

**EL JUICIO FISCAL: ALCANCE Y ARREGLOS INSTITUCIONALES**

**DIANA DEL PILAR LEIVA BISBICUTH**

**TUTOR: MARCOS MATÍAS FERNANDO PABLO**

**VISTO BUENO TUTOR:**

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

**ESPAÑA**

**2017**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA TESIS.....</b>	<b>9</b>
<b>I. BREVE DESCRIPCIÓN DE MODELOS DE ENTIDADES FISCALIZADORAS Y DE JURISDICCIÓN CONTABLE.....</b>	<b>21</b>
<b>II. JURISDICCIÓN CONTABLE Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA.....</b>	<b>24</b>
1 Concepto y ámbito de la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas.....	24
2 Características la función jurisdiccional .....	29
3 Extensión objetiva y subjetiva de la jurisdicción contable.....	36
4 Relación de causalidad de la responsabilidad contable.....	40
5 Naturaleza del daño.....	42
6 Responsabilidad directa y subsidiaria y exoneración de responsabilidad.....	45
7 La responsabilidad directa.....	48
8 La responsabilidad subsidiaria.....	48
9 Exoneración de responsabilidades.....	51
10 Responsabilidad directa y responsabilidad subsidiaria.....	54
11 Acciones y actuaciones administrativas que dan inicio al proceso.....	62
11.1.1 Función fiscalizadora.....	62
11.1.2 Denuncias.....	62
11.1.3 Acción Pública.....	63
12 Responsabilidad por vía administrativa y judicial.....	68
12.1 Vía administrativa.....	68
12.2 Vía judicial .....	72
12.2.1 El Proceso de enjuiciamiento contable .....	73
12.2.2 Procedimiento del juicio de cuentas .....	75
12.2.3 Proceso de reintegro por alcance .....	77
12.2.4 Los expedientes de cancelación de fianzas.....	82
12.2.5 Terminación de procedimientos.....	84
12.2.6 Recursos.....	87
12.2.7 Ejecución de sentencias.....	92
<b>III. CONTROL FISCAL Y RESPONSABILIDAD FISCAL EN COLOMBIA.....</b>	<b>100</b>
1. Antecedentes históricos del control fiscal en Colombia.....	100

2. El ámbito del control fiscal en la Constitución Política.....	104
3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.....	108
4. El proceso de responsabilidad fiscal.....	111
5. Daño patrimonial al Estado.....	120
6. Connotación de la gestión fiscal en la configuración del daño.....	124
7. Indemnización de perjuicios en proceso de responsabilidad fiscal.....	128
7.1 Concepto de uso indebido.....	132
8. Grado de culpabilidad.....	136
9. El fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes.....	141
10. Medidas cautelares.....	144
10.1 Medidas cautelares y proceso de responsabilidad fiscal.....	145
11. La responsabilidad fiscal. Naturaleza jurídica y alcance.....	147
<b>IV. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO Y ACCIONES QUE DERIVAN DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO.....</b>	<b>155</b>
1. La acción de repetición en Colombia. Naturaleza Jurídica y alcance.....	156
1.1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	160
2. La acción de regreso en España.....	168
3. Conclusiones preliminares.....	183
<b>V. CONSIDERACIONES SOBRE LA CULPABILIDAD EN LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CONTABLE Y RESPONSABILIDAD FISCAL.....</b>	<b>185</b>
1. Respecto del dolo o culpa grave y la inaplicabilidad de la culpa leve.....	185
1.1 Análisis desde la naturaleza y vinculo jurídico del gestor fiscal –Teoría del contrato.....	185
1.2 La responsabilidad fiscal y su relación con acciones contenciosas administrativas que comprometen el patrimonio del Estado desde el análisis de la culpa -Acción de reparación directa- acción de nulidad y restablecimiento del derecho.....	200
1.2.1 Acción de reparación directa del Estado.....	200
1.2.2 Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.....	203
1.3 Consideraciones del Proceso de responsabilidad fiscal como proceso administrativo sancionatorio.....	204
1.4 Naturaleza de los actos que derivan disposición de recursos públicos y el deber de planeación y previsión.....	211
<b>VI. SUJETO DE RESPONSABILIDAD CONTABLE Y FISCAL Y LA NATURALEZA DE LOS RECURSOS PÚBLICOS.....</b>	<b>217</b>
1. Gestor público de fondos y recursos.....	219
1.1 Gestor Contable .....	219
1.2 Gestor fiscal.....	232
1.3 Legitimación por pasiva.....	233

1.4 Condición del gestor como sujeto de obligaciones y derechos.....	235
1.5 Responsabilidad directa y subsidiaria.....	236
1.6 Calidad del agente o gestor contable.....	245
2. Naturaleza de recursos públicos-Determinación del daño.....	256
2.1 Alcance de la determinación de créditos incobrables en la Hacienda Pública.....	257
2.2 Determinación del daño.....	262
2.3 Daño patrimonial en dineros que no han ingresado a los caudales públicos.....	265
2.4 No responsabilidad por el registro inadecuado de la información presupuestal y financiera.....	269
3. Perspectiva de la naturaleza del gestor fiscal y del daño en Colombia.....	272
3.1 Contratistas y participantes como responsables fiscales .....	272
3.2 Calidad de gestores fiscales .....	274
3.3 Contrato de Interventoría: Responsabilidad fiscal con dolo en la celebración de dos contratos con el mismo objeto dolo.....	277
3.4 No exclusión de responsabilidad fiscal en representante de entidad territorial por funciones de subalternos u otras entidades.....	279
3.5 Contrato mutuo en títulos de ahorro educativo constituyen patrimonio constitutivo de fondo público al no tener carácter de depósito.....	280
4. Análisis del aporte sustantivo y jurisprudencial a la determinación de la responsabilidad contable y fiscal.....	283

**VII. CONSIDERACIONES SOBRE LAS FACULTADES JURISDICCIONALES Y SU ORBITA DE COMPETENCIA.....286**

1. Sobre la viabilidad de aplicar funciones jurisdiccionales.....	286
1.1 Independencia de decisión y especialidad.....	292
1.2 Actuaciones administrativas en España.....	294
1.3 Funciones de supervisión de los requisitos de calidad en las actuaciones administrativas.....	296
1.4 Consideración preliminar.....	297
2. Revisión de actos administrativos y el Tribunal de Cuentas.....	298
2.1 Ámbito de competencia funcional del Tribunal de Cuentas.....	299
2.2 Jurisprudencia sobre la improcedencia de revisión de actos administrativos por el Tribunal de Cuentas.....	304
2.3 Análisis al respecto de la posición jurisprudencial sobre la revisión de actos administrativos y la responsabilidad contable.....	334

**VIII. OTROS ASPECTOS QUE INTEGRAN EL ALCANCE DE LA GESTIÓN FISCAL.....340**

1. Sobre la Acción de regreso y acción de responsabilidad contable.....	340
2. Respecto de la revisión de actos administrativos.....	347

2.1	Determinación de posibles criterios para el conocimiento directo de actos administrativos por el Tribunal de Cuenta.....	349
2.2	Revisión de los actos administrativos de la administración, título ejecutivo de responsabilidad patrimonial y Enriquecimiento sin justa causa.....	364
3.	Culpabilidad leve y Responsabilidad subsidiaria de gestores de fondos públicos.....	381
3.1	Justificación desde el aseguramiento patrimonial del Estado.....	381
3.2	Aminoramiento de consecuencias derivadas de la actividad de aseguramiento del Estado.....	385
3.3	Políticas de prevención y planeación, políticas de calidad.....	390
3.4	Vinculación del tercero responsable y medidas efectivas de aseguramiento de bienes.....	398
3.5	Medidas integrales a la sanción del responsable contable y fiscal.....	404
3.5.1	Sanción disciplinaria.....	404
4	Teoría de la agencia, el juez fiscal y el diseño institucional.....	411
4.1	Sobre la ocurrencia del daño en las políticas públicas.....	411
	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>436</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>454</b>

## INTRODUCCIÓN

Los recursos públicos constituyen uno de los intereses que desde la antigüedad, se ha buscado proteger en las distintas sociedades, la custodia y debida administración del erario público se ha convertido en uno de los fines principales del Estado moderno, pues de ello se deriva la maximización del beneficio común y adecuada satisfacción de las necesidades y políticas públicas de los administrados.

Ante problemas estructurales los Estados han optado por desarrollar arreglos institucionales o reformas administrativas. El Estado colombiano a través de la ley 489 de 1998 realizó la más reciente reforma a la Estructura del Estado, definiendo las funciones y competencias de los órganos y entidades a nivel nacional y descentralizado. En 2001 se reforma la Ley con la que venía sancionando el Juicio Fiscal y se crea la Ley de Responsabilidad Fiscal, con la finalidad de mejorar los mecanismos y procedimientos para el resarcimiento del daño patrimonial al Estado. En 2004 se crean otra serie de leyes estructurales; la norma de Carrera Administrativa del Estado y el nuevo Código de Procedimiento Penal, finalmente, a efectos de este recuento normativo se encuentra que en 2011 se sanciona e implementa de la ley 1479 de 2011, denominado el Estatuto Anticorrupción.

Como puede observarse, se han creado en los últimos años en Colombia leyes estructurales que han procurado mejorar la gestión administrativa del Estado, así como, prevenir o detectar las riesgos que pudieran generar corrupción y establecer mejoras institucionales para la sanción de los delitos y conductas dirigidas a corregir la inadecuada gestión de los recursos públicos, así como, obtener el restablecimiento del daño mediante criterios más técnicos y razonables.

Sin embargo el Estado continúa presentando fallas y gestión ineficiente, se presentan en muchos eventos gestión antieconómica del Estado, brechas de inequidad económica en muchas regiones y zonas del país, estos problemas se han venido diagnosticando por los

entes de control, así como, a través de evaluaciones de control realizadas por el mismo poder ejecutivo y conceptos de organismos internaciones como la OCDE, la CEPAL y otros.

La *teoría de la agencia*, así como, la teoría de los *stakeholders*, son figuras que se han utilizado para medir la gestión de sector privado, los mercados y ha tornado un giro de análisis para identificar el modelo de gestión hacia el sector público. En este último aspecto, desde el punto de vista de los *agentes o gobernantes* y de los *principales o gobernados*, se han generado conceptos con los cuales se ha avanzado en el ejercicio de definir los criterios o expectativas que desde la Teoría en mención, pueda apoyar la comprensión de las reglas o criterios de la evaluación del desempeño de los agentes por parte de los principales o ciudadanos y definir de esta forma la expectativa de gestión que tienen estos sobre los agentes que administran o definen las políticas para el Estado. De hecho, aunque no es muy utilizada, figuras como la revocatoria electoral abre el escenario de discusión de revocatoria del mandato a gobernantes que incumplen su plan de gobierno, el ejercicio democrático se apoya además en conceptos como la *accountability o rendición de cuentas a la ciudadanía*, participación ciudadana y otros mecanismos de control democrático que sin desconocer el *concepto de buena fe*, la *confianza legítima* que se debe tener en el ejercicio del poder administrativo o ejecutivo, genera un escenario de mayor transparencia y legitimidad por parte de los ciudadanos.

Los organismos de control, hacen parte de este ejercicio o finalidad de moralización y transparencia del Estado. En tal sentido, las Instituciones de Fiscalización Superior vigilan y hacen seguimiento y control a la debida administración, disposición y custodia de los bienes y recursos públicos. En algunos de estos organismos, se encuentran facultades jurisdiccionales en virtud de las cuales pueden sancionar las infracciones cometidas con ocasión a la administración de recursos públicos, y que causan daño patrimonial al estado.

En tal sentido, las prerrogativas y disposiciones legales con las que cuentan los diferentes países para la determinación de responsabilidad fiscal o contable, como deba denominarse de acuerdo a la legislación aplicable, son herramientas fundamentales para el efectivo resarcimiento al daño patrimonial ocasionado al Estado,

que es en definitiva, lo que se persigue mediante este tipo de procesos.

La ley que regula los aspectos relativos a la sanción de la responsabilidad del daño patrimonial al Estado, debe contar con la mayor suficiencia posible de elementos sustantivos y procesales que hagan efectivo el resarcimiento del daño, de acuerdo a las condiciones innatas y naturales que suponen la administración de los dineros públicos, identificando las debilidades y riesgos de la labor contable y fiscal, así como el grado de diligencia con el que deben obrar los servidores o particulares que tengan bajo su responsabilidad la administración de recursos del estado, siempre observando en el enjuiciamiento de estas conductas el debido proceso y los principios fundamentales del Estado de Derecho.

En este orden de ideas, puede decirse entonces que la tesis, abordara el análisis del mecanismo judicial dirigido al restablecimiento y resarcimiento del daño al patrimonio y erario público, entre tanto la finalidad o la expectativa que persigue, es la defensa del uso racional y eficiente del patrimonio público que es uno de los principales elementos que permiten, junto a otros factores de adecuada, gobernanza el cumplimiento del interés y bienestar general de los asociados. Con este propósito se analizaran los aspectos que comprenden el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia y se tomara como referente el análisis del proceso de jurisdicción contable de España, considerando que en pasadas propuestas o reformas al control fiscal en Colombia se ha tomados como referentes internacionales el caso del Tribunal de Cuentas de España. Este análisis se realizara valorando los elementos que relacionan su gestión a expectativas en términos de la *teoría de la agencia* y *principio de buena fe* y *confianza legítima* en esta delegación de funciones que se otorga a los miembros del poder judicial, de forma armónica con la *independencia judicial*, como principio que caracteriza el juicio y razonabilidad de las actuaciones de los operadores jurídicos del Estado.

En este mismo sentido, el tema bajo estudio de esta tesis doctoral, radicara también en el análisis del grado de culpabilidad que exige la ley para establecer la existencia de responsabilidad en los daños patrimoniales al estado, así como la valoración de



aspectos sustantivos y procesales que permitan mejoras en términos de eficacia y eficiencia en el trámite de esta clase de procesos. Y finalmente el tema pretende abordarse, a través de la descripción del contexto legal del juicio de responsabilidad fiscal, así como del enjuiciamiento contable, y la diferenciación conceptual que tiene el proceso de responsabilidad fiscal respecto de otros procesos o acciones que deriven responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, y valorar así, la posibilidad de aplicación de alternativas de mejora regulatoria o *arreglos o diseños institucionales* para el Estado.

## PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACION DE LA TESIS

A través del presente trabajo doctoral, se pretende valorar aspectos sustantivos, procesales y criterios conceptuales y teóricos que permitan mejoras jurídicas y administrativas en términos de eficacia y eficiencia, en el trámite de procesos conducentes a establecer la existencia de responsabilidad en quienes incurren en daño patrimonial al Estado.

El tema se abordara, como se ha mencionado, a través de la descripción del contexto legal del juicio de responsabilidad fiscal, así como del enjuiciamiento contable, y la diferenciación conceptual que tiene el proceso de responsabilidad fiscal respecto de otros procesos o acciones que deriven responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, y valorar así, la posibilidad de aplicación de alternativas de mejora regulatoria

Como planteamientos concretos, se encuentran: 1. Analizar el alcance del grado de culpabilidad que se exige para determinar la existencia de responsabilidad y su relación con los principios *buena fe* y *confianza legítima* 2. Evaluar la viabilidad de aplicación de facultades jurisdiccionales en órganos administrativos que profieren en sanciones 3. Valorar la necesidad de delimitación de la conducta generadora del daño fiscal, así como el control de vicios procesales. 4. Analizar los postulados o criterios de la teoría de la agencia, en los procesos de resarcimiento del daño, a los que se denominara en *juicios o procesos fiscales*.

### CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PATRIMONIALES AL ESTADO

La gestión fiscal, es entendida en la ley 610 de 2000 del Estado colombiano como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas tendientes a la disposición

de bienes y dineros públicos, e incurren en responsabilidad fiscal quienes den lugar por acción u omisión a una indebida administración de estos recursos, mediante una conducta dolosa o gravemente culposa que haya generado de manera cierta y efectiva daño patrimonial al Estado.

La legislación de algunos países europeos -España, Francia, Italia- entiende la responsabilidad contable como la derivada de una conducta dolosa o gravemente culposa, que genera infracción a las normas contables y presupuestales del país, así como a aquellas actividades que involucren destinación de dineros públicos, entiéndanse como tales, subvenciones, contratos.

Si bien la orientación de las conductas sancionables, en la legislación de estos países está encaminada a aquellas infracciones en el comportamiento y registro financiero de los dineros públicos, recogen también, el propósito del resarcimiento del daño patrimonial ocasionado por la pérdida, disminución y desmejora de los recursos públicos.

En tal sentido, las prerrogativas y disposiciones legales con las que cuentan los diferentes países para la determinación de responsabilidad fiscal o contable, como deba denominarse de acuerdo a la legislación aplicable, son herramientas fundamentales para el efectivo resarcimiento al daño patrimonial ocasionado al Estado, que es en definitiva, lo que se persigue mediante este tipo de procesos.

La ley debe responder a las necesidades y al contexto socioeconómico, cultural y político del que hacen parte, debe ser coherente con el fin último que persigue en beneficio de todos, debe renovarse, modificarse y actualizarse en la medida que sus condiciones de eficacia lo exijan. En este orden de ideas, la ley por la que se enjuicia y procura el resarcimiento de la responsabilidad del daño patrimonial al estado, debiera ser estructurada de tal forma, que permita en la mayor forma posible el resarcimiento del daño, en aras de la eficacia y efectividad de la gestión y mejoramiento de la función estatal.

## **La efectividad de la ley de enjuiciamiento de responsabilidad Fiscal**

a) *Aspectos sustantivos de la responsabilidad fiscal:* (Alcance del grado de culpabilidad que se exige para determinar la existencia de responsabilidad- Necesidad de delimitación de la conducta generadora del daño fiscal). Al respecto, puede analizarse lo previsto en la ley 2 de 1986- Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas de España-LFTC, en el que se encuentran definida la responsabilidad contable por alcance y responsabilidad contable por apropiación o pérdida, correspondiendo el primer tipo de responsabilidad a la ocasionada mediante conductas que den lugar a la presencia de inconsistencias en los informes financieros o contables, mientras que la segunda trasciende al ámbito a la existencia efectiva de pérdida patrimonial derivada por acción u omisión del cuentadante o gestor contable o por el uso inapropiado de estos recursos.

El número de los fallos de procesos de responsabilidad fiscal que en Colombia se profieren, resulta considerablemente inferior al número de procesos que se aperturan realmente a efectos de investigar la existencia de esta responsabilidad, existe un número relevante de procesos que culminan con el archivo de las actuaciones o simplemente con el cierre y archivo de indagaciones preliminares. Lo que invita a considerar y determinar cuáles podrían ser los posibles factores que indiquen en este comportamiento.

La ley 610 de 2000 de Colombia, lleva más de 15 años de vigencia, sin embargo a través de la labor de ejercicio de enjuiciamiento de responsabilidad fiscal, el daño fiscal, entendido como el daño cierto y cuantificable, en muchas ocasiones no ha dado lugar a su resarcimiento y pago, pues no se ha encontrado demostrada la existencia de responsabilidad fiscal que haga exigible al gestor fiscal o sujeto responsable de la tenencia y administración estos recursos, el resarcimiento, indemnización y pago de estos perjuicios.

La ley 610 de 2000 considera como eximentes de responsabilidad, en lo que es

pertinente, las causales que en términos generales excluyen de responsabilidad civil el cumplimiento de obligaciones legales y extralegales, consistentes en la existencia de *fuerza mayor o caso fortuito, culpa de un tercero y culpa exclusiva de la víctima*, y como motivos de cesación de la acción de responsabilidad fiscal; la inexistencia del daño, el pago del mismo y la prescripción de la acción, con lo cual, en principio, prevé elementos procesales en principio razonables que brindan garantías en el trámite del proceso.

