de los implicados y bajo el solo acaecimiento de un

supuesto fáctico generado por fuera de un proceso de responsabilidad fiscal, se hace fiscalmente responsable de manera solidaria a unos servidores que no tenían bajo su responsabilidad el manejo de recursos públicos.

Cabe recordar que en este caso no puede predicarse, como lo recuerda el señor Procurador, la existencia de un nexo causal entre el daño patrimonial causado al Estado, ocasionado por quien fue exonerado en el proceso fiscal, y la decisión del funcionario encargado de adelantar el proceso fiscal, pues el causante del perjuicio al Estado, en relación con el cual se establece la responsabilidad solidaria a que alude la norma, fue el servidor o el particular absuelto fiscalmente y no quien lo investigó.

Resulta evidente además que el legislador en este caso no tomó en cuenta al expedir la norma acusada que en la medida en que la acción penal y la acción fiscal responden a objetivos diferentes y que los bienes jurídicos protegidos en cada caso son distintos, bien puede suceder que ante los mismos hechos, el resultado en cada caso de los procesos que se inicien sea diferente, sin que, como lo recuerda acertadamente el Señor Fiscal General de la Nación, ello signifique la vulneración de la ley o que se pueda presumir que los responsables de cada proceso hayan obrado en contra de la misma.

La vulneración de la autonomía reconocida a la Contraloría General de la República y a las Contralorías Territoriales para el ejercicio de su función de control.

Ahora bien, la norma acusada no solamente desconoce los presupuestos establecidos en la Constitución y en la ley para el establecimiento de la responsabilidad fiscal, sino que supedita el ejercicio de la función encargada a la Contraloría General de la Republica y a las Contralorías Territoriales a las decisiones que adopten los jueces penales en este caso, lo que conlleva necesariamente la vulneración de las normas constitucionales que establecen la autonomía e independencia del Control Fiscal (Art. 113, 119, 267, 272 C.P.)

En efecto, de la norma acusada se desprende que a partir de su vigencia, las decisiones adoptadas por la Contraloría General de la República o por las Contralorías Territoriales mediante las cuales se ordene el archivo de una indagación preliminar o se profiera una fallo sin responsabilidad fiscal respecto de hechos objeto de indagación o juicio fiscal que puedan llegar a configurar el delito de peculado por la perdida, desviación o uso indebido de los recursos pertenecientes al sistema General de Participaciones que administren los

municipios, solo podrán considerarse ajustadas a derecho, si el juez penal absuelve al implicado en el proceso penal respectivo.

En caso de que el juez penal profiera sentencia condenatoria, el funcionario que exoneró de responsabilidad al administrador de los recursos, será fiscalmente responsable de forma solidaria por el perjuicio que dicho administrador haya causado al patrimonio del Estado.

Y ello, independientemente de las razones que hayan llevado al servidor responsable de adelantar la investigación o el proceso fiscal, a archivar la indagación preliminar o a proferir el fallo sin responsabilidad fiscal, dentro de las que bien puede figurar por ejemplo cualquiera de las causales de cesación de la acción fiscal, a que se refiere el artículo 16 de la Ley 610 de 200051.

Esta circunstancia, sin lugar a dudas, implica la imposibilidad para los servidores de la Contraloría General de la República o de las Contralorías Territoriales de adelantar la investigación o el correspondiente juicio fiscal de manera autónoma e independiente, así como de aplicar las normas propias del control fiscal con la serenidad e imparcialidad que exige su función, por cuanto sobre ellos penderá la posibilidad de verse endilgada una responsabilidad fiscal, a partir de la decisión que se adopte en el proceso penal que haya podido iniciarse por los mismos hechos, independientemente de la valoración que desde la perspectiva propia a su tarea de control fiscal pueda hacerse respecto de los mismos, o de las decisiones que las normas que regulan la indagación preliminar o el juicio fiscal les permitan adoptar.

Se vulnera así, el núcleo esencial de la autonomía reconocida por la Constitución y la Ley a los órganos de control fiscal. La actuación a su cargo no podrá ser en efecto, funcionalmente independiente52 de las decisiones que lleguen a adoptarse por el juez penal.

4.2 Unidad normativa

Tanto el representante de la Auditoría General de la República como el Señor Procurados General, solicitan a esta Corporación efectuar la unidad normativa entre los incisos quinto y sexto del artículo 89 sub examine, en consideración a que este ultimo inciso, si bien no fue objeto de acusación por parte del actor en la demanda, se encuentra viciado de inconstitucionalidad por las mismas razones que los llevan a solicitar la declaratoria de

inexequibilidad de la disposición invocada por el actor.

La Corte accederá a esta petición en consideración a que dicho inciso53 tiene como fundamento la misma limitación de la autonomía del control fiscal que ha llevado a la Corporación a declarar la inexequibilidad del inciso acusado en el presente proceso. En efecto, como señala el concepto del Ministerio Público el sentido de la sentencia penal no habrá de determinar la forma como debe resolverse el proceso fiscal cuyo objetivo dista del pretendido por el sistema penal.

Por ello, la previsión que trae el sexto inciso del artículo 89 de la ley en análisis, en el sentido de que se pueda suspender el proceso de responsabilidad fiscal hasta cuando se decida el proceso penal y para que se suspenda el término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal, por esta circunstancia vulnera de manera clara la independencia y la autonomía de los órganos de control fiscal reconocida en forma explícita por la Constitución, pues supedita las actuaciones y decisiones de tales órganos a la circunstancia de que se inicie un proceso penal por alguno de los hechos señalados en el inciso quinto del mismo artículo, es decir, por la pérdida, desviación de los recursos, uso indebido de éstos o hechos similares.

En consecuencia, la Corte atendiendo la reiterada jurisprudencia en este campo54 declarará igualmente la inexequibilidad del sexto inciso del artículo 89 de la Ley 715 de 2001.

Ahora bien, la Corte debe finalmente reiterar, que las conclusiones a que ha llegado en torno de las disposiciones objeto de su análisis en nada impiden que el correspondiente juez penal, dentro de la órbita de su competencia ordene, como es su deber, que se adelanten las investigaciones pertinentes cuando encuentre que los funcionarios de control fiscal en el ejercicio de sus propias funciones, hayan podido incurrir en violación de la ley penal.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E

Declarar INEXEQUIBLES el quinto y el sexto incisos del artículo 89 de la Ley 715 de 2001 “por

la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-832/02

Aún cuando comparto la decisión de inexequibilidad del artículo 89 incisos 5º y 6º de la Ley 715 de 2001, aclaro mi voto para reiterar que, tal como lo expresé en el salvamento de voto a la Sentencias C-617 y C-618 de 2001, a mi juicio la mencionada Ley, en su integridad es inexequible por las razones expresadas en los salvamentos de voto mencionados.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Aclaración de voto a la Sentencia C-832/02

Referencia: Expediente D-3989

Acción pública de inconstitucionalidad del inciso 5º del artículo 89 de la Ley 715 de 2001 "por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Aún cuando comparto las decisiones contenidas en la parte resolutiva de la sentencia en mención, sobre la exequibilidad de los artículos 18 y 38 de la Ley 715 de 2001 y sobre la inexequibilidad de la expresión "a más tardar el 1º de febrero de 2002" de este último, aclaro mi voto para reiterar que, tal como lo expresé en el salvamento de voto a las sentencias C-617 y C-618 de 2002, a mi juicio la mencionada Ley, en su integridad es inexequible por las razones consignadas en los salvamentos de voto mencionados.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

1 Principios constitucionales que, señala han sido desarrollados por el Legislador en leyes como la Ley 42 de 1993, que en el parágrafo del artículo 81 ratificó su autonomía de la justicia penal y disciplinaria y la Ley 610 modificatoria de la anterior, en donde se ratificó tal posición. De igual manera afirma que esta Corporación en la sentencia Su-620 de 1996 del Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, señaló que la responsabilidad fiscal: "[e]s, por tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión por los mismos hechos"

2 Al respecto señala que esta Corporación en la sentencia T-469 del 17 de julio de 1992 señaló que " la buena fe de considera como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y, por consiguiente, como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos atenuante de la misma".