Sin embargo, el grado de responsabilidad fiscal que exige la ley para demostrar la existencia de culpabilidad en la conducta generadora del daño, es la existencia de *dolo o culpa grave*, asimilando la responsabilidad fiscal a la responsabilidad por daño antijurídico al Estado que pueda ocasionarse por la acción u omisión de un agente estatal que ha ocasionado un daño a terceros, comprometiendo así la reparación del mismo en cabeza del Estado, sin embargo, es pertinente analizar si esta posición jurídica, obedece a una lógica que tiene realmente coherencia con la causa y finalidad objetiva de la responsabilidad fiscal.

De otra parte, la calidad de gestor fiscal, radica en las personas naturales o jurídicas de derecho públicos particulares que administren, custodien y dispongan la ordenación de gastos sobre el presupuesto, dineros y bienes públicos, y de quienes de manera directa contribuyan a la ocurrencia del daño. No obstante, la posición institucional del órgano de control fiscal colombiano, ha entendido, la existencia de responsabilidad fiscal en quienes ostenten legal o contractualmente la tenencia y administración este tipo de bienes, dejando a un lado la responsabilidad de gestores que puedan llegar a obrar bajo gestiones de hecho y no de derecho.

La determinación del daño a los recursos y causales públicos, es otro de los elementos necesarios para la configuración del daño contable o daño fiscal, el daño debe ser cierto, concreto y no basarse en meras expectativas de beneficio económico, este debe ser real y efectivo. El tal sentido, no es claro si los dineros que no fueron comprometidos presupuestalmente debieron haber tenido alguna clase de

rendimiento o cómo se demuestra objetivamente que un bien fue adquirido a precios altos.

En Colombia, el tema de la gestión antieconómica ha tenido algunos antecedentes dando cabida al análisis de casos de posible existencia de daño fiscal por la presencia de sobre costos en la adquisición de bienes y servicios. En tal sentido, el suministro de productos, puede dar lugar, bajo elementos similares de comparación, como lo son el tiempo o año de adquisición, el tipo de proveedor, los gastos de transporte y entrega, a la determinación de existencia de gestión antieconómica en la adquisición del producto.

A efectos, de facilitar la labor de valoración de los precios del mercado, la Contraloría General de la República de Colombia, participó en la creación de la plataforma virtual denominado Sistema de Costos de Estado –SICE, en el cual los proveedores de bienes y servicios del estado, debían reportar el valor que los productos y servicios que prestaban al Estado, e ir actualizando esta información ingresando los datos de acuerdo al ramo y clasificación de su actividad comercial, que a su vez estaba relacionada con la clasificación que el registro de la cámara de comercio daba a los comerciantes del país.

Sin embargo, a principios del año 2012, mediante el decreto 19 de 2012, el decreto anti-tramites de Colombia, se derogaron las disposiciones que crearon el sistema SICE dando lugar a la cancelación del mismo, hecho, que retrotrae el avance en la estimación de los estudios del mercado a efectos de contratar con el precio más económico, la valoración de precios de mercado se adelanta nuevamente con simples cotizaciones abandonando así un referente tecnificado de comparación, que daba voces de la modernización del Estado.

El concepto de gestión antieconómica, es un tema que no ha tenido regulación expresa y al momento de sancionar la conducta puede llegar a archivarse, por no

encontrarse elementos legales que respalden la decisión del operador jurídico, como se observa por ejemplo en lo que debe entenderse por gastos suntuosos o excesivos para la administración o mayor aún, en el cuestionamiento a políticas públicas que revierten un uso ineficiente de los recursos del Estado.

Así las cosas, la pérdida de efectividad del resarcimiento del daño, más que en los elementos procesales radica en la estructuración sustantiva de los conceptos constitutivos de responsabilidad fiscal, que pues en virtud del principio de legalidad, restringen la comisión de la conducta a la definición de lo que se entiende por daño fiscal, gestor fiscal y culpabilidad.

La eficacia de la responsabilidad fiscal, como se analizara en el presente trabajo doctoral, merece el análisis del alcance conceptual de los requisitos constitutivos de la misma, así como, de la valoración de posibles alternativas jurídicas que propendan por el mejoramiento y recuperación de los perjuicios y daño causado.

*b) Aspectos procesales de la responsabilidad fiscal:* Evaluar la viabilidad de aplicación de facultades jurisdiccionales en órganos administrativos que profieren en sanciones.

El trámite que en promedio alcanza a demorar un proceso de responsabilidad fiscal en Colombia, puede alcanzar hasta 10 años, teniendo en cuenta que el tiempo establecido para la prescripción de la acción fiscal es de cinco años, y una vez culminado el proceso que tiene connotación administrativa, es demandado ante la justicia contenciosa administrativa, que el promedio puede demorarse en fallar sentencia otros cinco años.

Esta situación, genera una pérdida de eficiencia considerable en la administración pública. Se observa que en algunos modelos de fiscalización, estos organismos de control, cuentan con *funciones jurisdiccionales* en el trámite de los procesos, con lo cual, el mecanismo que daría acceso al conocimiento de la justicia contencioso administrativa consistiría en el uso de recursos extraordinarios como el casación que es utilizado en

países como Francia, Italia y los de casación y revisión empleados en España, es decir, en estos otros países solo mediante *recursos extraordinarios* las decisiones o fallos fiscales son revisados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a diferencia de lo que ocurre en Colombia, que una vez se agota la vía gubernativa, que consiste en que se profiere el fallo de responsabilidad fiscal por la Contraloría General, el accionante puede demandar el fallo ante la Jurisdicción Contenciosa mediante acciones como la de nulidad o restablecimiento del derecho o solicitando la revocatoria directa del fallo, con lo cual, el fallo de la Contraloría no constituye *cosa juzgada*.

En tal sentido, es pertinente analizar la viabilidad de aplicación de funciones jurisdiccionales en regímenes de derecho administrativo sancionador.

En el escenario español, la polémica sobre la independencia de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, ha llegado a considerar que dentro del sistema institucional español sería más fácil de articular y potenciar si, en lugar de estar dotado de una auténtica función jurisdiccional, se limitara a desarrollar meras competencias instructoras que pudieran servir de base a posteriores actuaciones de otros órganos plenamente jurisdiccionales.<sup>1</sup>

Los posibles efectos nocivos que dicha atribución podría tener sobre la calidad de la administración de justicia se basa en los siguientes argumentos:

-Posible atenuación de las garantías de independencia e inamovilidad exigibles, con todo rigor en el ámbito de la justicia ordinaria.

-Posible vulneración del principio de “juez natural” con lo que de ello implicaría tanto de discriminación de los ciudadanos frente a la justicia, como de inquietud social por la especialidad del trato procesal reservado por la ley para los gestores de los caudales públicos de los que manejen de forma irregular.

---

<sup>1</sup> LA JURISDICCION DEL TRIBUNAL DE CUENTAS. CUBILLO RODRIGUEZ, Carlos. página 52. Al respecto de consideraciones de Cesar Albiñana García Quintana



-Relación de colaboración entre departamentos de enjuiciamiento y fiscalización. En tal sentido, tales argumentos resultan de interés considerable al momento de analizar las virtudes de la independencia y facultades jurisdiccionales de sanción de los órganos de control a la gestión de los dineros y caudales públicos.

### **Sobre la responsabilidad contable en España:**

Existen algunas consideraciones acerca de la gestión de la labor de enjuiciamiento contable, en tal sentido, la Doctora RUIS, resalta algunos temas de mejora a considerar en el contexto español, relativos a definir con exhaustividad el concepto de responsabilidad jurídico contable, con la finalidad de evitar dudas e incertidumbres legales, los nuevos conceptos jurídico y rasgos relevantes de las numerosas sentencias, la existencia de un Procedimiento de jurisdicción único, todo tipo de materia de recursos, los supuestos recusables en materia de casación, así como, las Relaciones de control interno y sección de enjuiciamiento en atención a los Reales decreto 2188 de 1995 y 706 de 1997.<sup>2</sup> Aspectos que resultan de relevancia para el estudio de este trabajo.

### ***Acciones de responsabilidad patrimonial por parte del Estado y acción de responsabilidad contable y responsabilidad fiscal***

Un aspecto común de análisis a la finalidad que persiguen las acciones de responsabilidad contable y responsabilidad fiscal, se encuentra en el resarcimiento efectivo del daño o menoscabo patrimonial. A través de estas acciones el Estado determina la responsabilidad de estos gestores públicos en la ocurrencia del daño patrimonial, y en tal medida, declara la exigencia de resarcimiento pecuniario a los haberes estatales.

---

<sup>2</sup> RUIS. Página 604 y 605 de ríos. El control de los fondos públicos propuesta de mejora. 2007. Editorial Aranzadi S.A NAVARRA 2007.

De otra parte, en acciones como la acción de regreso y acción de repetición en Colombia, el Estado demanda el pago de la indemnización efectuada a terceros por la omisión o acción de agentes estatales que a título de culpa grave o dolo causaron perjuicio a administrados o terceros que no se encontraban en la obligación jurídica de soportarlo.

Con lo cual, se encuentran algunas similitudes en estos dos tipos de acciones, es decir en la acción de responsabilidad contable respecto de la acción de regreso, y en la acción de responsabilidad fiscal y acción de repetición para el caso de Colombia, que se consideran pertinentes analizar, y determinar así, el grado de efectividad en el resarcimiento patrimonial al Estado por parte de cada acción y la posibilidad de la necesidad o no de exclusión de una de ellas en la actividad judicial.

### **Revisión de los Actos Administrativos**

Así como también, resulta de suma relevancia analizar aspectos comunes a estos dos contextos jurídicos, de responsabilidad contable y responsabilidad fiscal, en lo relativo a la *revisión de actos administrativos de la administración*. Y en tal medida, al respecto de las consecuencias jurídicas que derivan del pronunciamiento en términos de responsabilidad por daño o menoscabo patrimonial al Estado por parte de órganos de fiscalización y enjuiciamiento, Tribunal de Cuentas y Contraloría General de la República, en actos que se presumen validos hasta tanto no hayan sido declarados nulos por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Lo anterior, por cuanto existen sentencias de segunda instancia y de impugnación del fallo, por parte del Tribunal Supremo de España y Consejo de Estado de Colombia, sobre providencias del Tribunal de Cuentas y Contraloría General de Colombia, en los que anulan estos autos, al no encontrarse desvirtuada la legalidad del acto administrativo que presuntamente derivó daño o menoscabo patrimonial al Estado.

Si bien el Tribunal de Cuentas, cuenta con facultades jurisdiccionales, de acuerdo con

la Ley Orgánica del Tribunal y Ley de funcionamiento, no le corresponde la *revisión de actos* administrativos y su pronunciamiento solo tendrá alcance *prejudicial* para efectos de la demostración de existencia de responsabilidad contable. No obstante, en la práctica jurídica este tipo de análisis de la responsabilidad, puede llegar a pronunciarse sobre aspectos que inciden en la validez del acto administrativo, así como denotar aparente abuso o inexistencia de jurisdicción competente.

### **Enriquecimiento sin justa causa y responsabilidad subsidiaria:**

Finalmente, otro aspecto común, que reviste un análisis considerable, es el concerniente a la existencia de un *enriquecimiento sin justa causa*, por cuanto en muchos eventos el daño o menoscabo patrimonial al Estado, se ve representado en la disposición de dineros por concepto de subvenciones, contratación u otros similares, en los que el dinero público sale de las arcas estatales e ingresa en el patrimonio de estos terceros, y la contraprestación de las obligaciones no se ve cumplida. Con lo cual el particular, sin embargo, entra a responder de forma solidaria en el proceso de responsabilidad contable o fiscal junto con los servidores que obraron en calidad de gestores públicos de estos dineros quienes finalmente no fueron los destinatarios del dinero.

De esta forma, el tercero pagaría menos de lo efectivamente apropiado, arrojando en tal medida, un presunto *enriquecimiento sin justa causa*. Ante esa situación podría analizarse la posibilidad del servidor o gestor público, de responder en calidad de *responsable subsidiario*, esto es responder en la medida que no pueda darse un alcance efectivo al patrimonio del responsable directo.

### **Postulados o criterios de la Teoría de la agencia en procesos de resarcimiento del daño.**

En términos de la teoría de la *agencia en las relaciones de gestión y delegación que pueden surgir entre los gobernantes o agentes y los principales o gobernados*, se han generado conceptos con los cuales se ha avanzado en el ejercicio de definir los criterios o expectativas que desde la Teoría en mención, pueda apoyar la comprensión de las reglas o criterios de la evaluación del desempeño de los agentes por parte de los principales o

ciudadanos y definir de esta forma la expectativa de gestión que tienen estos sobre los agentes que administran o definen las políticas para el Estado por parte principalmente del poder ejecutivo. El poder legislativo por su parte, aunque presenta debilidades en la labor legislativa, expone su comportamiento al veto de los *principales o ciudadanos* que decidirán sobre su reelección, así como, en otros mecanismos de control a su gestión como es el control de constitucionalidad de las leyes de promulgan.

Sin embargo, no es tan claro, como en el poder judicial, el papel de los jueces puede medirse o evaluarse más allá de las sanciones a abogados y jueces, que indicaría en cierta medias parámetros para evaluar la ética y diligencia judicial, o en informes de gestión presentados al Ministerio de Justicia para mirar el grado de cumplimiento y avance de los términos procesales en el trámite de procesos que adelantan. Qué debe esperarse en términos de *Teoría de la Agencia* por parte del principal a los jueces, como medir su desempeño y hacerlo exigible con el propósito de cumplir las expectativas de los ciudadanos que acuden a la prestación de los servicios de justicia.

Bajo el supuesto que el *juez fiscal*, entendido en términos generales, como el operador jurídico que adelanta y decide el proceso de *juicio fiscal*, no obstante el principio de *autonomía e independencia judicial que le cobija*, puede tener un comportamiento o grado decisorio en los fallos que profiere menos tendiente al riesgo, es decir conservador, con el que la delimitación de los conceptos y ámbito de análisis de las materia que conoce en su jurisdicción, se podría decir están más delimitados, con lo cual no tendería a innovar o crear nuevos criterios jurídicos de análisis en términos de los que podría llamarse *hallazgo jurídico creador*, a diferencia de otros operadores jurídicos en los que el resultado o naturaleza de sus fallos ha dado muestras en los últimos años de este grado de innovación o mayor *discrecionalidad* como sería el caso de algunas Altas Cortes Constitucionales a nivel Latioaméricano que en la defensa de los derechos sociales y con el propósito de brindar un debido reconocimiento a estos derechos han llegado a ejercer el denominado *el control judicial de razonabilidad a las políticas públicas del Estado*. En esta medida, bajo la hipótesis de identificar la gestión del juez fiscal como representante de un comportamiento más conservador y el juez constitucional con un mayor grado de constitucionalidad en sus decisiones, se analizara las implicaciones que pudiera llegar a

tener la *teoría de agencia* en el ejercicio de las actuaciones jurídicas que estos ejercen y en especial las del juez fiscal.

Todas estas consideraciones son el fundamento y planteamiento de la tesis que pretenden abordarse a través de su desarrollo conceptual.

## I. BREVE DESCRIPCIÓN DE MODELOS DE ENTIDADES FISCALIZADORAS Y DE ENJUICIAMIENTO CONTABLE SUPERIORES

La declaración de Lima de la INTOSAI, Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, considera que la función de control de los dineros públicos ejercida por los Tribunales de cuentas debe proyectarse, como mínimo, sobre la actividad económica financiera de los poderes públicos en general, de las instituciones y autoridades de las mismas que prestan sus servicios en el extranjero, sobre los ingresos fiscales, sobre los contratos de obra pública, sobre las personas físicas y jurídicas que perciban ayudas del sector público y sobre organismos internacionales.<sup>3</sup> Son varios los modelos de control externo que ofrece el Derecho comparado, teniendo en cuenta su independencia del Poder Ejecutivo, su estructura colegiada o unipersonal y sus competencias o funciones.<sup>4</sup>

*-El modelo anglosajón o de Westminster: las EFS entidades fiscalizadoras superiores, que corresponden a este modelo son unipersonales, independientes del poder ejecutivo y poseen funciones y de asesoramiento a las cámaras parlamentarias. Tienen de esta forma, atribuciones fiscalizadoras y de asesoramiento al Gobierno, quedando residenciado en la jurisdicción ordinaria*

---

<sup>3</sup> Vacas García- Tribunal de cuentas ley actualidad y Tere-Pérez consideraciones sobre la reforma de los procedimientos de responsabilidad contable, las relaciones tribunal de cuenta OCEX, revista de auditoría publica abril 1995 número 1, páginas 67 a 61

<sup>4</sup> RIUS, Control de los fondos públicos propuestas. Ídem.

el enjuiciamiento de las posibles irregularidades detectadas por el citado órgano de control.

*“Su independencia se consigue y se justifica potenciando precisamente su carácter de órgano asesor técnico del parlamento, para poder así desvincularse de cualquier interferencia o control del ejecutivo. Esta EFS aunque también realiza funciones de fiscalizaciones de legalidad, conceden mayor importancia a las fiscalizaciones operativas. Por otra parte, debemos señalar que el enjuiciamiento de las presuntas irregularidades se remite a la jurisdicción ordinaria. Estas EFS suelen estar presididas por un contralor o auditor general que es designado por el parlamento y/o por el jefe de Estado. Este modelo es el que tienen en estados unidos, Canadá, reino unido, Irlanda, Australia, india y países del Caribe, del pacifico y africanos. Algunos autores señalan que la característica fundamental de este modelo es que se trata de un órgano de control externo vinculado al parlamento.*

*-El modelo germánico, la composición de las EFS que responde a este modelo es colegiada, son independientes del poder ejecutivo y carecen de funciones jurisdiccionales. La EFS de Alemania responde plenamente a este esquema. Este modelo es, propio de Alemania y Austria, es similar al anterior, aunque el órgano de control goza de una estructura colegiada. Hay también independencia del Poder Ejecutivo y ausencia de funciones jurisdiccionales.*

*-El modelo escandinavo: similar al modelo germánico pero con la importante diferencia de que estas EFS dependen del poder ejecutivo y poseen funciones fiscalizadoras y de asesoramiento al ejecutivo pero carecen de funciones jurisdiccionales. El Riskerevisionsverket de Suecia, los modelos escandinavos están en pleno proceso de transformación con el fin de convertirse en instrumentos de control de los respectivos parlamentos. Este modelo se parece a los dos anteriores, sobre todo al último, salvo por la integración de la institución controladora en la organización institucional del Estado, al formar parte del Poder Ejecutivo.*

*-El modelo latino o napoleónico: estas EFS son de composición colegiada, son independientes de los poderes legislativo y ejecutivo y poseen funciones fiscalizadoras y*

*de enjuiciamiento contable. Los tribunales de cuentas de España, Francia, Italia, Bélgica, Grecia, Portugal, Turquía, algunos países de Latinoamérica y ciertos países francófonos africanos corresponden a este modelo. El modelo latino el Tribunal de Cuentas tiene una composición colegiada, independencia frente al Poder Ejecutivo y asunción de funciones fiscalizadoras y jurisdiccionales. Aquí se encuadran Francia, Italia, Bélgica, Grecia, Portugal y, por supuesto, el Tribunal de Cuentas de España.*

*A parte de esta rigurosa clasificación encontramos algunas variaciones de estos modelos. De hecho en la estructura, composición y funciones de las EFS de Austria, Holanda y varios países de Europa central y del este encontramos rasgos propios de varios de estos modelos.<sup>5</sup>*

*Así, la Cour des Comptes Francesa, tiene una competencia general de control de la actividad económica financiera del sector público similar a la del tribunal de cuentas español. Sin embargo, las entidades fiscalizadoras superiores de Grecia, Luxemburgo, Portugal y gran Bretaña carecen de competencia para la fiscalización de las empresas públicas; las instituciones nacionales de control de Grecia, Bélgica, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Portugal no pueden ejercer su función fiscalizadora sobre las subvenciones, créditos avales y otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas del sector privado: los tribunales de cuentas de Luxemburgo, Grecia, Portugal no tienen competencia fiscalizadora sobre la seguridad social y finalmente los de gran Bretaña, Alemania, Italia, Bélgica, Grecia, Luxemburgo carecen de dichas competencias en lo relativo a la fiscalización de las corporaciones locales.*

---

<sup>5</sup> CARLOS RODRIGUEZ CUBILLOS. LA JURISDICCION DEL TRIBUNAL DE CUENTAS. *Ídem.*



## II. JURISDICCION CONTABLE Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA

### 1. Concepto y ámbito de la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas

El artículo 136 de la Constitución de España establece que el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Este máximo órgano, dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

De esta forma la constitución en el Título VII relativo a la Economía y Hacienda, consagra lo pertinente al Tribunal de Cuentas al establecer que el máximo órgano fiscalizador de los fondos públicos deberá elaborar un informe anual para su remisión al Poder Legislativo, comunicando por medio del mismo las infracciones o responsabilidades en que a juicio del Tribunal se haya incurrido, sin desconocer que el Tribunal podrá hacer uso de las facultades de su propia jurisdicción mediante el enjuiciamiento de responsabilidad contable, así como de la aplicación de las medidas conducentes al mejoramiento de la gestión de los dineros y caudales público.

*“El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido”.<sup>6</sup>*

Con lo que puede concluirse que la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, está orientada hacia la identificación y sanción de faltas en el inadecuado manejo de fondos o caudales públicos, al establecer que le es atribuible la exigencia de responsabilidades que puedan derivarse de en el ejercicio de esta labor.

---

<sup>6</sup> Artículo 136 numeral 2, de la Constitución de España.

A través del numeral 4 del artículo 136 de la Constitución Española, la carta constitucional consagra que mediante una ley orgánica se regulará la composición, organización y funciones del Tribunal, es así como, mediante la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu), se describe el funcionamiento del Tribunal de Cuentas a través de la determinación de las competencias jurisdiccionales de labor de fiscalización y enjuiciamiento contable de quienes sean responsables por el inadecuado manejo de los recursos y caudales públicos, además de indicar la composición organizacional del Tribunal y las calidades de los magistrados y personal al servicio de este órgano fiscalizador.

Mediante los artículos 1 y 2 de la ley orgánica -LOTCu, el legislador recoge el postulado constitucional al indicar que el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción y determina como funciones propias del Tribunal uniones a) La fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público y b) El enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.<sup>7</sup>

Las actividades y tareas en las que puede verse representada la gestión de fondos públicos, así como la naturaleza de los recursos que son objeto de control y resarcimiento en el evento que se vean menoscabados y originen daño patrimonial al Estado, son descritos a través del artículo 15 de la LOTCu, en los siguientes términos:

---

<sup>7</sup> De acuerdo a algunas consideraciones de autores, como DE LA OLIVA SANTOS, Andrés "Sobre la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas" y FERNANDEZ CARNICERO GONZALES, CLARO, " Tribunal de Cuentas Como Órgano Con Propia Jurisdicción Y El Tribunal De Cuentas" la relación constitucionalmente contemplada entre el Tribunal de Cuentas y las cortes generales, podría resultar de muy difícil armonización con el reconocimiento, a aquel de una autentica función jurisdiccional, así como en la dificultad para hacer compatible la jurisdicción de los tribunales de cuentas con la organización judicial.

*“1. El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos...”*

*2. La jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión.*

Este precepto legal, conlleva a establecer de acuerdo a lo considerado por el Tribunal de Cuentas, la extensión subjetiva de la responsabilidad contable, entre tanto de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos, no a cualquier persona sino a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes o caudales públicos”, les es exigible la responsabilidad contable, ya que de lo contrario esta responsabilidad incluiría en términos generales, la responsabilidad civil de terceros, frente a la administración pública.<sup>8</sup>

En igual sentido, la responsabilidad jurisdiccional que corresponde al Tribunal de Cuentas, no puede sustraerse a la limitación objetiva que se desprende por su propia denominación de las que relaciona con las cuentas que deben rendirse por razón del manejo de fondos públicos, ámbito amparado en el artículo 136 de la constitución, su desbordamiento significaría invasión del campo de las jurisdicciones civil y contencioso administrativa, sin respaldo constitucional suficiente y obligado.<sup>9</sup> Situación que denota no solamente la exclusividad de funciones del Tribunal de Cuentas, sino que limita a la vez su órbita de competencia.

En este orden de ideas, entonces, se puede definir la jurisdicción del Tribunal de Cuentas como la facultad de juzgar y ejecutar las responsabilidades de carácter patrimonial de gestores en el ejercicio de su cargo de manejo de los caudales o efectos públicos, pues no solo describe, como se ha mencionado los eventos en los que

---

<sup>8</sup> Stcu 29 de julio de 1992

<sup>9</sup> Stcu 28 de enero de 1993

puede incurrirse en responsabilidad contable, sino que establece la finalidad de la responsabilidad contable al establecer en su artículo 38 como consecuencia de la existencia de esta responsabilidad, la obligación de resarcir los perjuicios patrimoniales ocasionados al Estado:

*“1. El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”.*<sup>10</sup>

Como lo ha indicado el Tribunal de Cuentas, en Auto, ATCu de 11 y 18 de enero de 1986, 13 de marzo de 1987, “la enunciación del principio de responsabilidad contable ha de haberse a la vista del artículo 38.1 en relación con la ley 2 de 1982. De la interpretación de los conjunta de los mismos se deducen como elementos calificadores, en primer lugar que tengan en manejo de caudales o efectos públicos. Toda acción contraria a ley produce menoscabo por acción u omisión, se requiere que se desprenda de las cuentas en sentido amplio-recauden, intervengan, administren custodien o utilicen bienes o efectos públicos- y que se refiera a las obligaciones de las leyes reguladoras del presupuesto y contabilidad.

En cuanto al ámbito de jurisdicción de las labores del Tribunal de Cuentas, debe decirse que la distinta naturaleza de ambas funciones<sup>11</sup>, esto es la fiscalización y el enjuiciamiento contable, define el ámbito funcional en la estructura territorial y funcional, pues mientras la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas describe a este órgano fiscalizador como *supremo* órgano fiscalizador,<sup>12</sup> en relación a su función de enjuiciamiento contable, se le encuentra como *único* en su orden, indicando que su

---

<sup>10</sup> En Sentencias del Tribunal de Cuentas se ha venido estableciendo la existencia de responsabilidad contable por omisión en la labor de manejo de caudales o efectos públicos además de diversos eventos, en los que concurre culpa por la omisión “*in vigilando*” de jefes o representantes de entidades, entre tanto si bien este tipo de gestores no cuenta con una relación próxima a la entrega efectiva de dineros y recursos públicos si tiene el deber de supervisar el adecuado cumplimiento de estas tareas en sus subordinados. Al respecto pueden considerarse la Sentencia 4 de 2011 (crédito incobrable). Sentencia 10 de 2011 (responsabilidad de miembros de los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles públicas).

<sup>12</sup> Art. 1.1 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

jurisdicción, que tiene el carácter de exclusiva y plena todo el territorio nacional.<sup>13</sup>

En este entendido el artículo 1º de la ley orgánica establece que el Tribunal de Cuentas es *“único en su orden y que extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional”*. Por su parte, el artículo 17 de la ley orgánica consagra que la responsabilidad única del enjuiciamiento contable en cabeza del Tribunal de Cuentas.

Un ejemplo de esto se observa en que las Comunidades Autónomas gozan de órganos fiscalizadores en su ámbito territorial, mientras que en el caso de la labor de enjuiciamiento el Tribunal de Cuentas es único en esta labor.<sup>14</sup> Es en este sentido, no obstante las Comunidades Autónomas puedan llevar a cabo la fiscalización de sus recursos y caudales públicos, la actividad jurisdiccional es ejercida únicamente por el Tribunal de Cuentas.<sup>15</sup>

Al respecto de la función dual del Tribunal de Cuentas, DE LA OLIVA SANTOS<sup>16</sup>, ha mencionado que no resulta compatible con la idea de jurisdicción entre tanto, el Tribunal no es totalmente externo, a los hechos de su competencia enjuiciadora, y en tal sentido, su actividad jurisdiccional, vería disminuida la objetividad e imparcialidad propia de los órganos de la justicia ordinaria.

---

<sup>13</sup> Art. 12 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas

<sup>14</sup> El art. 26.3 de la Ley a disponer que “en las Comunidades autónomas cuyos Estatutos hayan establecido órganos propios de fiscalización, el Tribunal podrá delegar en éstos la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales para el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

<sup>15</sup> Al respecto se pronunciaron las Sentencias Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1991 y 18 de septiembre de 2000.

<sup>16</sup> DE LA OLIVA SANTOS. Idem.

De otra parte, considera ALQUIBAÑA GARCIA QUINTANA<sup>17</sup>, que esto constituye limitaciones al normal mantenimiento de los principios de unidad y exclusividad de jurisdicción.

Al respecto de lo expuesto por estos tratadistas, habría que considerar en principio, que tal vez el factor más determinante para considerar que la función jurisdiccional pierde independencia y objetividad, sería la facultad o no de contar con un poder decisorio autónomo, y al observar la estructura del Tribunal de Cuentas, así como de otros organismos de fiscalización superior, este ente de control, cuenta con la sección de enjuiciamiento, representado en una dependencia aparte de la sección de fiscalización, y como más adelante se expondrá, los fallos que profiere pueden ser conocidos por el Tribunal Supremo a través de los recursos extraordinarios de casación y revisión, lo que brinda más elementos que permiten definir la especialidad de su función así como su unidad funcional e independencia procesal.

## **2. Características de la función jurisdiccional**

La interpretación del artículo 136 de la Constitución así como los artículos 1, 2, 15 y 38 de la Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982, el en fundamento de lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución y del artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, daría lugar a concluir las siguientes consideraciones:<sup>18</sup>

- a) Función jurisdiccional, denota o implica ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado.
- b) Esta función que se ejerce respecto de los que gestionan, manejan, o

---

<sup>17</sup> ALQUIBAÑA GARCIA QUINTANA, Cesar. "La pretendida jurisdicción del Tribunal de Cuentas".

<sup>18</sup> SOLA FERNÁNDEZ, Mariano. La Jurisdicción del Tribunal de Cuentas. <http://www.acuentascanarias.org/ponencia3.pdf>

administran fondos públicos.

c) Tiene por finalidad determinar los menoscabos que aquéllos hayan podido ocasionar en el ejercicio de las indicadas funciones en los fondos públicos, a consecuencia de infracciones legales.

d) Y es una función por cuyo ejercicio se determina la cuantía de la indemnización a satisfacer, se condena a su pago al responsable, y se le exige el mismo coactivamente, en caso de ser necesario.

De acuerdo a la LOTCu, Las funciones tanto de control externo como las de jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas se caracterizan entonces, por ser *necesarias, improrrogables, exclusivas y plenas*.

Según SALA SANCHEZ<sup>19</sup>, se entienden en primera medida como *Necesarias*, entre tanto cuando fiscaliza y enjuicia, actúa de manera autónoma e independiente, sin necesidad de autorización de las partes auditadas o enjuiciadas, su actuación no resulta interferida o condicionada por la oposición o contradicciones de estas. Esto explica que en el ejercicio de la función fiscalizadora, ningún otro organismo de control externo de aquella actividad tiene las facultades de dirigirse, por medio de informes, memorias, mociones o notas, a las Cortes Generales o, en su caso, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para exponerles, como supremos órganos de representación de la soberanía popular en sus diferentes ámbitos, las infracciones, abusos y prácticas irregulares que haya observado en las cuentas o en la tan repetida gestión económico-financiera del sector público, así como las responsabilidades en que, a su juicio, se hubiera incurrido, las medidas adecuadas para exigir las –art. 12 de la Ley– y las medidas de mejora de la gestión de referencia, supuesto que se estimasen necesarias –art.

---

<sup>19</sup> SALA SÁNCHEZ, Pascual La jurisdicción contable. Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España. [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1962270.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1962270.pdf)

14-

Son además, improrrogables, en el entendido que los asuntos que conoce no pueden trasladarse a otros órganos. Con lo cual, el Tribunal de Cuentas es la máxima autoridad a la que le corresponde la fiscalización externa, permanente y consultiva de las cuentas y la gestión económico-financiera del Sector público, así como, él además es el único facultado para enjuiciar la responsabilidad contable de quienes manejen caudales o efectos públicos.<sup>20</sup>

Además, se entiende que sus facultades son *exclusivas*, pues como lo indica el artículo 9 de la ley orgánica del Tribunal de Cuentas-LOTCu, la verificación del cumplimiento de los principios de legalidad, eficacia y economía, son muestras de la facultad exclusiva del Tribunal de Cuentas en el control de la gestión de fondos públicos, pues si bien al verificar la legalidad de los actos en los que se ejecuta la gestión de fondos públicos, función que puede concurrir además en la jurisdicción contencioso administrativa, no obstante dada su naturaleza inspeccionadora de la gestión económica financiera, es el único órgano que le corresponde hacer una valoración de la eficacia y economía con la que han sido invertido los recursos públicos.

De otra parte, Como lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *“En la constitución no existe un precepto que disponga para las CCLL, lo que para las CCAA establece el artículo 153, en el sentido e establecer que al Tcu es al que le corresponde su control económico presupuestario pleno. La fiscalización externa de las CCLL por el Tcu derivada del artículo 4.1. de la LOCTCu, no supone pues la exclusión de otros órganos fiscalizadores de la actividad económica financiera de las CCLL. A Diferencia de lo dispuesto para la “jurisdicción contable”, calificada de exclusiva por su artículo 17.1 no cabe entender que la constitución y la LOTCu contengan precepto alguno que reserve en*

---

<sup>20</sup> Al respecto se pronunciaron las sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1991 y 18 de septiembre de 2000.



*exclusiva para este tribunal la fiscalización de dicha actividad”*<sup>21</sup>

El artículo 17 de la ley orgánica indica los temas o asuntos sobre los que el Tribunal de Cuentas no es competente, con lo que se entiende que delimita de manera exclusiva su actuación a las materias derivadas de los gestión de fondos públicos, en tal sentido, señala que no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de:

- a) Los asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional.
- b) Las cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa.
- c) Los hechos constitutivos de delito o falta.
- d) Las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial.

En tal medida, si bien de acuerdo a lo previsto en el artículo 18 de la LOTCu, se admite la compatibilidad<sup>22</sup>, en relación a unos mismos hechos, de la jurisdicción contable con la responsabilidad en materia disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal, sus consecuencias sancionatorias son diferentes<sup>23</sup>, pues como lo ha señalado el Tribunal de Cuentas, la jurisdicción penal se manifiesta en el *ius puniendi* del Estado como derecho a imponer las penas previamente definidas a las personas criminalmente responsables, mientras que la responsabilidad contable se origina en la indemnización de daños y perjuicios.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup>.STC 187 de 1988 de 17 de octubre.

<sup>22</sup> Al respecto puede remitirse al acto del Tribunal de Cuentas ATCu 19 de abril de 1988.

<sup>23</sup> Debe tenerse presente como lo indica el Tribunal de Cuentas, en sentencia STCu 6 de mayo de 1994, que el principio de *nom bis idem*, si bien no se encuentra recogido en los artículos 14 a 30 de la constitución va íntimamente ligado legalidad y tipicidad de las infracciones recogido en el art 25 de la CE. Y por ende al tener aplicación en los distintos regímenes de responsabilidad, explica el hecho que cada tipo de responsabilidad tenga una sanción diferente pues aunque puedan concurrir varias jurisdicciones en el conocimiento de los mismos hechos no se puede sancionar más de una vez por este concepto.

<sup>24</sup> Stcu 17 de 23 de octubre de 1997.

En este sentido, la responsabilidad contable, no hace recaer sobre el responsable declarado responsabilidad penal o sanción alguna, sino que le obliga indemnizar el menoscabo originado<sup>25</sup>. Esto resalta aún más, la exclusividad de la facultad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, pues como también lo ha expresado lógicamente este alto órgano fiscalizador en la apreciación y valoración de hechos probados, así como en la determinación de consecuencias jurídicas radica la diferencia de responsabilidad contable y penal.<sup>26</sup>

De otra parte, al no existir una identidad objetiva de ámbito competencial entre una y otra jurisdicción, el mismo hecho se contempla en estos dos tipos de responsabilidades desde diferentes perspectivas, pues dada la caracterización e responsabilidad patrimonial y no sancionadora de responsabilidad contable, no puede tener cabida el principio prohibitivo de concurrencia de sanciones, encuadrable en el ámbito penal o sancionador administrativo.<sup>27</sup>

Además, mientras para la jurisdicción contable conoce de la responsabilidad civil derivada del delito es fruto de su competencia básica, para la penal ese mismo conocimiento es accesorio y distinto de aquel otro que les es propio y exclusivo, esto declarar responsabilidad criminal.<sup>28</sup> Así las cosas, la Competencia reservada “*ex lege*” al Tribunal de Cuentas en la responsabilidad por alcance no puede pronunciarse el juez penal, no obstante cuando se adelanta en el proceso penal un proceso por malversación y el Tribunal Penal debe trasladar en este caso los antecedentes al Tribunal de Cuentas.

---

<sup>25</sup> Stcu de 15 de mayo de 1994.

<sup>26</sup> Stcu 18 de 3 de noviembre de 1997.

<sup>27</sup> AAP Lérida 18 de abril de 1996.

<sup>28</sup> Atcu 12 de junio de 1997

Como lo ha señalado el Tribunal de Cuentas, respecto de la independencia de estas dos jurisdicciones, se encuentra que la sentencia penal no niega la existencia de los hechos, y por consiguiente el alcance o falta de fondos públicos, si bien la sentencia absolutoria en vía penal referida al enjuiciamiento de un posible delito de malversación de caudales públicos, por no resultar suficiente o adecuada la prueba de cargo tal como viene exigiendo la jurisprudencia constitucional y la propia sala de casación penal, no obsta para que la jurisprudencia del tribunal de cuentas encuentre responsabilidad en el ámbito de su competencia.<sup>29</sup>

Con lo cual podría considerarse como lo ha señalado el Tribunal de Cuentas, que eventos en los que sobre la determinación de la cuantía en el que se fije el menoscabo en todos los casos en que los jueces penales dicten, sentencias declarando no solo la responsabilidad criminal, sino también la contable derivada del delito, actúan con notable exceso de jurisdicción y un ámbito de competencia que no les es propio.<sup>30</sup>

Ahora bien en eventos en los que se produce un delito contra el patrimonio del Estado, pero que no es constitutivo de responsabilidad contable, el Tribunal de Cuentas puede hacer exigible la responsabilidad civil que derive el resarcimiento del daño patrimonial al Estado. En este sentido, el artículo 18 núm 2 de la ley orgánica, establece que cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia<sup>31</sup>

Como lo establece la ley, *«ejercitada solo la acción penal se entenderá utilizada también la civil»*, sin perjuicio que, además, *«mientras estuviere*

---

<sup>29</sup> STCu de 6 de mayo de 1994

<sup>30</sup> Stc de 30 de junio de 1994

<sup>31</sup> La competencia para adelantar la acción civil, puede el Tribunal de Cuentas, *ejercitarla la después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar»* (artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). *hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme»*. De otra parte, establece la Ley, que *«Cuando los hechos fueren constitutivos de delito –dice el párrafo 2º del artículo últimamente citado–, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.»* Quiere decirse con ello que el tema relativo a la responsabilidad civil por hechos delictivos generadores de responsabilidad contable se ha de determinar, en cualquier caso y con exclusión de cualquier otro orden jurisdiccional, por la jurisdicción contable.

*pendiente la acción penal no se ejercitará la acción civil.” Con lo cual, como lo expresa el Tribunal de Cuentas, la responsabilidad civil ex delicto, que la sentencia penal contiene solo se rectifica por el importe del alcance de los reintegros producidos.<sup>32</sup>*

Respecto de la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad contable el tribunal de cuentas ha considerado, que la disciplinaria es una manifestación de una potestad atribuida legal y constitucionalmente a la administración con objeto de velar por el correcto funcionamiento de su propia organización y disciplina interna de la misma; la lejanía entre las dos parece como indudable, al resultar diáfano el carácter de responsabilidad patrimonial que cabe atribuir la contenido de la responsabilidad contable.<sup>33</sup>

Corresponden finalmente las funciones jurisdiccionales a funciones plenas, puesto que son amplias y suficientes las facultades decisorias con las que cuenta para establecer la responsabilidad contable, tanto así que, de acuerdo con el artículo 17.2 puede entrar a resolver temas en los que pueden concurrir otros tipos de responsabilidad, evento en el cual conocerá a modo de prejudicialidad solo a efectos de determinar la responsabilidad contable que se derive de tales hechos.<sup>34</sup>

El artículo 41 de la ley orgánica establece que las resoluciones que se dicten por la Administración en que se declaren responsabilidades contables serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la Sala

---

<sup>32</sup> STCU 27 de abril de 1992.

<sup>33</sup> STCu 23 de febrero de 1995.

<sup>34</sup> Debe considerarse que conforme a la ley 7 de 1988, el Tribunal de Cuentas solo cuenta con prejudicialidad en el conocimiento de hechos constitutivos de menoscabo patrimonial a efectos de determinar la responsabilidad contable derivada de los mismos y no de otro tipo de responsabilidad o asunto atribuible a otra jurisdicción. En sentencia del Tribunal Supremo-Sala del Tribunal de Cuentas, STS 2079/2006, recurso de casación número 5580/2003, el Tribunal Supremo respecto del reconocimiento de responsabilidad contable en un perjuicio de valores que tuvo lugar en Burgos manifestó: *Y esta Sala considera que la sentencia impugnada no incurrió en exceso jurisdiccional cuando afirma: "En consecuencia y, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 2/82 citado, el Tribunal de Cuentas es competente para enjuiciar, a meros efectos prejudiciales, el acto de iniciación de dicho expediente, a fin de llevar a cabo un pronunciamiento sobre la responsabilidad contable imputada al recurrente, lo que constituye la competencia propia y exclusiva del Tribunal de Cuentas."*

correspondiente, de esta forma si bien el proceso podría culminar en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, debe tenerse en cuenta que solo lo es si se presentan los recursos extraordinarios de revisión y casación con lo cual, con lo cual la *plenitud* esta facultad jurisdiccional no se ve desdibujada si se considera que el proceso no pierde su naturaleza de responsabilidad contable por el hecho que el tribunal supremo decida estos recursos.

Otra forma en la que se ve representada la plenitud de la jurisdicción contable, radica en los eventos previstos en el artículo 41 de la ley orgánica, en donde, aquellos casos que originen menoscabo de caudales y recursos públicos que sean exigibles además respecto de las normas específicas en materia contenciosa administrativa, podrán conocer del asunto, comunicando previamente al tribunal que podrá tomar en cualquier momento el conocimiento del asunto. En esta medida, se observa la prevalencia de Tribunal de Cuentas, al decidir al respecto del conocimiento o no de hechos que sean objeto de responsabilidad contable.

### **3. Extensión objetiva y subjetiva de la jurisdicción contable**

Al ser especializada la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, le serán aplicables todos los preceptos orgánicos y procesales comunes, si bien con las especialidades atinentes a la materia, ello se explica a las remisiones a las leyes orgánicas y procesales que están se contienen en la ley de funcionamiento y las suplementarias prevenidas en la ley orgánica.<sup>35</sup>

La ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, establece, en su artículo 45 los asuntos que en razón a la labor de enjuiciamiento conocerá el Tribunal de Cuentas.

En tal medida la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o,

---

<sup>35</sup> MEDINA GUIJARRO y Otros. Código del Tribunal de Cuentas. Ídem

en su caso, a las personas o Entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable.

SESMA SÁNCHEZ<sup>36</sup>, indica que el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable y por tanto la pretensión de responsabilidad contable afecta también a los perceptores de subvenciones y ayudas públicas. En cuanto a cuándo un bien empieza a ser público y cuándo deja de ser público por entregarse al sector privado, para determinar la existencia del menoscabo patrimonial y dilucidar si los bienes que gestiona un particular pueden ser calificados como fondos públicos, se debe entender que la naturaleza pública de los fondos entregados no se pierde hasta que se haya justificado el empleo y la aplicación dada a los mismos.

Además, respecto al ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, la participación en la actividad económico financiera de un ente público hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos. Sentencia Tribunal Supremo STS 735/2009. Con lo cual el Estado mediante la responsabilidad contable persigue el reintegro de sus dineros y no de otros, como sería el caso de patrimonio privado, pues de ser así, incurriría en enriquecimiento sin justa causa.

De otra parte, debe decirse que señala además, la ley que no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de los asuntos o cuestiones atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional o de los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria, en los términos prevenidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica 2/1982 y sin

---

<sup>36</sup> SESMA SÁNCHEZ, B.: *“Las subvenciones y su control en el ordenamiento español, Sindicatura de Comptes”* (1996), pág. 39.

perjuicio de la competencia por razón de prejudicialidad referida a solo efectos de determinar la responsabilidad contable. En tal medida, los órganos de la jurisdicción contable podrán apreciar, incluso de oficio, su falta de jurisdicción o competencia en la forma establecida en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia STS 1733/2010) ha señalado que “ciertamente, están excluidos del enjuiciamiento contable, entre otros supuestos, los asuntos atribuidos a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Por eso, lo que corresponde al Tribunal de Cuentas es la exigencia de la responsabilidad contable a través de los procedimientos de reintegro por alcance y de juicio de cuentas que no se articulan como procesos impugnatorios de una decisión administrativa previa, sino que se ejerce directamente sobre las cuentas, alcances y cancelaciones de fianzas (art. 15 LOTCu), pero este el Tribunal de Cuentas no ejerce en modo alguno una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de disposiciones y actos de las Administraciones públicas que corresponde a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 LJ)”.

De otra parte, según lo señala la ley de funcionamiento en su artículo 49, cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.

En este orden de ideas podría considerarse como lo señala SOLA FERNANDEZ<sup>37</sup> retomando el concepto de los artículos 17 y 46 de la LOTCu, debe decirse también a la extensión de la jurisdicción contable, que como jurisdicción contable *necesaria e*

---

<sup>37</sup> SOLA FERNANDEZ, Mariano. La Jurisdicción del Tribunal de Cuentas. <http://www.acuentascanarias.org/ponencia3.pdf>

*improrrogable, exclusiva y plena, no obstante* se extenderá, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable.

Respecto de las entidades que son objeto de fiscalización y por ende que pueden resultar afectadas por responsabilidades contables, la ley orgánica en su artículo 4 las consagra indicando que el Sector público está integrado por Uno. Integran el sector público: a) La Administración del Estado. b) Las Comunidades Autónomas. c) Las Corporaciones Locales. d) Las entidades gestoras de la Seguridad Social. e) Los Organismos autónomos. f) Las Sociedades estatales y demás Empresas públicas. Al Tribunal de Cuentas corresponde además la fiscalización de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas.

El Tribunal de Cuentas<sup>38</sup> reconoce que lo que ha hecho la ley orgánica 2 de 1982 ha sido extender las infracciones susceptibles de responsabilidad contable, no solo al desconocimiento de la LGP sino a cualquier otra ley reguladora de la contabilidad de las entidades del sector público, dado que a efectos del ejercicio de la función fiscalizadora el Tribunal, el sector público está integrado por las entidades numeradas en el artículo 4.1 de la ley y no solo por el Estado.

La jurisprudencia ha establecido<sup>39</sup> que no se refiere exclusivamente a funcionarios o autoridades como exclusivos sujetos pasivos, de la responsabilidad contable, respecto de la tesis según la cual las personas jurídicas, no pueden ser sujetos de responsabilidad

---

<sup>38</sup> ATCu de 12 de diciembre de 1986.

<sup>39</sup> STCu de 26 de marzo 1993.



contable, cabe decir la responsabilidad contable es una subespecie de la civil y ser esta predicable de las personas jurídicas, no existen razones legales para negar la contable,(responden del ilícito civil de sus representantes siempre que se muevan en el ámbito, de sus atribuciones legales y estatutarias).

Por otra parte, indica el Tribunal de Cuentas, que al ser exigible como se ha dicho la responsabilidad contable a los perceptores de las subvencione, no es posible limitar está a las personas físicas liberando sin base legal alguna a las jurídicas. Por eso la ley se ocupa de aclarar que los perceptores de subvenciones pueden ser entidades públicas o privadas, empresas o personas en general (Ley Presupuestaria y Ley Orgánica del Tribunal).

De otra parte indica también la jurisprudencia<sup>40</sup> que es susceptible la aplicación de la construcción doctrinal y jurisprudencial conocida como "*levantamiento del velo*", en la responsabilidad contable. Se admite la posibilidad que los jueces puedan penetrar el (levantar el velo jurídico) en el interior de las personas cuanto sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art 7, núm 2 del código civil) en daño ajeno o de los derechos de los demás (10 de la constitución), o contra intereses de los socios, es decir de un abuso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho. Solo constatar a efecto de buena fe, la auténtica personalidad social y económica de la misma, el sustrato legal de su personalidad. En tal sentido concluye el tribunal bajo el caso sub judice que se convierte en un vehículo de una actuación fraudulenta a cargo de la sociedad, que ha posibilitado que esta última accediese a unas ayudas públicas a las que no tenía derecho, no justificando la subvención.

#### **4. Relación de causalidad de la responsabilidad contable**

Respecto de la causa o nexo causal que explica la existencia de responsabilidad contable de un gestor de fondos públicos que mediante su conducta dolosa o gravemente culposa ha causado un daño o perjuicio al patrimonio del Estado, la

---

<sup>40</sup> STCU 5 de 10 de mayo de 2002.RJ 1984 2800. Sentencia en la sala de lo civil de 28 de mayo de 1984.

jurisprudencia<sup>41</sup> como define como “causa suficiente para producir el resultado, aquella que aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última” y que “es preciso determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo, de tal forma que en el primer caso existiría una causa adecuada a la producción del daño, que serviría de fundamento para indemnizar, mientras que en el segundo no. También considera que tiene que ser suficiente la conexión entre la conducta de los presuntos responsables y lo daños producidos, excluyendo el ejercicio de funciones de supervisión de la administración como auténtica causa del alcance provocado.

SOLA FERNANDEZ<sup>42</sup> considera que a pesar de la concurrencia de culpa en el perjudicado, en el caso de la responsabilidad contable, la Hacienda de la Administración correspondiente, no exonera ni aminora el *quantum* de dicha responsabilidad, dado que la Administración Pública, como persona jurídica que es, ha de actuar a través de órganos encarnados en personas físicas. No sería tan razonable que una conducta culposa, generada por la actuación de personas concretas, pudiera imputarse abstractamente al ente colectivo como tal. Únicamente, cuando la infracción legal y el menoscabo en los caudales o efectos públicos sea consecuencia de la falta de medios personales o materiales, podrá eximirse o atenuarse la responsabilidad de quien, en el desempeño de una función pública, los administre, intervenga o maneje.

Con lo cual el grado de participación en la conducta por cada agente generador del daño, no permite un efecto diferente en la cuantificación del daño, sino que la sentencia se tasa de manera solidaria para cada todos ellos, lo que se considera es si son responsables directos o subsidiarios.

---

<sup>41</sup> SSJTCu de 19 de febrero de 1985, de 17 de diciembre de 1998, de 12 de enero de 1999 y de 30 de septiembre de 1999.

<sup>42</sup> SOLA FERNANDEZ, Mariano. La Jurisdicción del Tribunal de Cuentas. <http://www.acuentascanarias.org/ponencia3.pdf>

Sin embargo la Ley Orgánica establece una causal de exención consistente en la no exigibilidad al establecer que no habrá lugar a la exigencia de responsabilidad subsidiaria cuando se pruebe que el presunto responsable no pudo cumplir las obligaciones, cuya omisión es causa de aquélla, con los medios personales y materiales que tuviere a su disposición en el momento de producirse los hechos, con lo cual al no encontrarse el elemento de la culpabilidad, se rompe el nexo causal, y deslegitima la existencia de responsabilidad contable.

De otra parte, señala la ley que cuando no existiere imposibilidad material para el cumplimiento de tales obligaciones, pero el esfuerzo que hubiera de exigirse al funcionario para ello resultara desproporcionado por el correspondiente a la naturaleza de su cargo, podrá atenuarse la responsabilidad, lo que sugiere de acuerdo al artículo 38 se harán susceptibles de responsabilidad subsidiaria. En este evento esta situación no rompe el nexo causal solo coloca a la persona responsable en un segundo orden de responsabilidad, teniendo en cuenta que el daño o menoscabo declarado en juicio se exige de primera manera a los responsables directos.

## **5. Naturaleza del daño**

El daño ha de consistir en el menoscabo o detrimento patrimonial del erario o caudales públicos, con ocasión a la gestión de dichos fondos, pues cualquier daño al patrimonio público no puede considerarse como objeto de responsabilidad contable. En esta medida, el daño causado por un servidor que no ostente funciones de manejo de fondos o recursos públicos, es un daño objeto de juicio de otra jurisdicción, como será la jurisdicción ordinaria.

La jurisprudencia ha indicado que de no toda acción u omisión contraria a la ley que origine menoscabo en los caudales o efectos públicos, inclusive aunque provenga de quien tenga a su cargo su manejo, origina responsabilidad contable. Por lo tanto de no definir la ley este ámbito de competencia, se invadirían competencias que la constitución –art 117.3 y 5- y las leyes-art. 16 de la ley orgánica 2 de 1982-reservan la mencionada jurisdicción

ordinaria, a la que corresponde, con “vis atractiva”, con el conocimiento de los conflictos que se susciten en cualquier rama del derecho y frente a la que lógicamente por eso mismo, las competencias jurisdiccionales conocidas a otros órganos distintos de ellas deben ser interpretadas restrictivamente.

Deben ser por esta medida, daños ocasionados como resultado de una infracción legal que tenga incidencia pecuniaria en el incumplimiento de normas contables, fiscales y presupuestales como las prescritas en la ley el artículo 141 de la ley presupuestaria.

El daño ha de ser cierto, cuantificable y concreto, no pueden estimarse como daños aquellos eventos de daños que son inciertos, otra cosa, es que no se hayan materializado pero que necesariamente lo harán pues no son desafortunadamente inevitables.

SALA SÁNCHEZ, P.<sup>43</sup> indica que el Tribunal de Cuentas ha señalado al respecto de la certidumbre del daño, que la realización por el tercero de una prestación a satisfacción del Ente público no supone daño efectivo para éste, de forma que si no se paga se estaría produciendo un enriquecimiento injusto de la Administración, es diferente que los servicios prestados no fuesen necesarios o no se ha justificado adecuadamente su necesidad, con los que se entraría en la esfera de los denominados gastos innecesarios o antieconómicos.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Sala Sánchez, P.: “Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España”, en *Revista española de derecho administrativo*, nº 39 (1983), pág. 534.

<sup>44</sup> SSJTCu de 14 noviembre de 2005 y de 20 de julio de 2007. SSJTCu de 14 de marzo de 2007.

De otra parte, además SESMA SANCHEZ<sup>45</sup> también señala que hasta que no se haya acreditado la correcta aplicación de la subvención, los fondos en que consiste pueden considerarse fondos públicos pues están afectos a la satisfacción de una finalidad pública.

A efectos de determinar otros eventos con los que puede materializarse el daño, puede considerarse lo que señala CASANA MERINO, sobre pagos indebidos y pagos a justificar. El pago indebido es aquel que se produce de forma extrapresupuestaria, sin relación alguna con las cuentas públicas. No se trata de un pago cuya inversión se desconoce, sino que siendo esta conocida, el destino de los fondos carece de fundamento alguno de acuerdo con lo previsto en el presupuesto. Por el contrario los pagos a justificar, el destino dado a los fondos es el previsto presupuestariamente pero falta acreditar dicha inversión. El pago indebido no será constitutivo de alcance, sino de una acción para recuperar lo indebidamente cobrado y de un expediente administrativo de responsabilidad de acuerdo a lo previsto en la LGP.

De otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas<sup>46</sup> ha establecido que hay que poner énfasis en que la responsabilidad contable surge, en todo caso, en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia, a saber, el cargo o entrega de los fondos, y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca la data, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien sea bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas o entrega de las cantidades recibidas en interés de un tercero. Acreditado un cargo y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas, lo que denominamos un alcance de fondos.

---

<sup>45</sup> SESMA SANCHEZ, Begoña. "Las subvenciones públicas". Lex nova. Valladolid.1998. pág 331

<sup>46</sup> Sentencia TC-6 de 2009

## **6. Responsabilidad directa y subsidiaria y exoneración de responsabilidad**

El artículo 38 de la ley orgánica del Tribunal de Cuentas, dispone que el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados. La responsabilidad para estos efectos, será declarada como responsabilidad directa o subsidiaria.

La responsabilidad directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados. Respecto a los responsables subsidiarios, la cuantía de su responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa. Las responsabilidades, tanto directas como subsidiarias, se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma.

Ha señalado la jurisprudencia<sup>47</sup> a este respecto, que con el artículo 49 de la ley de funcionamiento dado su carácter subjetivo y personalísimo al exigir dolo, culpa o negligencia grave solo pueden ser imputadas al que con sus actos u omisiones contrarias a la ley origine el menoscabo al tesoro público y en consecuencia dicha responsabilidad no es transmisible. Lo que trasmite es la deuda derivada de una declaración de

---

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas 5 de mayo de 1994 y Sentencia del Tribunal de Cuentas de 30 de junio de 1994.

responsabilidad por lo que entre tanto no haya una deuda líquida y exigible, no se transmite nada. No se puede englobar la transmisión de la culpabilidad, que implica el elemento más esencial de la responsabilidad contable.

En estos eventos, en que cualquiera o estos dos tipos de responsabilidad sean exigibles con arreglo a normas específicas en vía administrativa, la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto. Las resoluciones que se dicten por la Administración en que se declaren responsabilidades contables serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la Sala correspondiente.

El real decreto 3 de 1925, que regulaba las actuaciones y tareas del tribunal de cuentas, antes de la expedición de la ley 2 de 1982, ley orgánica, tenía establecido en su artículo 82 que se comprenderá entre los primeros responsables (responsables directos) a los encargados de la custodia, manejo, recaudación, y cobranza de los fondos o efectos malversados y entre los segundos (responsables subsidiarios) a los jefes o funcionarios que hubieren dado lugar al alcance por haber incumplido las prescripciones que en cada caso exige la ley para la completa fiscalización económica de los funcionarios que lo hubieren cometido o no hubieren exigido el afianciamiento debido en los casos que proceda.

Además este Real Decreto, disponía como causas generales de responsabilidad subsidiaria, en un artículo 39 párrafo 1, la negligencia o demora en el cumplimiento de sus deberes atribuidos de un modo expreso por las leyes o disposiciones legales que hayan dado ocasión directa e indirecta que el estado no pueda reintegrarse de la totalidad o parte de una responsabilidad que de no haber mediado tales circunstancias podría haberse realizado y siempre que el hecho de la negligencia o demora y de la imposibilidad del

reintegro se hayan debidamente comprobados y ligados entre sí por una relación causa y efecto.

Por otra parte, desde finales del siglo XX, ha indicado la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas<sup>48</sup>, que no pueden haber responsables subsidiarios automáticos sin que existan responsables directos. Si no hay responsables directos no tendría lógica jurídica la declaración de no existencia de responsabilidades directas y la admisión de responsabilidades subsidiarias con las consecuencias de su hipotética ejecución porque habría que recaer sobre los responsables el peso de una responsabilidad que directamente no recae sobre nadie. De lo contrario se asimilaría esta responsabilidad subsidiaria a los existentes en el régimen civil o penal.

Se ha comentado<sup>49</sup>, al interior del Tribunal de Cuentas que tradicionalmente la responsabilidad directa viene siendo solidaria en atención al interés general derivado del carácter público de los fondos perjudicados, lo que permite a la entidad pública titular de los mismos pueda dirigirse indistintamente contra cualquiera de los responsables sin necesidad de fraccionar la reclamación, puesto que cada uno de aquellos es deudor por entero de una obligación de reparar la totalidad del daño causado.

De otra parte, ha señalado el máximo órgano fiscalizador y de enjuiciamiento contable<sup>50</sup>, que el cooperador necesario como uno de los requisitos de responsabilidad directa, la responsabilidad subjetiva de la responsabilidad debe recaer por interpretación de 38.1, 15.1 y 2 b que esta responsabilidad no recae en cualquier persona sino en quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes o caudales o

---

<sup>48</sup> Sentencia de 30 de noviembre de 1988 del Tribunal de cuentas, 26 de junio de 1992 del Tribunal de Cuentas y Sentencia del Tribunal de Cuentas 30 de julio de 1992.

<sup>49</sup> MEDINA GUIJARRO. Código del Tribunal de Cuentas de España. Aranzadi.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas de 27 de septiembre de 2001.



efectos públicos, ya que de lo contrario la responsabilidad contable incluiría la responsabilidad civil de terceros frente a la administración.

## **7. La responsabilidad directa**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 42 de la ley orgánica serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución. Indica además este artículo que toda persona sujeta a obligación de rendir, justificar, intervenir o aprobar cuentas que dejare de hacerlo en el plazo marcado o lo hiciere con graves defectos o no solventara sus reparos, será compelido a ello mediante requerimiento conminatorio del Tribunal de Cuentas.

Si el requerimiento no fuere atendido en el improrrogable plazo señalado al efecto, el Tribunal de Cuentas podrá aplicar medidas tendientes a la sanción y actuaciones pertinentes para prevenir la obstaculización de la investigación.<sup>51</sup> El Tribunal de Cuentas, en su caso, pasará el tanto de culpa al Fiscal general del Estado por el delito de desobediencia.

## **8. La responsabilidad subsidiaria**

Prevé el artículo 43 de la ley orgánica del Tribunal de Cuentas, que son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas.

---

<sup>51</sup> Estas medidas consisten en las siguientes: a) La formación de oficio de la cuenta retrasada a costa del moroso, siempre que existieran los elementos suficientes para realizarlo sin su cooperación. b) La imposición de multas coercitivas en la cuantía que legalmente se establezca. c) La propuesta a quien corresponda para la suspensión, la destitución, el cese o la separación del servicio de la autoridad, funcionario o persona responsable.

La exigencia de responsabilidades subsidiarias sólo procede cuando no hayan podido hacerse efectivas las directas. Se ha considerado<sup>52</sup>, que es preciso determinar que los perjuicios que hayan sido competencia de la actuación negligente de cada responsable para fijar el importe de la responsabilidad subsidiaria. Ahora bien, en casos de múltiple concurrencia y de la imposibilidad de su concreción cabe su responsabilidad subsidiaria.

En todo caso, como responsabilidad que procede de la negligencia puede moderarse su cuantía cuando se compruebe y estime que los perjuicios ocasionados superan ostensiblemente lo que sería previsible para el grado de negligencia observado, lo que implica una valoración acorde con la prudencia y la equidad de las circunstancias que la matizan y configuran en el caso concreto.

No habrá lugar a la exigencia de responsabilidad subsidiaria cuando se pruebe que el presunto responsable no pudo cumplir las obligaciones, cuya omisión, es causa de aquélla, con los medios personales y materiales que tuviere a su disposición en el momento de producirse los hechos. Ha establecido la jurisprudencia<sup>53</sup> que es al sujeto agente al que le compete probar que el cumplimiento negligente de la obligación que se le imputa estuvo condicionado por circunstancias ajenas a su voluntad.

Ha señalado la jurisprudencia<sup>54</sup>, que cuando no existiera imposibilidad material para el cumplimiento de las obligaciones exigibles a un gestor de fondos públicos, pero el esfuerzo que deba exigirse fuera desproporcionado con el correspondiente a la naturaleza de su cargo podrá atenuarse la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 38. En tal

---

<sup>52</sup> MEDINA GUIJARRO. Código del Tribunal de Cuentas de España. Aranzadi.

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas de 17 de octubre de 2001.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas de 2 de octubre de 2000.

medida, en el contexto del ejercicio de unas funciones ciertamente cualificadas por una persona carente de la condición requerida para el desempeño de las mismas, debe producir como resultado de acuerdo a los principios de equidad y proporcionalidad, el uso de la potestad moderadora de la responsabilidad subsidiaria.

Por lo tanto, al encontrarse por ejemplo, ausencia o enfermedad puede habilitarse de funciones a uno de los funcionarios con capacidad suficiente, siendo la persona solo auxiliar administrativo del ayuntamiento y no un cargo equiparable a interventor que tiene requisitos previstos en real decreto 1174 de 1987, correspondiéndole por esta forma solo responsabilidad subsidiaria y no directa.

De otra parte, se ha considerado que no habrá lugar a la existencia de responsabilidad subsidiaria cuando se pruebe que el presunto responsable no pudo cumplir con las obligaciones, cuya omisión, es causa de aquella, con los medios personales y materiales que tuviere a su disposición en el momento de producirse los hechos.

De otra parte, al respecto de las causas de exención de la responsabilidad subsidiaria, sobre la base de la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones contables, que como establece el artículo 1104 del código civil, debe decirse que está en función de la naturaleza de esta y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, sin que pueda exigirse responsabilidad cuando el responsable no pudo prever o incluso previendo el resultado fuera inevitable art 1150 en todo caso la prueba de tales circunstancias ha de enmarcarse como indica el art 217 de la ley civil.

Debe decirse además que el Tribunal de Cuentas<sup>55</sup> ha considerado que la imputación a título de culpa de una responsabilidad directa, requerirá de aquella al menos la culpa

---

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas de 9 de septiembre de 1987.

grave, de no ser así, esto si bastara para caracterizar la responsabilidad directa de cualquier género de culpa o negligencia, ciertamente no podría establecerse una nítida diferencia entre ambos tipos de responsabilidad contable. Con la secuela de inseguridad jurídica que ellos implicaría y la posibilidad de variación en la valoración de unos hechos sustancialmente idénticos.

## **9. Exoneración de responsabilidad**

Por su parte, indica además, la ley en su artículo 39, que quedarán exentos de responsabilidad quienes actuaren en virtud de obediencia debida, siempre que hubieren advertido por escrito la imprudencia o legalidad de la correspondiente orden, con las razones en que se funden.

Tampoco se exigirá responsabilidad cuando el retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos sea debido al incumplimiento por otros de sus obligaciones específicas, siempre que el responsable así lo haya hecho constar por escrito.

Cuando no existiere imposibilidad material para el cumplimiento de tales obligaciones, pero el esfuerzo que hubiera de exigirse al funcionario para ello resultara desproporcionado por el correspondiente a la naturaleza de su cargo, podrá atenuarse la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo treinta y ocho de esta Ley.

Se ha comentado<sup>56</sup> que solamente tiene exoneración de responsabilidad cuando obre la constancia escrita de la imprudencia o de la ilegalidad de la orden con su correspondiente

---

<sup>56</sup> MEDINA GUIJARRO. Comentario. Código del Tribunal de Cuentas. Aranzadi.

motivación. De la misma manera ocurre si se acredita con razones suficientes que el perjuicio es consecuencia del incumplimiento de otros previos y específicos.

Art 39. quedarán exentos de responsabilidad, quienes obraren en virtud de la obediencia debida, siempre que hubieren advertido por escrito la imprudencia o legalidad de la correspondiente orden en las razones en que se funden. No solo dar cuenta los jefes de estas irregularidades permite la exoneración de responsabilidad pues esta debe darse por escrito, o sumada a las otras circunstancias que prevé la ley<sup>57</sup>.

El Tribunal de Cuentas<sup>58</sup>, además ha establecido, por ejemplo que en consideración a condiciones que pueden concurrir en la malversación de fondos como son irregularidades en la entidad crediticia, debilidad de los controles de órganos superiores y en último la colaboración prestada por los mismos declarados responsables subsidiarios, en si no es suficiente causa de exoneración de responsabilidad, si es motivo fundado para su ponderación hasta los justos límites fijados por el órgano de instancia para presumir responsabilidad subsidiaria.

De otra parte, el Tribunal de Cuentas<sup>59</sup>, ha considerado, que la diligencia exigible le obliga, a quienes desempeñen cargos de gestión de fondos públicos, a realizar las revisiones necesarias para conocer el estado de los bienes y derechos de cuyo manejo accede, debiendo plantear cuantas objeciones estime oportunas de acuerdo con los resultados de su supervisión iniciar su actividad gestora sin un adecuado entendimiento de la identidad e integridad del patrimonio cedido a su confianza constituye una forma de gestión gravemente negligente, sin que dicha calificación pueda combatirse alegando que las

---

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas de 15 de diciembre de 1994

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas de 17 de octubre de 2001.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas de 3 julio de 2000.

operaciones que influyeron en los fondos públicos fueron anteriores a la fecha de las nuevas funciones encomendadas.

Así mismo, el Tribunal de Cuentas<sup>60</sup>, ha entendido, que en eventos en los que servidores o particulares en el ejercicio de funciones públicas, a pesar de tener cargos de dirección y manejo, no sean gestores de fondos públicos, no podrán ser responsables por este tipo de hechos, sin que obsten responsabilidades de otra naturaleza. En el mismo entendido, respecto de quienes son representantes o directores de instituciones u organismos públicos, no pueden tener control sobre cargos que manejan de manera exclusiva, las operaciones de cargos que no son propiamente de jerarquía sino como lo distingue la doctrina administrativa de mera dirección con la atribución de funciones exclusivas en el manejo de fondos, lo que debilita el principio de jerarquía y el superior solo cuenta con la posibilidad de condicionar la finalidad de la actividad del inferior pero nunca predeterminar el contenido de sus actos y por lo tanto quien ostenta como director no podrá ser responsable contable.<sup>61</sup>

Y finalmente, de otra parte, si el funcionario, cuenta con los medios suficientes, materiales y personales para administrar debidamente la gestión de fondos públicos, teniendo por ejemplo, a su disposición por ejemplo pruebas representadas en informes que tanto la tesorería como la intervención le enviaron denunciando las anomalías de la recaudación, no puede exigirse responsabilidad subsidiaria puesto que el esfuerzo que debía exigirse de su cargo, requería los conocimientos propios del cargo de recaudador.

---

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas de 28 de febrero de 2001, Sentencia del Tribunal de Cuentas de 16 de noviembre de 1998 y Sentencia de 30 de abril de 1999.

<sup>61</sup> Es así que como para que la Dirección del museo hubiera podido evitar el hecho dañoso hubiera sido posible no un esfuerzo sobre dimensionado, en el cumplimiento de sus obligaciones que no tenía expresamente atribuidas, sino sustituir a la cajera en el ejercicio de sus competencias exclusivas, lo cual supone no un exceso sino todo lo contrario incurrir en negligencia al ejercer funciones ajenas.

## **10. Responsabilidad directa y responsabilidad subsidiaria:**

### ***Actuaciones previas del enjuiciamiento contable***

La ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, define las actuaciones previas al enjuiciamiento contable, a través de su artículo 45, en el que señala que una vez concluido el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupos de cuentas, o los correspondientes procedimientos de fiscalización, si aparecieren hechos que pudieran ser no constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, pero que pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades contables, el Consejero de Cuentas, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o Letrado del Estado y con citación y, en su caso, intervención del presunto responsable o de sus causahabientes, acordara la formación de pieza separada con la finalidad de concretar los hechos, los posibles responsables, tanto directos como subsidiarios, y el importe total de los perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos, cuando así resultare de lo actuado en el procedimiento fiscalizador de que se trate.

SALA SANCHEZ,<sup>62</sup> define las actuaciones previas como las actuaciones previas como el conjunto de diligencias a llevar a cabo para que previamente a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional se determinen los hechos, los presuntos responsables, los daños y perjuicios ocasionados, y se garanticen, en los casos debidos, los derechos de la Hacienda Pública que se entiendan menoscabados, sin perjuicio de la procedencia del archivo en los casos en que la Ley expresamente lo permite. Indica además que estas actuaciones previas pueden recibir las siguientes características:

a) Son previas a la exigencia de responsabilidad contable en vía jurisdiccional y, por consiguiente, a la incoación del juicio contable.

b) Su finalidad es ser el soporte necesario para la iniciación de la vía jurisdiccional.

---

<sup>62</sup> SALA SANCHEZ, "Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España", en *Revista española de derecho administrativo*, nº 39 (1983), pág. 534.

c) Delimitarán los hechos supuestamente constitutivos de responsabilidad contable, individualizarán los presuntos responsables, fijarán de forma provisional los daños y perjuicios causados y asegurarán los derechos de la Hacienda Pública en los casos legalmente previstos, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de archivo que la actuación conlleve.

SOLA FERNANDEZ<sup>63</sup>, considera que la Finalidad de la actuación tiene por objeto concretar los hechos, los posibles responsables, tanto directos como subsidiarios, y el importe de los daños y perjuicios causados a los caudales o efectos públicos.<sup>64</sup>

FERNANDEZ AJENJO<sup>65</sup>, menciona que las *actuaciones previas* a la exigencia de responsabilidades contables, son procedimientos especiales de fiscalización forense mediante los que se tramita un procedimiento instructor en los asuntos trasladados a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal (arts. 45 a 48 LFTCu), (...). Estas modalidades de control se tramitan a través de *procedimientos de fiscalización* caracterizados por el carácter reglado de la facultad de iniciativa, la naturaleza técnica de su instrucción y el carácter contradictorio de su terminación. La regulación básica de estos procedimientos se establece en el art. 45 LOTCu y los arts. 31 a 48 LFTCu, remitiéndose de forma supletoria en lo demás a la LRJPAC. La técnica de control será la auditoría (art. 27.3 LFTCu), desarrollándose los trabajos conforme a las Normas Internas de Fiscalización del Tribunal de Cuentas de 23 de enero de 1997 –NIF–.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 46 de la ley de funcionamiento, una vez culminado el proceso fiscalizador que les dio lugar, se pasarán a la Sección de

---

<sup>63</sup> SOLA FERNANDEZ, Mariano. La Jurisdicción del Tribunal de Cuentas. <http://www.acuentascanarias.org/ponencia3.pdf>. 2003

<sup>65</sup> FERNANDEZ AJENJO. El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la IGAE. 2009.



Enjuiciamiento a efectos de que proponga a la Comisión de Gobierno, si procediere, el nombramiento de Delegado instructor, quien deberá adelantar las diligencias pertinentes de la respectiva actuación previa en el plazo de dos meses, prorrogables por otro mes con justa causa.

Cuando los hechos, manifiestamente, no revistan caracteres de alcance o cuando no fuere éste individualizado con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales o efectos públicos, podrá el Consejero de Cuentas a que hubiere correspondido, previa audiencia del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado y, en su caso, si estuviere comparecido en forma, de quien hubiere deducido la pretensión de responsabilidad contable, por término común de cinco días, decretar el archivo de las actuaciones, dándose contra esta resolución recurso ante la Sala del Tribunal que resultare competente dentro del plazo de cinco días, sin que quepa ulterior recurso y sin perjuicio de lo que procediere en punto al recurso de casación en el procedimiento jurisdiccional correspondiente.

MEDINA GUIJARRO<sup>66</sup>, considera al respecto este letrado del Tribunal opina que debería suprimirse el recurso del artículo 48.1, las quejas que se resuelven a través de este medio de impugnación podrían, dejándose constancia de ellas en las propias actuaciones previas, reproducirse y ventilarse dentro del propio procedimiento de instancia. Además en el proceso de reintegro por alcance, podría adoptarse una etapa previa en la que se realizaran medidas cautelares que hagan efectiva una eventual sentencia de la condena

Según lo señala el artículo 47, el Delegado instructor se encuentra facultado para realizar las siguientes actuaciones con ocasión a la investigación de estas actuaciones previas, tramites que será adelantados mediante pieza separada:

---

<sup>66</sup> MEDINA GUIJARRO, Javier. *“Presente y futuro del enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas”*.

a) Reclamación de las diligencias preventivas del alcance que se hayan instruido por el Jefe del Centro o Dependencia donde haya ocurrido la falta, o por el alcanzado en su caso.

c) Practica de las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, a no ser que se considerasen suficientes las practicadas con anterioridad.

d) Pase del tanto de culpa a los Tribunales ordinarios, si hubiese indicios de responsabilidad criminal, salvo que conste haberse hecho en las diligencias preventivas.

e) Liquidación provisional del alcance, previa citación de los presuntos responsables, Ministerio Fiscal, Letrado del Estado o, en su caso, legal representación de la entidad perjudicada, con mención expresa de la clase de valores, efectos o caudales públicos que pudieran haber sufrido menoscabo.

f) Requerimiento de los presuntos responsables para que depositen o afiancen, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe provisional del alcance, más el cálculo, también provisional, de los intereses que pudieran resultar procedentes, bajo apercibimiento de embargo.

g) Embargo de los bienes de los presuntos responsables a no ser que tuviesen afianzada, o afianzaren, en forma legal, sus posibles responsabilidades en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación.

La ley señala que si existiese dificultad para la determinación de las posibles responsabilidades subsidiarias, se hará constar así en el acta de liquidación provisional y se proseguirán las actuaciones con los presuntos responsables directos, dejando para un momento posterior el aseguramiento de aquéllas.

De otra parte, la diligencia de embargo, en los casos en que resultare procedente, se practicará en la forma prevenida en el Reglamento General de Recaudación para la vía de apremio.

Conforme lo estipula el artículo 48 de la ley, contra las resoluciones dictadas en la pieza separada de estas actuaciones, en que no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión, se dará recurso ante la Sala del Tribunal que corresponda, a interponer dentro del plazo de cinco días. Además, contra las resoluciones de la Sala resolviendo los recursos prevenidos en el párrafo anterior, no se dará recurso alguno, sin perjuicio de lo que se acordare, al respecto, en el procedimiento jurisdiccional y de lo que, en su día, procediere en punto al recurso de casación.

SOLA FERNANDEZ, menciona que los trámites del artículo 45 simplemente requieren la formación de una pieza separada, tomando como base el procedimiento de fiscalización o el examen y comprobación de cuentas donde se hayan apreciado los indicios de responsabilidad contable, aportando aquella documentación cuya incorporación sea pretendida por quienes estén legitimados para ello, sin que sea posible desplegar instrucción o desarrollo alguno que supere las meras facultades de acopio de datos y documentos. Menciona además que por el contrario, las diligencias del artículo 47 exigen una auténtica instrucción procedimental, en la que partiéndose de unos datos e información iniciales se reclama la práctica de diligencias preventivas, se llevan a cabo las estimadas oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables, se realiza la liquidación provisional, constitutiva como resultado de la previa actuación del procedimiento de reintegro por alcance.

SOLA FERNANDEZ<sup>67</sup> también considera sobre el tema que la liquidación provisional puede considerarse como el acto más importante de la instrucción, pues través de un Acta presenta los logros conseguidos en las fases indagatorias, declarándose de una manera previa y provisional la existencia o inexistencia de alcance y los presuntos responsables contables; por otra parte es el cauce para que las distintas partes interesadas en la instrucción tengan conocimiento de las consecuencias y puedan intervenir en la fijación inicial de sus posturas y atribución de responsabilidades, que encontrarán en el juicio contable su legal terreno de contradicción y de decisión.

En vía jurisprudencial se ha señalado que presunción de inocencia en las actuaciones previas. Dice que se trata de un derecho plenamente ejercitable ante la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, y no puede estimarse que en las actuaciones previas como la primera y segunda instancia procesal se hayan vulnerado, pues se ha desplegado una actividad probatoria suficiente.<sup>68</sup>

MEDINA GUIJARRO, Javier y PAJARES GIMENEZ,<sup>69</sup> consideran que las actividades de instrucción se configuran como una base preparatoria del procedimiento de reintegro por alcance. El acta no tiene carácter de resolución, solo es un documento en el que se deja constancia de hechos que pueden tener relevancia en un proceso jurisdiccional posterior. No obstante el instructor adopta medidas cautelares, tales como depósito o afianciamiento, o en su defecto decretar el embargo de bienes, todo ello sin audiencia del interesado. A juicio de los tratadistas, estas medidas constituyen resoluciones administrativas que se basan en la conducta de las personas y de cuya prestación se deriva limitación de derechos. Por ello de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Cuentas, se entiende que dichas resoluciones quedan protegidas por el principio de presunción de inocencia.

---

<sup>67</sup> SOLA FERNANDEZ. "Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España", en *Revista española de derecho administrativo*, nº 39 (1983).

<sup>68</sup> Sentencia número 10 de 1997.

<sup>69</sup> MEDINA GUIJARRO, Javier y PAJARES GIMENEZ, A, "Comentario sobre la jurisprudencia contable" REDF. núm 82/1994, pág 4316

El Tribunal Supremo entiende la finalidad de las Actuaciones Previas a la exigencia de responsabilidad contable reguladas en el capítulo XI del título IV de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, como la de concretar unos hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad contable, los posibles responsables, y el importe total de los daños y perjuicios producidos<sup>70</sup> y si bien comportan, como señaló el Tribunal Constitucional<sup>71</sup>, en la, "actividades de instrucción" ordenadas a preparar la actividad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, no tienen carácter estrictamente judicial, pues en la Ley de Funcionamiento se excluyeron expresamente de las tareas de carácter judicial que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas.

Al respecto, mediante pronunciamiento jurisprudencial el Tribunal Supremo,<sup>72</sup> denuncia el recurrente el quebrantamiento por parte de las denominadas "Actuaciones Previas" de las normas esenciales del proceso o de los principios de audiencia y defensa, con indefensión, cuya subsanación ha solicitado oportunamente a través de todos los cauces legales disponibles. Manifiesta que las Actuaciones Previas vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva, con un proceso justo, imparcial, con todas las garantías e igualdad de armas pues se desarrollaron, desde su inicio, con la sola intervención de las personas a las que se imputaba la presunta responsabilidad, manteniéndole en la ignorancia, circunstancia de la que desprende su falta de imparcialidad. Concluye en definitiva que la sentencia impugnada no recoge pronunciamiento alguno sobre la cuestión planteada, esto es resulta admisible que los actos de averiguación de las actuaciones previas los desarrolle la Delegada instructora de forma unilateral y exclusiva con las personas que están imputadas.

El Tribunal concluye al respecto, que no es posible la aplicación a las Actuaciones Previas, de las normas reguladoras de la fase instructora de los procedimientos judiciales, ni las de los procedimientos administrativos al no finalizar con resolución que decida definitivamente sobre

---

<sup>70</sup> Sentencia de 2 de noviembre de 2005 (recurso 1945/2000)

<sup>71</sup> sentencia 18/1991, de 31 de enero

<sup>72</sup> Sentencia Tribunal Supremo 4136/2010

el asunto. Además, indica que los artículos 46 y 47 de la LFTCu establecen las actuaciones que se han de llevar a cabo ante los hechos supuestamente constitutivos de alcance, al margen de si su conocimiento se ha puesto de manifiesto dentro de un procedimiento fiscalizador o no. Así como también, que la regulación de las actuaciones previstas en los artículos 46 y 47 de la LFTCu, no contemplan la intervención del ejercitante de la acción pública, razón por la cual, la falta de participación del accionante en el desarrollo de las mismas no vulnera derechos, pues no se le ha causado la efectiva y real indefensión que el motivo citado requiere.

Al respecto de las actuaciones previas, debe resaltarse en cierta medida, el resultado eficiente que con las mismas puede perseguirse, pues como lo indica la normas, a pesar de no culminar mediante una resolución, pueden llegar a motivar la posible existencia no solo de responsables directos sino de subsidiarios, lo que denota un análisis valorativo e investigación, más allá de los presupuestos o propósito que buscan otro tipo de indagaciones preliminares como la regulada mediante la ley 610 de 2000, para el caso de la responsabilidad fiscal de Colombia, en los que básicamente se busca la determinación del daño e identificación de los presuntos responsables, sin entrar a valorar otros aspectos, como el grado de culpabilidad en cierta medida con el que obraron.

Situación que no obstante si se tendría en cuenta, pues como lo señala la normatividad y jurisprudencia en responsabilidad contable, uno de los supuestos al analizar la responsabilidad subsidiaria se está valorando si el gestor obro simplemente de forma negligente a diferencia de la responsabilidad directa donde se observa por lo menos la existencia de culpa grave.

Sin embargo debe mencionarse, como también lo ha identificado MEDINA GUIJARRO, que la práctica de medidas cautelares resulta excesivo máxime cuando esta actuación no reviste si quiera una actuación judicial previa y no tiene consecuencias vinculantes para el investigado, al no culminar con una resolución o acto coactivo, sino por el contrario consistir en un informe que sirve de sustento al posterior enjuiciamiento contable, es además por esto, que es necesaria la notificación y vinculación del investigado a estas actuaciones previas.

## **11. Acciones y actuaciones administrativas que dan inicio al proceso**

### **11.1 Función fiscalizadora**

La ley establece que cuando el Tribunal de Cuentas a través del ejercicio de dicha función, sea examen y comprobación de cuentas, o sea cualquier otro tipo de procedimiento fiscalizador, conozca de hechos que pudieran ser constitutivos de alcance de fondos públicos, procederá a dar conocimiento de ello a la Sección de Enjuiciamiento del propio del tribunal a fin de que sea acordado lo procedente, esto es, o bien el inicio de las actuaciones previas mediante el nombramiento de un Delegado Instructor, o bien el archivo de las actuaciones si así fuera procedente.

Es así como de encontrarse estos eventos evidenciados en la labor fiscalizadora o del examen de las cuentas, pudieran deducirse la existencia de supuestos de responsabilidades contables distintos del alcance, se deberá acordar la formación de la pieza separada, a efectos de adelantar las actuaciones previas al juicio de cuentas o proceso correspondiente de responsabilidad contable, actuaciones una vez terminadas, se remitirán a la Sección de Enjuiciamiento a efectos de la iniciación si procede del correspondiente juicio de cuentas.

En de esta forma que la función fiscalizadora a través de la auditoría contable, presupuestal y financiera busca un suministro relevante en la determinación de irregularidades en el manejo de fondos y recursos públicos que son trasladadas a la sección de enjuiciamiento para su conocimiento y tramite respectivo.

### **11.2 Denuncias:**

SOLA FERNANDEZ, concluye que a las denuncias se refiere en términos poco claros y que se prestan a equívocos el art. 46.1 de la LFTCU cuando dice "Los hechos supuestamente constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, tanto si su

conocimiento procede del examen y comprobación de cuentas, o de cualquier otro procedimiento fiscalizador, como si es consecuencia de una gestión de aquellos que hubiera tenido lugar al margen del proceso normal de rendición de cuentas.....". Pues de lo anterior, podría considerarse que dentro de esta fuente de conocimiento o de vía de iniciación la obligación que el art. 146 de la LGP impone a los jefes de los presuntos responsables y a los ordenadores de pagos de poner en conocimiento del Tribunal de Cuentas los hechos supuestamente constitutivos de alcance, y sobre los cuales, no puede incoarse procedimiento administrativo declarativo de responsabilidades contables y en esta medida esta comunicación al Tribunal de Cuentas por parte de estos gestores de fondos públicos se constituiría en una denuncia.

Habría que considerar también que como cualquier forma de participación ciudadana en la gestión administrativa, cualquier ciudadano ajeno a la administración, puede denunciar hechos presuntamente irregulares y constitutivos de gestión irregular de fondos públicos.

### **11.3 Acción pública**

El artículo 47 de la ley orgánica dispone que será pública la acción para la exigencia de la responsabilidad contable en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas. En ningún caso se exigirá la prestación de fianza o caución, sin perjuicio de la responsabilidad criminal y civil en que pudiera incurrir el que ejercite la acción indebidamente.

En esta medida, el art. 56 de la LFTCU, instituye la acción popular ante la jurisdicción contable, en atención a lo dispuesto por el artículo 47 de la ley orgánica. El ejercicio de la acción pública de acuerdo a la ley de funcionamiento puede interponerse a efectos de responsabilidad contable y se efectuará mediante escrito presentado dentro del plazo de nueve días dentro del proceso de juicio de cuentas.



MEDINA GUIJARRO<sup>73</sup>, considera que habría que eliminar trabas formales que hoy pesan en el ejercicio de la acción popular en la medida que es un derecho constitucional íntimamente relacionado con el derecho fundamental de tener tutela efectiva en los juzgados y tribunales dentro de los que se incluye el Tribunal de Cuentas.

Menciona la jurisprudencia<sup>74</sup> que La acción popular contable fue instaurada en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas en su artículo 47.3 y previsto su ejercicio en su Ley de Funcionamiento, en su artículo 56, a efectos de un ordenado desenvolvimiento del proceso; pero no se concibió para exigir responsabilidades de toda índole, que puedan producirse frente a las Administraciones Públicas, por menoscabo de los caudales o efectos públicos, sino solamente las responsabilidades contables y por tanto derivadas de las cuentas que han de rendir todos cuantos manejan caudales o efectos públicos y con los requisitos caracterizadores de dicha responsabilidad; es decir, acción u omisión antijurídica (contraria a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad, que resulte aplicable a las Entidades del Sector Público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes del Sector Público) y culpable (realizada con dolo, culpa o negligencia graves) que origine un menoscabo en los efectos públicos, llevada a cabo por los que tienen a su cargo el manejo de los mismos y están por ello obligados a rendir cuentas de su gestión.

En esta medida indica el Tribunal de Cuentas que es preciso indicar que el artículo 125 de la Constitución de España, determina que los ciudadanos podrán ejercer la acción popular en la forma que la Ley determine; y como consecuencia de ello y en lo que a la jurisdicción contable se refiere, de acuerdo con el artículo 56.2 de nuestra Ley Procesal, en desarrollo del artículo 47.3 de la Ley Orgánica. Se trata pues, de un derecho de contenido procesal, pero no de carácter absoluto e incondicionado, sino por el contrario, limitado y sujeto a unos requisitos jurídicos, formales, que afectan tanto a la necesaria individualización de los

---

<sup>73</sup> MEDINA GUIJARRO, Javier. *“Presente y futuro del enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas”*.

<sup>74</sup> Auto de Tribunal de Cuentas 7 de mayo de 2001.

supuestos de responsabilidad contable, como a la precisa referencia a las cuentas y actuaciones susceptibles de determinarla y a la concreta invocación de la normativa legal que se estime conculcada.

De lo que antecede se puede deducir que los requisitos legales sobre el ejercicio de la acción pública contable están regulados como protección a los cuentadantes, frente a pretensiones no debidamente justificadas de los ejercitantes de dicha acción. De ahí que es absolutamente necesario que el cumplimiento de los requisitos legales sobre el ejercicio de la acción pública debán ser, en todo caso, cuidadosamente exigidos; acudiendo a una estricta interpretación de los preceptos legales que informan este medio de iniciación de los procedimientos jurisdiccionales de naturaleza contable.

Además indica el Tribunal de Cuentas<sup>75</sup>, en atención al artículo 47.3 de la Ley Orgánica de 2/1982, en estrecha conexión con el artículo 56 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas que es un Derecho constitucional –introducido en el artículo 125 de la CE, la acción popular,- que consagra la participación de los ciudadanos en la administración de justicia contable, siendo, como ya se ha dicho, la primera manifestación de este Derecho Fundamental, el acceso a la jurisdicción, y el principio pro actione, según el cual la aplicación de las normas que rigen aquél, debe ser efectuada del modo más favorable al ejercicio de la acción, sin perjuicio que la resolución fundada en Derecho que ponga fin al conflicto, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, siempre que concurren los requisitos procesales para ello.

En esta medida sigue indicando el Tribunal que “es esencial el principio pro actione”, según el cual, la interpretación de las normas que rigen el acceso a la jurisdicción debe ser hecha del modo más favorable al ejercicio de la acción y a la actuación de una resolución

---

<sup>75</sup> Auto del Tribunal de cuentas de 7 de mayo de 2001.

fundada en Derecho, para decir más adelante que “la comprobación de los requisitos precisados en el artículo 56.2 de la misma Ley de Funcionamiento debe ser hecha con arreglo al citado pro actione, en la necesidad de evitar que un excesivo rigor en el criterio de apreciación llevara a inadmisiones vulneradoras de la Tutela Judicial Efectiva” y máxime teniendo en cuenta “quienes ejercitan la acción popular ante la jurisdicción contable están al margen de la órbita económico-financiera del Sector Público y no disponen de la documentación necesaria para concretar con rigor los hechos. Precisamente por ello el Legislador de 1988 distingue, en el artículo 56 el ejercicio de la acción popular según que existiera o no procedimiento jurisdiccional iniciado, previendo, en caso negativo la necesidad de practicar las llamadas actuaciones previas como soporte necesario de investigación y facilitación de la anterior vía jurisdiccional.

Considera además el Tribunal<sup>76</sup> que los Derechos y Garantías procesales, como en el caso de la acción pública, que delimitan el contenido del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, se acogen a tres grandes principios que constituyen el trípode sobre el que se sustenta ese Derecho. Tales principios son los siguientes: el principio del favor actionis o pro actione, que tiene su aplicación en todo lo relativo a los derechos de acceso a la Jurisdicción y a obtener una resolución, fundada en Derecho, además el deber judicial de promover y cooperar en la efectividad de la Tutela que afecta a todas las fases de su resolución y, por último, el principio de razonabilidad.

En cuanto al principio pro actione, que puede formularse como aquél que impide interrumpir el desarrollo normal de la acción ejercitada, si no es en base a una causa expresamente prevista por la Ley e interpretada en el sentido más favorable a su desarrollo normal hasta el fin y que obliga a resolver un litigio de una vez y por todas, si cabe hacerlo. O dicho de otra forma, de acuerdo con este principio, no debe cerrarse al ciudadano la vía para el ejercicio de un derecho si en la interpretación lógica de la norma permite otras alternativas. Este principio debe presidir toda realización de la Tutela Judicial

---

<sup>76</sup> Auto Tribunal de Cuentas de 7 de mayo de 2001.

y para conseguir sus objetivos, actúa a través de otros principios subordinados, como son el antiformalista y el de subsanabilidad.

De otra parte, menciona FERNANDEZ AJENJO<sup>77</sup>, que la denuncia pública, es decir, la comunicación por fuentes externas de hechos presuntamente incursos en responsabilidad contable sin pretensión de ser parte en el proceso, no se recoge expresamente en la normativa, pero ha sido admitida pacíficamente por la jurisprudencia del Tribunal en el caso de los procedimientos de reintegro por alcance, negándose, por el contrario, en el juicio de cuentas (AATCu de 21 de octubre y de 15 de diciembre de 1994). Cita en este entendido que esta doctrina jurisprudencial ha sido criticada por CUBILLO RODRÍGUEZ, quien la considera contraria a la tutela judicial efectiva y a la propia función de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. En caso de admitirse la denuncia, el procedimiento a seguir sería la apertura de actuaciones previas por parte del Consejero de la Sección de Enjuiciamiento.

Así como también indica también FERNANDEZ AJENJO<sup>78</sup>, que a pesar de que la LOTCu ha reconocido expresamente la acción popular contable para toda clase de procedimientos jurisdiccionales, sin que sea necesaria la prestación de fianza o caución alguna (art. 47.3), la LFTCu ha establecido unos requisitos restrictivos para su ejercicio, pues se exige que el actor público individualice «los supuestos de responsabilidad por que se actúe con referencia a las cuentas, actos, omisiones o resoluciones susceptibles de determinarla y a los preceptos legales que, en cada caso, se consideren infringidos»<sup>79</sup>

Así las cosas, puede decirse que la acción popular está concebida como una herramienta de acceso a la administración de justicia, y en tal medida el Tribunal de Cuentas, como se

---

<sup>77</sup> FERNANDEZ AJENJO. El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la IGAE.2009.

<sup>78</sup> FERNANDEZ AJENJO. El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la IGAE.2009.

<sup>79</sup> CUBILLO RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, 1999, pp. 185 y 199-200.

ha indicado, ha proporcionado criterios a través de pronunciamiento en los que facilita el ejercicio de esta acción a quien se encuentre interesado.

Sin embargo, debe tenerse presente a pesar de lo que opinan algunos autores, que esta figura es un tipo de acción, y que en esta medida se diferencia de otras formas de participación ciudadana como es el caso de las denuncias, con lo cual es entendible que haya cierto grado de exigencia la forma y requisitos con los que se debe interponer esta solicitud, ligados básicamente a indicar más explícitamente el perjuicio ocasionado, pues mediante esta forma en definitiva se está activando la acción judicial del Estado y el cuerpo jurisdiccional se ve en la obligación de pronunciarse al respecto y brindar cosa juzgada, a diferencia de lo que puede presentarse en el trámite vía administrativa de una investigación sobre la advertencia de los hechos presuntamente generadores de responsabilidad contable en donde la carga de la prueba y valoración de los hechos recae totalmente en la administración.<sup>80</sup>

## **12. Responsabilidad por vía administrativa y judicial**

### **12.1 Vía administrativa**

#### **Expedientes administrativos**

El artículo 41 de la ley orgánica del Tribunal de Cuentas, establece que menoscabo patrimonial a caudales o erario público, sean exigibles con arreglo a normas específicas en vía administrativa, la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto. Las resoluciones que se dicten por la Administración en que se declaren

---

<sup>80</sup> Esta clase acción se presenta en el régimen jurídico como una forma demanda, en la que la ciudadanía denuncia hechos que comprometen los recursos públicos, bajo la representación y defensa técnica de un abogado, en donde de ser concedidas las pretensiones se otorga un reconocimiento económico a los demandantes y se previenen o toman las medidas conducentes a la indemnización del perjuicio.

responsabilidades contables serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la Sala correspondiente.

La responsabilidad contable en vía administrativa fue introducida por la Ley General Presupuestaria (LGP) de 4 de Enero de 1977, así como recogida en el Texto Refundido de dicha Ley (TRLGP) de 23 de Septiembre de 1988, artículos 140 al 146.

El art. 141.1 presenta una de infracciones contables consistentes en los siguientes:

1º La infracción contable de alcance o malversación. Este proceso es adelantado directamente por el tribunal de cuentas.

2º Las infracciones contables diversas contenidas en los apartados b, c, d, f, y g. Estas infracciones, son susceptibles de ser enjuiciado en vía administrativa.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 177 de la ley general de presupuesto, constituyen infracciones contables las siguientes:

a) haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.

B) administrar los recursos y demás derechos de la hacienda pública sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el tesoro.

c) comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar gastos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la ley o en la de presupuestos que le sea aplicable.

d) dar lugar a pagos reintegrables de conformidad con lo establecido en el artículo 77(pagos indebidos).

e) No justificar la inversión de los fondos a que se refieren los artículos 78 y 79(anticipos de caja y pagos a justificar) y la ley general de subvenciones.

F) cualquier acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurren los supuestos establecidos en esta ley (requisitos generales de responsabilidad). Pues también es infracción contable cualquier acto o resolución con infracción de las leyes reguladoras de la normativa presupuestaria y contable de las comunidades autónomas y de las haciendas locales.

Las normas reguladoras de los expedientes administrativos declarativos de responsabilidad contable contenidas en la LGP y normas de desarrollo son, aplicables a las distintas entidades y organismos públicos. Al respecto debe considerarse que la ley orgánica del Tribunal de Cuentas en su artículo segundo establece que integran el sector público: la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las entidades gestoras de la Seguridad Social, los Organismos autónomos, las Sociedades estatales y demás Empresas públicas.

SOLA FERNANDEZ<sup>81</sup>, considera en lo que a las Comunidades Autónomas se refiere, que las distintas Leyes de Hacienda Pública de cada una de las mismas han ido incorporando preceptos similares al artículo 140 y ss de la LGP, con la excepción de La Rioja a la que por vía supletoria se aplica, no obstante, el referido régimen de la LGP en virtud del juego del art. 149.3 de la Constitución. Además menciona, este letrado, que en el ámbito de las Corporaciones Locales pese a los problemas interpretativos planteados por la entrada en vigor de la Ley de Haciendas Locales de 28 de Diciembre de 1988, en lo que se refiere a la derogación total o parcial del Título VIII del TR de Haciendas Locales de 1986, debe predicarse una solución similar al resto de los entes del sector público, conclusión que tiene un respaldo definitivo desde la publicación del Decreto de 26 de Mayo de 1993,

---

<sup>81</sup> SOLA FERNANDEZ, menciona este letrado que La Ley 30/92 del Régimen Jurídico de las Administraciones. Públicas, dentro de las que se encuentran tanto la Local como la Autonómica, disponiendo el art. 20 del Decreto mencionado que en los supuestos de responsabilidad contable en que incidan los funcionarios al servicio de las Administraciones. Públicas, se aplicarán los arts. 140 y ss del TRLGP, sin perjuicio de las normas específicas.

regulador del procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

MEDINA GUIJARRO<sup>82</sup>, considera que se hace necesario que el Tribunal de Cuentas, asuma todas las competencias jurisdiccionales, avocando la delegación legislativa que en la ley de funcionamiento y en las normas autonómicas existe a favor de las administraciones públicas, lo que suprimiría la delegación de responsabilidades contables en vía administrativa, y mayor seguridad jurídica evitándose al tiempo posibles duplicidades e incluso hechos exentos de enjuiciamiento por alguna de las dos vías.

Al respecto debe decirse que de acuerdo a la que establece la ley no es tan probable que se presenten al mismo tiempo dos actuaciones constitutivas de enjuiciamiento, como la manifiesta MEDINA GUIJARRO, si se tiene en cuenta que la ley orgánica en su artículo 41 manifiesta que antes de dar impulso a la actuación en vía administrativa la administración deberá comunicar al Tribunal de Cuentas, el cual podrá tomar el conocimiento del proceso en cualquier tiempo.

Además debe tenerse en cuenta que si bien, los supuestos que de acuerdo a la ley presupuestaria pueden corresponder al trámite administrativo, dentro de los que se encuentran el cobro de dineros reintegrables como consecuencia de pagos no debidos y de anticipos de caja o pagos a justificar, el conocimiento exclusivo de las infracciones por alcance o malversaciones de dinero, es del Tribunal de Cuentas.

Y de esta forma, al ser este tipo de dineros faltantes reconocidos por la administración de acuerdo a las inconsistencias presentadas contablemente, puede realizar un trámite en el que cuenta con parámetros de menor discusión sobre la naturaleza real del daño por pago indebido o irregularidad contable, que el que puede encontrarse en los procesos de alcance o malversación en los que de manera general se observa que los dineros salieron de manera del erario público sin tener en claro la justa causa de esta situación así como la culpabilidad de los

---

<sup>82</sup> MEDINA GUIJARRO. Javier. Presente y futuro del enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas.



gestores de fondos públicos que intervinieron en ella, del que puede observarse por ejemplo de pagos indebidos en los que consta una fuente del pago que explica por si misma el pago en exceso o por otros conceptos no contemplados.

El tema de la inmediatez a la prueba, de los resultados del proceso auditor o fiscalizador o de la entidad afectada en la misma circunscripción territorial, es otro aspecto, que justifica la posibilidad de adelantar el trámite administrativo de este tipo de responsabilidades contables, si se tiene en cuenta que no existe representación o dependencias descentralizadas del Tribunal de Cuentas en las Comunidades Autónomas, con lo cual resulta posiblemente más eficiente la ejecución de las diligencias y prácticas de las pruebas documentales, periciales, testimoniales, entre otras, que con ocasión al proceso deban adelantarse.

El inconveniente o tal vez desventaja que podría observarse, como ya se manifestó al respecto de las facultades de órganos administrativos, es que sus providencias o resoluciones no quedan en firme sino que pueden ser revisadas o impugnadas ante la respectiva jurisdicción judicial, que en este caso radicaría en el Tribunal de Cuentas, con lo que se cuestiona el tiempo que efectivamente termina empleándose en este tipo de procesos, siendo lógicamente mayor del que pudiera tenerse si se adelantara de forma directa por dicho órgano judicial.

## **12.2 Vía judicial**

El artículo 51 de la ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al describir las funciones de las salas del este máximo órgano fiscalizador y de enjuiciamiento contable, establece que en segunda instancia, de las apelaciones deducidas contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Consejeros de Cuentas en los *juicios de cuentas*, en los *procedimientos de reintegro por alcance* y en los *expedientes de cancelación de fianzas*, es así como introduce en la ley los asuntos y procesos propios de su competencia.

Estos procedimientos son regulados posteriormente en la ley a través del capítulo VII relativo al procedimiento de Juicio de Cuentas, artículos 68 a 71, capítulo VIII sobre el procedimiento de reintegro por alcance, artículos 72 a 74 y capítulo IX, al respecto de los

expedientes de cancelación de fianzas, artículos 75 a 77.

La ley de funcionamiento del tribunal de cuentas<sup>83</sup>, menciona que la:

*“Ley distingue, en punto a estos procedimientos judiciales, entre los supuestos de responsabilidad contable distintos del alcance de caudales y efectos públicos y aquéllos otros que únicamente pretenden dilucidar pretensiones fundadas en este concreto caso. La razón de la separación es clara: Mientras que el alcance supone la existencia de un saldo negativo e injustificado de una cuenta, fácilmente constatable en un mero examen y comprobación de la misma y que, por esa razón, puede sin dificultad discurrir por los cauces del juicio declarativo que corresponda a su cuantía, los demás supuestos de responsabilidad implican, las más veces, un complejo proceso de fiscalización y constatación de datos –menoscabo en caudales y efectos públicos, infracción de precepto legal regulador del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable, relación de causa a efecto, etcétera–, que sólo a través de un proceso declarativo, como el ordinario contencioso-administrativo, pueden ser clarificados con las adecuadas garantías.*

*Con separación de los dos clásicos procedimientos jurisdiccionales, y por tener una naturaleza diferente y más bien asimilable a la de los expedientes de jurisdicción voluntaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula la Ley de Funcionamiento los expedientes de cancelación de fianzas. En ellos no se ejercitan pretensiones de responsabilidad contable y su única finalidad es, precisamente, constatar la inexistencia de ésta para, si así ocurre, proceder a su cancelación y devolución.”*

### **12.2.1. El Proceso de enjuiciamiento contable**

La Ley establece que al recibirse la pieza separada de las actuaciones previas que hubieren tendido lugar sobre la investigación de posibles hechos con responsabilidad contable,

---

<sup>83</sup> Preámbulo de la ley 7 de 1988, LFTCu.

referido en el artículo 45 de esta Ley, así como en el expediente administrativo declarativo de responsabilidades contables, estos serán entregados a la Sección de Enjuiciamiento para que al designarse en magistrado encargado del trámite, este se pronuncie sobre la viabilidad del trámite de juicio contable.

El magistrado designado, tendrá en cuenta si la pieza o expediente resultara, de modo manifiesto, inequívoco y claro, la existencia de caso alguno de responsabilidad contable, la competencia jurisdiccional, o la existencia procedimiento de fiscalización del que haya de depender la responsabilidad contable, pues de no encontrarse estos supuestos se inadmitirá el trámite del proceso. De admitirse el proceso, señala la ley, que se emplazaran a los responsables para procurar su comparecencia y se publicara el inicio del proceso.

SOLA FERNANDEZ<sup>84</sup> señala que el enjuiciamiento contable es una actividad llevada a cabo por los órganos competentes para ello y que tiene por objeto la satisfacción de pretensiones de responsabilidad contable. Dicha actividad de satisfacción se lleva a cabo en el proceso contable.

Con lo cual se tiene, en primera medida, que el Juicio de Cuentas, constituye en procedimiento sobre las falencias y saldos faltantes que no constituyen responsabilidad por alcance.

SALA SANCHEZ, considera que la ley general de presupuesto, es utilizada usualmente para identificar cuáles son los diferentes tipos de infracciones contables, y, en concreto, al art. 141.1 de dicha Ley. En la relación de infracciones contenidas en dicho precepto se encuentra la de haber incurrido en alcance o malversación de fondos públicos, y si bien no se da en la LGP un concepto positivo o explícito de alcance, lo cierto es que su contenido se acota mediante la identificación de una serie de conductas que al tener identidad propia no pueden por tanto considerarse alcances. De modo diferente, no podrían considerarse alcance ninguna de las infracciones tipificadas en los párrafos b, c, d, o

---

<sup>84</sup> SOLA FERNANDEZ, Mariano. La Jurisdicción del Tribunal de Cuentas. <http://www.acuentascanarias.org/ponencia3.pdf>.

f.

Con lo cual, podría concluirse que el juicio de cuentas tendrá lugar cuando se presenten alguna de las siguientes faltas:

a) Administrar los recursos y demás derechos de la hacienda pública sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el tesoro.

b) Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar gastos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la ley o en la de presupuestos que le sea aplicable.

c) Dar lugar a pagos reintegrables de conformidad con lo establecido en el artículo 77(pagos indebidos).

d) No justificar la inversión de los fondos a que se refieren los artículos 78 y 79(anticipos de caja y pagos a justificar) y la ley general de subvenciones.

e) Cualquier acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurren los supuestos establecidos en esta ley

### **12.2.2 Procedimiento del juicio de cuentas**

El artículo 71 de la ley de funcionamiento establece que una vez contestada la demanda o, en su caso, transcurrido el plazo concedido para hacerlo y evacuado el trámite de alegaciones por el Ministerio Fiscal, continuará el procedimiento por los trámites con las alegaciones previas podrán versar sobre la falta de jurisdicción o la incompetencia del órgano jurisdiccional, la falta o defecto de representación o de legitimación de las partes actoras, la falta de cumplimiento de los requisitos de forma de la demanda y la existencia de cosa juzgada, sin perjuicio de que tales motivos puedan ser alegados en la contestación.

Transcurrida la fase de alegaciones y, en su caso, la probatoria, el órgano de la jurisdicción contable podrá decretar el sobreseimiento del juicio, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, si se dieran las condiciones para su procedencia en los términos establecidos en esta Ley.

La sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso y estimará o desestimará, en todo o en parte, la pretensión de responsabilidad contable que se hubiere ejercitado, sin que puedan hacerse en ella pronunciamientos de nulidad procedimental que dejen imperejuzgado el fondo del asunto. En tal sentido, la sentencia condenatoria contendrá, en su parte dispositiva, las siguientes especificaciones:

- a) El importe en que se cifren los daños y perjuicios causados en los bienes, caudales o efectos públicos. En el supuesto de que dicho importe no constare cifrado en autos, la sentencia podrá declarar la existencia de los daños y perjuicios y diferir para el período de ejecución la determinación concreta de su cuantía.
- b) Quiénes son los responsables, designándolos por sus nombres y apellidos y cargos que desempeñen, y expresando si lo son en concepto de directos o subsidiarios.
- c) El carácter solidario de la responsabilidad directa y la cuota de que deba, en su caso, responder cada responsable subsidiario.
- d) La condena al pago de la suma en que se cifre la responsabilidad contable, con sujeción a lo prevenido en la especificación primera.
- e) La condena al pago de los intereses, calculados con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios. De tratarse de responsabilidades subsidiarias, la obligación de abono de intereses se contará desde la fecha en que los responsables correspondientes fueren requeridos para el pago.
- f) La contracción de la cantidad en que se cifre la responsabilidad contable en la cuenta que, en su caso, proceda.

g) El pronunciamiento sobre el pago de las costas del juicio en los términos prevenidos para el proceso civil.

### **12.2.3 Proceso de reintegro por alcance**

La ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, establece que se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas.

Y se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo.

En tal sentido, de acuerdo a como lo ha concluido la jurisprudencia<sup>85</sup> la falta de justificación de los gastos realizados, se consideran objeto de reintegro por alcance en eventos, por ejemplo, del descubierto producido de fondos de correos por un exceso en el pago de un giro.

En este orden de ideas, puede concluirse además que no puede reputarse alcance, el pago realizado por un asesor jurídico de un ayuntamiento, después que este había pasado a ser funcionario público, no se trata de un pago pendiente de justificación, ni de una salida de dineros cuyo destino se ignore en este evento. El pago no tiene relación alguna con las cuentas públicas, pues se ha efectuado sin la existencia de una obligación económica

---

<sup>85</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas 3 de 1997.

valida y legítima. Por ello constituye una infracción cobrable de tipo administrativo, que solo puede llegar a conocimiento del Tribunal de Cuentas por avocación a través de vía de recurso.<sup>86</sup>

Además, en otro supuesto, por ejemplo, no podría existir alcance en el acuerdo del pleno del ayuntamiento por el que se asignan retribuciones fijas a los miembros de la corporación, aunque puedan existir dudas interpretativas sobre si la cuantía de las cantidades a percibir excedía la cuantía máxima prevista en la normativa vigente<sup>87</sup>.

Respecto de las actuaciones procesales debe decirse el procedimiento debe decirse que recibidas las piezas separadas de actuaciones previas y designado el consejero que adelantara las actuaciones de este proceso, este publicara los edictos correspondientes para la comparecencia de las partes al proceso, la demanda radicara concretamente en los supuestos de malversación o alcance en los términos en que los define la presente Ley.

Posteriormente transcurridos las alegaciones y establecidos, en su caso, las pruebas, el órgano de enjuiciamiento contable que conozca de los autos podrá decretar el sobreseimiento si se dieran las condiciones para su procedencia que se establecen en esta Ley. Y una vez proferida la sentencia al igual que en el juicio de cuentas, contendrá el importe de los daños causados, los responsables, el carácter solidario y directo de la responsabilidad, y las costas del proceso.

CASANA MERINO<sup>88</sup>, entiende que alcance es cualquier irregularidad derivada del examen de las cuentas públicas, que genere la obligación de ingresar o restituir. Puede darse como

---

<sup>86</sup> Sentencia 8 de 1995 del Tribunal de Cuentas.

<sup>87</sup> Auto 21 de 1992 del Tribunal de Cuentas.

<sup>88</sup> CASANA MERINO. Ídem

consecuencia de un gasto irregular, como también a consecuencia de una falta de ingreso se entiende como justificación inadecuada con independencia de si hubo o no apropiación personal de los fondos por parte del obligado a rendir la cuenta. En definitiva toda infracción administrativa contable puede subsumirse en el alcance, pues al final siempre producirá un saldo deudor injustificado en la cuenta. El perjuicio, es además, una cuestión de hecho, existe o no existe, y no puede hacerse depender de consideraciones jurídicas.

De otra parte la jurisprudencia<sup>89</sup> considera que no rendir cuentas debiendo hacerlo por razón de estar encargado de la custodia y manejo de caudales públicos, no justificar el saldo negativo que estos arrojen, no efectuar ingresos a que este obligado por razón de percepción o tenencia de fondos públicos, sustraer o consentir que otro sustraiga, o dar ocasión a que un tercero realice la sustracción de caudales o efectos públicos que se tengan a cargo, aplicados a usos propios o ajenos etc, son todos supuestos de alcance y como tales generadores en principio de responsabilidad contable

Además indica la vía jurisprudencial<sup>90</sup> que no es alcance la realización de pagos incumpliendo la normativa que rige los pagos en el extranjero, no genera per se la existencia de un daño, y menos aún la prueba de su cuantía, la imputación presupuestaria incorrecta, falta de indicación de la naturaleza de los gastos, falta de autorización por la intervención de los mismos, se produce una vulneración de la normativa presupuestaria, pero no existe un saldo negativo e injustificado de una cuenta fácilmente constatable por un mero examen y comprobación de la misma. Por el contrario lo que caracteriza a estas infracciones, a diferencia de los alcances y malversaciones, es que la determinación del menoscabo exige un complejo proceso de fiscalización y constatación de datos, por ello se sustancian salvo recurso o avocación en vía administrativa. Si de este proceso de fiscalización resultare un claro saldo deudor injustificado o una cantidad sustraída, se estaría ante un supuesto de alcance o malversación.

---

<sup>89</sup> Sentencia Tribunal de Cuentas 4 de 2003

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas 8 de 1995.



Al respecto de la malversación de fondos, el Tribunal de Cuentas<sup>91</sup>, ha concluido que dar una aplicación pública diferente a aquella a la que estuvieren destinados no declara necesariamente la existencia de malversación, por tal motivo en eventos, como el consistente en la adquisición de placas de homenaje con cargos a los fondos que para atenciones generales prevé el presupuesto de un organismo autónomo, no conlleva a la malversación de fondos aunque se hubiera incurrido en irregularidades administrativas de carácter formal.

Estima MEDINA Y PAJARES<sup>92</sup> que la incorporación de los fondos al sujeto activo malversador” hace impensable que la malversación este se produzca dolosa o culposamente”. Lo cual sugiere, de acuerdo a como lo expresa esta autor, que la malversación de fondos puede verse representada en la apropiación misma de fondos, lo que se constituiría a su vez en un delito contra el patrimonio del Estado.

CASANA MERINO<sup>93</sup>, considera que la malversación contable exige siempre la utilización privada de los fondos públicos. No existe en el ámbito contable la malversación impropia, es decir dar a los fondos una aplicación pública diferente a aquella a la que estuvieren destinados.