3 Sentencia C-840 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

4 Con el propósito de definir el concepto del derecho al debido proceso, transcribe apartes de la sentencia C-214 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

5 Sentencia C-150 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.

7 Transcribe para el efecto apartes de la sentencia C-690 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-620 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en las que se señala que la responsabilidad objetiva es incompatible con el principio de la dignidad humana y con el principio de culpabilidad.

8 Sentencia C-189 del 6 de mayo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

9 Sentencias C-046 de 1994, M.P.Eduardo Cifuentes Muñoz, C-540 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara y SU-620 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

10 Para fundamentar su afirmación, fundamenta su tesis en las exposiciones hechas respecto

al tema por el profesor Carnelutti.

11 Sentencia Su-620 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

12 Para sustentar su argumentación transcribe apartes de la definición de gestión fiscal que trae el artículo 3° de la Ley 610 de 2000.

13 Sentencia C-840 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

14 Sostiene que la constitución en parte civil dentro del proceso penal por parte del Estado obedece a una obligación determinada en el artículo 36 de la Ley 19º de 1995 y en el artículo 65 de la Ley 610 de 2000.

15 Principio establecido en el artículo 29 constitucional y precisado por esta Corporación en las sentencias SU-620 de 1996, M.P., doctor Antonio Barrera Carbonell y C-840 de 2001, M.P., doctor Jaime Araujo Rentería.

16 ARTICULO 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

17 ARTICULO 120. La organización electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral, por la Registraduría Nacional del Estado Civil y por los demás organismos que establezca la ley. Tiene a su cargo la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas

18 Es copiosa la jurisprudencia de la Corporación sobre la materia de la autonomía que con diversas proyecciones otorga la Constitución a organismos estatales, ya sea en función de la protección de colectividades territoriales (autonomía de las entidades territoriales, régimen especial de las denominadas corporaciones autónomas regionales) o del desarrollo de las funciones encomendadas (autonomía de los organismos de control, de los organismos de regulación- Banco de la República, organismo de televisión, autonomía de la organización electoral), o de comunidades específicas y del servicio a ellas encomendado (autonomía

universitaria) Ver Sentencia C-401/01 y C- 409/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis

19Sentencia C-178 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

20 Cfr. entre otras, sentencias C-189 de 1998 M.P., Alejandro Martínez Caballero; C-167 de 1995 M.P., Fabio Morón Díaz; C-373 de 1997 Fabio Morón Díaz.

21 Sentencia C-401/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis . En el mismo sentido ver la Sentencia C-402/01 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

22 ARTICULO 267. 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.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

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.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la Ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos.

ARTICULO 268. El Contralor General de la Republica tendrá las siguientes atribuciones:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

2. 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.

3. Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales.

4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

5. 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.

6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos

naturales y del ambiente.

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.

10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho.

11. Presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.

12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.

13. Las demás que señale la ley.

Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General.

ARTICULO 272. 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 municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las

respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

23 SC-132/93 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); SC-374/95 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SC-534/93 (MP. Fabio Morón Díaz); SC-167/95 (MP. Fabio Morón Díaz); SC-586/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo); SC-100/96 (MP. Alejandro Martínez Caballero); SC-272/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

24 Ver al respecto entre otras las sentencias C-189/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C-499 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., C-401 y 409/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis , C- 1148/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

25 SC-272/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

26 Ver Sentencia C-840/01 M.P. Jaime Araujo Rentería.

27 Ver al respecto las Sentencias SU- 620/96 M.P. Antonio Barrera Carbonell , C-635/00 M.P. Alvaro Tafur Galvis y C-840/01 M.P. Jaime Araujo Rentería

28 Artículo 1. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."

29 Sentencia C-840/01 M.P. Jaime Araujo Rentería

30 Artículo 5°. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

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

– Un daño patrimonial al Estado.

– Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

31 Sentencia C-197 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell

32 Ver Sentencia C-840/01 M.P. Jaime Araujo Rentería.

34 Artículo 16. Cesación de la acción fiscal. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente. (subrayas fuera de texto)

35 Ciertamente, la Corte ha entendido que los órganos de control llevan a cabo una administración pasiva que consiste en la verificación de la legalidad, eficacia y eficiencia de la gestión de la administración activa, esto es, aquella que es esencial y propia de la rama ejecutiva, aunque no exclusiva de ella, pues los otros órganos del Estado también deben adelantar actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines. En este sentido, "la atribución de carácter administrativo a una tarea de control de la Contraloría no convierte a esa entidad en un órgano de administración activa, puesto que tal definición tiene como único efecto permitir la impugnación de esa actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (…) Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la administración activa." Sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también Op Cit. SU 620 de 1996, C-540 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara

36 Sobre el particular ver el análisis efectuado e la Sentencia C-557/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver igualmente la Sentencia T-1159/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

37 Artículo 18. Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

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

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

38 Sentencia SU-620 de 1996; M.P. Antonio Barrera Carbonell. En el mismo sentido ver las Sentencias C-557/01 M.P. Manuel José Cepeda espinosa, C-619/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C- 840/01 M.P. Jaime Araujo Rentería.

39 En efecto, como se recordó en la Sentencia C-557/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte indicó que el presunto responsable dentro de un proceso fiscal no contaba con todas las garantías para poder ejercer su derecho de defensa y se echó de menos la expedición, por parte del legislador, de una regulación integral sobre la materia. En este sentido en diferentes decisiones señaló que en los procesos fiscales era necesario asegurar la participación de los imputados en la etapa de investigación (lo cual no estaba contemplado en la ley) para que éstos pudieran ejercer su derecho de defensa y, por esta vía, garantizar la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa; así mismo sostuvo que el derecho de defensa en los procesos por responsabilidad fiscal debe garantizarse en cada una de las etapas del trámite, en forma unitaria, continua y permanente, es decir, tanto en la investigación como en el juicio fiscal. A su vez, esta Corporación también ha señalado que, aunque los artículos que regulaban el proceso de responsabilidad fiscal de la Ley 42 de 1993 no lo ordenaran expresamente, era forzoso notificar al presunto responsable el auto de apertura de investigación; además, estableció que en razón a que la precitada ley no regulaba en forma directa la caducidad de la acción fiscal, ni fijaba el término de duración del juicio fiscal, era necesario remitirse a las normas del Código Contencioso Administrativo para llenar dichos vacíos, como lo señalaba el artículo 89 de la ley. Ver Sentencias SU-620 de 1996; M.P. Antonio Barrera Carbonell., T-973 de 1999; M.P. Alvaro Tafur Galvis y Sentencia C-635 de 2000;M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-540 de 1997; M.P. Hernando Herrera Vergara.

40 El proceso de responsabilidad fiscal previsto en la ley 610 de 2000 presenta las siguientes etapas y características resumidas por esta Corporación en la Sentencia C-477/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra en los siguientes términos:

«a. El proceso puede iniciarse de oficio por las propias contralorías, a solicitud de las entidades vigiladas, o por denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, especialmente por las veedurías ciudadanas. (Artículo 9°).

b. Antes de abrirse formalmente el proceso, si no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por el término de seis (6) meses, al cabo de los cuales procederá el archivo de las diligencia o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 39).

c. Cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Articulo 40). Una vez abierto el proceso, en cualquier momento podrán decretarse medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables. (Artículo 12)

d. En el auto de apertura del proceso, entre otros asuntos, deberán identificarse la entidad afectada y los presuntos responsables, y determinarse el daño patrimonial y la estimación de su cuantía. Dicho auto, además, debe contener el decreto de las pruebas que se estimen conducentes y pertinentes, el decreto de las medidas cautelares que deberán practicarse antes de la notificación, y la orden de practicar después de ellas, la notificación respectiva. (Artículo 41)

e. Como garantía de la defensa del implicado, el artículo 42 prescribe que quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal en su contra, antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, tiene el derecho de solicitar que se le reciba exposición libre y espontánea. De todas maneras, no puede proferirse el referido auto de imputación, si el presunto responsable no ha sido previamente escuchado.

f. Si el imputado no puede ser localizado o si citado no comparece, se le debe nombrar un apoderado de oficio con quien se continúa el trámite. (Artículo 43).

g. El término para adelantar estas diligencias es de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal. Notificado a los presuntos responsables el auto de imputación, se les correrá traslado por el término de diez (10) días a fin de que presenten los argumentos de su defensa, y soliciten y aporten las pruebas que pretendan hacer valer. (Artículos 45 a 50).

h. Vencido el término del traslado anterior, se debe dictar el auto que decrete las pruebas solicitadas, o las que de oficio se encuentren conducentes y pertinentes. El término probatorio no podrá ser superior a treinta (30) días; contra el auto que rechace pruebas proceden los recursos de reposición y apelación. (Artículo 51).

i. De conformidad con lo prescrito por el artículo 52, «vencido el término del traslado, y

practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, llamada fallo, con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días.

j. En los términos del artículo 55, 'la providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra ella proceden los recursos allí señalados (…)»

41 ARTICULO 356. Modificado. Acto legislativo 01 de 2001 Art.2

Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.