SOLA FERNANDEZ<sup>94</sup>, menciona que la distinción entre estos dos tipos de procesos, se produce en relación con el objeto, al indicar que existen de acuerdo al objeto dos tipos diferentes de acciones: la acción en juicio de cuentas, y la acción en procedimiento de

---

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas 18 de 1999

<sup>92</sup> MEDINA PAJARES, Ídem

<sup>93</sup> CASANA MERINO. Ídem

<sup>94</sup> SOLA FERNANDEZ. Ídem

reintegro por alcance. Si bien en ambas acciones se persigue lo mismo, la declaración de responsabilidad contable y la consiguiente obligación de indemnizar los perjuicios causados, la una acción respecto de la otra cambia parcialmente la causa de pedir. Si en una la causa de pedir está constituida por la producción de unos daños a consecuencia de una acción ilícita determinada, en la otra la causa petendi radica asimismo en la existencia de unos daños originados por otro tipo distinto de ilícito contable.

En tal sentido, de acuerdo a este autor en mención, la diferencia estriba, por tanto, en el tipo de acción u omisión infractora del ordenamiento jurídico que ha provocado el menoscabo del erario público. En tal medida, de acuerdo a lo establecido en el art. 45 de la LFTCU serían objeto del juicio de cuentas los supuestos de responsabilidad contable que traigan causa de infracciones del ordenamiento jurídico contable o presupuestario distintas al alcance, en los términos definidos en la propia LFTCU. A sensu contrario, serían objeto del procedimiento de reintegro por alcance los supuestos en que la infracción fuera constitutiva de alcance, siempre en los términos definidos en la propia LFTCU.

La Ley de acuerdo al artículo 71 entiende por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban de rendir las personas que tengan a su a cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas. De acuerdo a ello toda ausencia de numerario o de justificación en las cuentas sería un alcance de fondos públicos, y, por tanto, enjuiciable en un procedimiento de reintegro por alcance.

Estima también SOLA FERNANDEZ<sup>95</sup>, que entre otros supuestos la no justificación de las subvenciones, referido en el art. 81.9 de la LGP, y al de la no justificación de los pagos a justificar, art. 79 de la propia LGP. Son ambos, supuestos de falta de justificación, por

---

<sup>95</sup> SOLA FERNANDEZ. Ídem

tanto, en el concepto de alcance del art. 72.1 de la LFTCU y, por tanto, exigibles a través de un procedimiento de reintegro por alcance.

Debe decirse como se ha podido exponer que la diferencia sustancial entre el juicio de cuentas y el reintegro por alcance deriva de la causa o fuente del faltante, en tal medida, son objeto de juicio de cuentas aquellos faltantes o pagos indebidos que respecto de una obligación contable no se ha justificado adecuadamente, a diferencia de eventos en los que se desconoce la causa u obligación que dio origen a la ausencia de dineros públicos en el erario público, con lo cual no es tan comprensible la interpretación de SOLA FERNANDEZ y del mismo Tribunal de Cuentas cuando consideran los faltantes de subvenciones como objeto de procesos de reintegro por alcance.

#### **12.2.4 Los expedientes de cancelación de fianzas**

De acuerdo a lo previsto en el artículo 75 de la ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas se iniciara el procedimiento de cancelación de fianzas mediante instancia en que el solicitante expresará, con la debida separación, el destino y el período de tiempo de la gestión a que la fianza se encuentra afecta, la clase de ésta, los documentos en que se encuentra constituida y la Caja donde se hallen depositados los valores o el lugar en que radiquen las fincas hipotecadas.

Esta solicitud se acompañara de una relación de la clase y número de cuentas que rindió o debió rendir el interesado y, si obrase en su poder, certificación de que las mismas fueron archivadas de conformidad, haciendo mención, en otro caso, de los reparos que se le hubieren hecho y de si le fue exigida alguna responsabilidad contable y el resultado del procedimiento. En todo caso, la cancelación de la fianza exigirá la terminación de la gestión a que estuviera afecta.

La oposición del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado o cualquiera de los activamente legitimados para el ejercicio de pretensiones de responsabilidad contable, transformará en

contencioso el expediente, que se sustanciará conforme a las normas del juicio de cuentas o procedimiento de reintegro por alcance, según proceda.

El procedimiento de la cancelación de fianzas radica de acuerdo al artículo 76 de la ley en que presentada la solicitud con los documentos prevenidos, y turnada la ponencia correspondiente entre los Consejeros de la Sección de Enjuiciamiento, se recabará de la Secretaria del Tribunal, de los Departamentos correspondientes de éste o de los Centros o Entidades competentes por razón de la gestión afianzada, la información necesaria para concretar si el solicitante rindió las cuentas que aparezcan en la relación por él aportada y si las mismas son todas las que debió rendir, con expresión del resultado de su examen y comprobación, así como si la fianza cuya cancelación se solicita se encuentra afecta a algún procedimiento de responsabilidad contable.

Posteriormente complementada la información, el Consejero de Cuentas, oyendo al Ministerio Fiscal y al Letrado del Estado, o, en su caso, al Letrado del Ente del sector público a cuyo favor se hubiera constituido la garantía, y pidiendo cuantos datos y antecedentes considere pertinentes, dictará auto acordando o denegando la cancelación solicitada.

Cuando no puedan obtenerse todas las informaciones y antecedentes a que se refieren los artículos anteriores, o los recogidos no fueren completos o suficientes, podrá accederse a la cancelación de la fianza siempre que el Jefe del Centro o dependencia correspondiente certifique, bajo su responsabilidad, los siguientes extremos:

- a) Que el interesado ha rendido todas las cuentas a que estaba obligado, que las mismas fueron debidamente justificadas y comprobadas y que de ellas no resulta ningún tipo de responsabilidad contra el mismo.
- b) Que, independientemente de las cuentas, no resultan contra el interesado cargos por hechos determinantes de responsabilidad contable, directa o subsidiaria.

Como puede observarse este procedimiento, abre la posibilidad de replantearse mediante un juicio de cuentas, si al confirmar las situaciones particulares que dan origen a la cancelación de la fianza se encuentra que existen deudas o faltantes, con lo que el Tribunal de Cuentas tendrá que recabar y adelantar este nuevo proceso, lo que justifica el por qué a pesar de presentarse como un trámite administrativo, es conocido por este órgano de enjuiciamiento contable.

### **12.2. 5 Terminación de los procedimientos.**

El modo normal de terminación de los juicios de cuentas es la sentencia, en los eventos en los que el monto del daño a resarcir o indemnizar sea superior a 150.000 euros, cabe recurso de casación. Es relevante tener en cuenta, que solo se encuentra terminado el proceso cuando la sentencia está en firme, es decir que contra la misma no procedan recursos o que estos se hayan decidido.<sup>96</sup>

La sentencia como consecuencia del trámite de un proceso declarativo, declarará si ha lugar o no ha lugar a la existencia de responsabilidad contable, determinado en monto del daño y perjuicios causados, indicando además quienes son los responsables directos y subsidiarios, condenando el pago de forma solidaria a los responsables y fijando las costas del procedimiento de acuerdo a las normas del proceso civil.

La ley 7 de 1988, ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, también establece que la posibilidad de finalizar el procedimiento mediante auto de sobreseimiento, así como por allanamiento y desistimiento, en tal sentido en el artículo 78 indica que los procedimientos jurisdiccionales ante el Tribunal de Cuentas podrán terminar: a) Por sentencia, b) Por auto de sobreseimiento, c) Por allanamiento, d) Por desistimiento. e) Por caducidad. El

---

<sup>96</sup> Sentencias de Tribunal Supremo se han pronunciado al respecto como en el caso de la sentencia S T S 28 de enero.

allanamiento, desistimiento y caducidad se regirán por lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo.

El artículo 79 de la ley indica sobre el sobreseimiento que antes de decretarse, el órgano de la jurisdicción contable que entendiere del asunto oirá por plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a las restantes partes personadas y contra el auto que acuerde el sobreseimiento se dará recurso de apelación. En sobreseimiento procede en los siguientes eventos:

- a) Transcurrida la fase de alegaciones y, en su caso, la probatoria en los procedimientos de juicio de las cuentas o de reintegro por alcance, no resultaren debidamente acreditados los hechos que hubieren dado motivo a su incoación.
- b) Cuando, ultimadas dichas fases, resultaren hechos constitutivos de alcance o cualquier otro supuesto de responsabilidad contable, pero no existieren motivos suficientes para imputarlos a persona alguna.
- c) Cuando resultare de las actuaciones instructoras haber tenido lugar los hechos constitutivos del supuesto de responsabilidad contable de que se trate y hubiese sido ingresado el importe del alcance o indemnizados los daños y perjuicios ocasionados a los caudales y efectos públicos.

La jurisprudencia del Tribunal de Cuentas<sup>97</sup>, ha señalado respecto de la compensación de deudas como forma de terminación de la obligación pecuniaria y por ende del proceso de

---

<sup>97</sup> ATCu 17 de octubre de 2001. Los citados autos vienen a fundamentarse en que dado que, a la vista del acta de liquidación provisional, el importe del primitivo alcance resultó reintegrado al haber sido compensado con el otorgamiento de una nueva subvención, no serían exigibles los intereses generados desde el momento en que se efectúa el requerimiento de reintegro del importe no justificado a con fecha de 20 de diciembre de 1993 al momento del pago mediante compensación del importe no justificado de la subvención, que se efectuó con fecha de 30 de diciembre de 1993, por tanto dentro del plazo de treinta días concedido en el requerimiento para efectuar el ingreso.

responsabilidad contable, que la compensación deberá considerar todos los emolumentos y valores que se han originado como consecuencia del monto adeudado, en este sentido, el pago de los intereses es exigido desde el momento en que el deudor incurrió en mora, con lo cual si el valor de la compensación no comprende este pago de intereses no será objeto de terminación de la obligación jurídica.

Si bien como lo considera el Tribunal, en el caso bajo análisis, la normativa vigente en materia de subvenciones en el momento en que la misma fue concedida y abonada, estaba constituida por los arts. 81 y 82 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, en su redacción anterior a las modificaciones introducidas en la misma por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1991, a partir de cuya entrada en vigor, son exigibles intereses de demora de las cantidades no invertidas o insuficientemente justificadas, desde el momento de pago de la subvención. El Tribunal no comparte esta fundamentación pues deben también tenerse en cuenta los arts. 36.2, 140 y 145 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, preceptos todos ellos tomados de la Ley General Presupuestaria de 1977, que reconocen a la Hacienda Pública el derecho al interés legal como compensación de los perjuicios causados en los fondos.

En tal sentido, los intereses exigibles son los devengados desde que la subvención fue concedida, esto es desde el 30 de abril de 1990, es por lo que no se aprecia prima facie la inexistencia de modo manifiesto e inequívoco de supuesto alguno de responsabilidad contable, requisito exigido por el art. 68.1 in fine de la Ley 7/1988 en relación con el 73.1 de la misma Ley, para decretar la no incoación del procedimiento de reintegro por alcance, lo que por otra parte es mucho más acorde con el principio pro actione, de plena aplicación en esta jurisdicción contable tal y como se ha recogido e interpretado por el Tribunal Constitucional<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Entre otros Autos de esta Sala de Justicia de 27 de noviembre de 1997 y de 7 de mayo de 2001

### 12.2.6 Recursos

De acuerdo a lo previsto en la ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en su artículo 80 contra las providencias y autos de los órganos de la jurisdicción contable se darán los recursos previstos en la ley reguladora del proceso contencioso-administrativo. En tal medida, el recurso de apelación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas, se sustanciará y decidirá en la forma prevista en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo, para este recurso.

Además, indica la norma que contra las sentencias pronunciadas por los Consejeros de Cuentas en primera instancia cabrá recurso de apelación.<sup>99</sup>

De otra parte, acuerdo a lo establecido por el artículo 52 de la LFTCu, La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación y revisión<sup>100</sup> que se interpongan contra las sentencias pronunciadas por las Salas del Tribunal de Cuentas.

El artículo, 84 de la LFTCU establece que los recursos de casación y revisión se prepararán, interpondrán, sustanciarán y decidirán de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo, sin que sea necesaria garantía de depósito alguno. Además prevé, que la interposición de los recursos de casación y de revisión no impedirá la ejecución de la sentencia impugnada, salvo que el recurrente prestase fianza o aval suficientes para garantizar el cumplimiento de la misma.

---

<sup>99</sup> SALA SANCHEZ, señala que contra las sentencias de las Salas del Tribunal recaídas en asuntos de cuantía, procederá el recurso de apelación, así como también son susceptibles de dicho recurso los autos de la Sala confirmatorios de los pronunciados en primera instancia, no dando lugar a la incoación del procedimiento jurisdiccional que corresponda.



El artículo 81 de la ley de funcionamiento establece que los siguientes procesos son susceptibles de recurso de casación:

*“1. Las sentencias definitivas pronunciadas por las Salas del Tribunal en apelación o en única instancia cuando la cuantía del procedimiento exceda de 3.000.000 de pesetas.*

*Esta cuantía se entenderá, en su caso, elevada o disminuida, sin necesidad de precepto legal que así lo exprese, en la medida en que lo sea para el recurso de casación en el proceso civil.*

*2.º Los autos dictados por las Salas del Tribunal de Cuentas, en asuntos de que conozcan en única instancia, por virtud de los cuales no se dé lugar a la incoación del procedimiento jurisdiccional correspondiente.*

*3.º Los autos dictados por las mismas Salas en apelación, confirmatorios de los pronunciados en primera instancia por los Consejeros de Cuentas, no dando lugar a la incoación del procedimiento jurisdiccional que corresponda.*

*3. El recurso de casación podrá interponerse por el Ministerio Fiscal, o por quienes, siendo actores o figurando como demandados en el procedimiento jurisdiccional de que traigan causa puedan resultar perjudicados por la sentencia o resolución recurrida, siempre que no hubieren consentido otra previamente recaída sobre igual objeto y en el mismo proceso.”*

De acuerdo a los artículos 82 de la ley de funcionamiento los motivos sobre los que debe fundarse el recurso de casación consisten en la existencia de:

- Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción contable, Incompetencia o inadecuación del procedimiento,
- Quebrantamiento de las normas esenciales del proceso o de los principios de audiencia y defensa, siempre que, en este último caso, se haya producido efectiva indefensión.
- Error evidente en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en el procedimiento, que demuestren la equivocación del órgano del Tribunal sin resultar contradichos por otros elementos de prueba.

- Infracción de las normas de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las pretensiones de las partes.

Por su parte, habrá lugar al recurso de revisión en atención a lo consagrado en el artículo 83 de la ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas:

- Contra las sentencias firmes cuando después de pronunciada la sentencia apareciesen documentos nuevos que resultaran decisivos para adoptar los pronunciamientos de la sentencia.
- Cuando se descubra que en las cuentas que hayan sido objeto de la sentencia definitiva existieron errores trascendentales, omisiones de cargos importantes o cualquier otra anomalía de gran entidad.
- Si la sentencia hubiere recaído en virtud de documentos declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.
- Si la sentencia firme se hubiera ganado injustamente en virtud de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.
- Cuando la sentencia se funde en lo resuelto respecto a una cuestión prejudicial que posteriormente fuere contradicha por sentencia firme del orden jurisdiccional correspondiente.
- Si los órganos de la jurisdicción contable hubieren dictado resoluciones contrarias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad contable, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos.

Al respecto debe mencionarse que el Tribunal se ha pronunciado sobre los requisitos que exige la ley para el recurso de apelación y casación, considerando que no resulta lógico, desde una perspectiva sistemática, pensar que el Legislador haya querido establecer una cuantía mínima para el recurso de apelación y para el de casación y, sin embargo, pese a regular ambos medios impugnatorios en el mismo Capítulo de la Ley 7/88, de 5 de abril (Capítulo XI del Título V), sólo haya recogido expresamente la aplicable al segundo de ellos, guardando silencio en lo que se refiere a la exigible al recurso de apelación.<sup>101</sup>

La conclusión jurídicamente fundamentada que cabe deducir de la situación legal antes expuesta, es que el artículo 80 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas no menciona una cuantía mínima por debajo de la cual no cabría recurso de apelación porque ofrece una segunda instancia, en vía jurisdiccional contable, contra todas las sentencias de los Consejeros de Cuentas de primera instancia sin excepción. De no ser así, el citado precepto habría expresado dicha cuantía mínima, como lo hace el artículo 81 de la misma Ley al regular el recurso de casación.

Entiende en el Tribunal que en el evento de la falta de reconocimiento, por el órgano de primera instancia, del derecho de las partes a apelar la resolución definitiva del litigio, no sólo no se ajustada a Derecho sino que, además, resulta subsumible en el apartado tercero del antes citado artículo 238 de la Ley orgánica 6/85, de 1 de julio.

Lo anterior por cuanto, en primer lugar porque tanto la denegación del derecho a la apelación, como las actuaciones posteriores practicadas como consecuencia de dicha premisa, implicarían que se ha prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley.

---

<sup>101</sup> Sentencia Tribunal Supremo 28 de enero de 2000.

Además, si se hubiera cerrado por el Juzgador de primera instancia tanto la vía de la apelación, como la de la casación, se colocaría al demandado en una situación jurídica en la que no se le habría ofrecido fórmula procesal alguna que le permitiera conseguir una revisión de la solución incorporada a la parte dispositiva de la Sentencia de primera instancia, lo que supondría una infracción del principio de defensa, generadora de una indefensión efectiva.

Esta posición jurisprudencial, también podría fundamentarse en que el proceso de responsabilidad contable no exige cuantía o monto para la investigación de los hechos susceptibles de responsabilidad, por lo cual no tendría sentido, limitar el acceso al recurso de segunda instancia vía apelación en el monto, máxime cuando el derecho a la doble instancia es un principio fundamental del debido proceso.

De otra parte, respecto de la ejecución de la sentencia, no obstante haberse interpuesto recurso de casación, la jurisprudencia ha señalado,<sup>102</sup> que en definitiva, la LJCA de 1998 ha zanjado definitivamente la cuestión en dicho orden jurisdiccional y también por vía de supletoriedad en esta Jurisdicción, de manera que la nueva Ley de 1998 establece, recogiendo doctrina jurisprudencial consolidada, (por todas STS de 19 de junio de 1997, de 30 de junio de 1998, 26 de febrero y 5 de noviembre de 1999) la necesidad de que la ejecución provisional solo cabe a instancia de parte interesada, pues como señala la ya citada STS de 19 de junio de 1997 “para acordar la ejecución de oficio es preciso que la sentencia sea firme.

Señala además esta jurisprudencia que igual solución conduce la LEC, tanto la de 1881 en sus arts. 1722 y siguientes como la de 2000 en sus art. 524 y siguientes, por lo que se ha de

---

<sup>102</sup> ACTu 30 de mayo de 2001.

concluir afirmando que la ejecución de sentencias contables no firmes exigen una decisión del órgano al que compete la ejecución posterior a la sentencia, mediante auto motivado, que pondere los intereses en juego y que acepte o rechace, según el juicio de ponderación que ha de plasmarse en el auto, la petición de parte interesada sobre una ejecución provisional de la sentencia no firme, por estar impugnada en casación.<sup>103</sup>

Solamente tras dicha petición el órgano al que compete la ejecución podrá dictar la resolución que en derecho proceda, previa ponderación de los intereses en juego, en la que acuerde dicha ejecución, salvo que la parte a quien perjudica preste aval o fianza suficiente para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

Esta posición jurisprudencial del Tribunal Supremo, considera que el fallo del Tribunal de Cuentas, no se encuentra en firme, hasta tanto no se resuelva el Recurso de Casación, por lo cual se considera pertinente que la ejecución provisional de la sentencia se realice a solicitud de parte, sin embargo debería considerarse además que la parte demandante debería aportar una fianza, pues de