Los Distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del Sistema General de Participaciones que establezca la ley.

Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena.

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándole prioridad al servicio de salud y los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, garantizando la prestación de los servicios y la ampliación de cobertura.

Teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios.

La ley reglamentará los criterios de distribución del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, de acuerdo con las competencias que le asigne a cada una de estas entidades; y contendrá las disposiciones necesarias para poner en

operación el Sistema General de Participaciones de éstas, incorporando principios sobre distribución que tengan en cuenta los siguientes criterios:

a) Para educación y salud: población atendida y por atender, reparto entre población urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y equidad;

b) Para otros sectores: población, reparto entre población y urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y pobreza relativa.

No se podrán descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios se distribuirán por sectores que defina la ley.

El monto de recursos que se asigne para los sectores de salud y educación, no podrá ser inferior al que se transfería a la expedición del presente acto legislativo a cada uno de estos sectores.(…)

ARTICULO 357. Modificado. Acto Legislativo 01 de 2001 Art.3

El monto del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios se incrementará anualmente en un porcentaje igual al promedio de la variación porcentual que hayan tenido los ingresos Corrientes de la Nación durante los cuatro (4) años anteriores, incluida la correspondiente al aforo del presupuesto en ejecución.

Para efectos del cálculo de la variación de los ingresos corrientes de la Nación a que se refiere el inciso anterior, estarán excluidos los tributos que se arbitren por medidas de estados de excepción, salvo que el Congreso, durante el año siguiente les otorgue el carácter permanente.

Los municipios clasificados en las categorías cuarta, quinta y sexta, de conformidad con las normas vigentes, podrán destinar libremente, para inversión y otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho (28%) de los recursos que perciban por concepto del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios, exceptuando los recursos que se destinen para educación y salud.(…)

42 La norma de manera imprecisa se refiere a la Contraloría General de la Nación.

43 Ha de entenderse que la norma se refiere a los tipos penales de peculado por apropiación, uso, aplicación oficial diferente y peculado culposo que tipifican los artículos 397,398,399 y 400 del Código Penal.

44 Ha de entenderse de los recursos del Sistema General de Participaciones que administran los municipios.

45 Responsabilidad fiscal que ha de entenderse establecida ipso jure por la norma sub examine pues en caso de poder iniciarse un proceso fiscal en contra de dichos servidores el resultado del mismo no podría ser otro que la condena a dicha responsabilidad fiscal solidaria.

46 Es decir, por la pérdida, desviación o uso indebido de los recursos del sistema general de participaciones a cargo de los servidores que fueron exonerados en el proceso fiscal.

47 Ha de entenderse penales y disciplinarias, contra los funcionarios que adelantaron la investigación fiscal u ordenaron su archivo, pero también fiscal, en la medida en que la norma establece que en este caso tal responsabilidad podrá endilgarse a los servidores de la Contraloría General de la República o de las Contralorías territoriales encargados de adelantar la investigación o de preliminar o el juicio fiscal correspondiente.

48 “ARTICULO 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(…)

49 Artículo 3 de la Ley 610 de 2000

50 Código Penal ART. 413.-Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

51 Artículo 16. Cesación de la acción fiscal. En cualquier estado de la indagación preliminar o

del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

52 Ver Sentencia C-401/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis

53 “Cuando se inicie un proceso penal por alguno de los hechos señalados en el inciso anterior, la contraloría competente podrá suspender el proceso de responsabilidad fiscal hasta que se decida el proceso penal. La suspensión del proceso por esa circunstancia suspenderá el término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal”.

54Sentencia C-320/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero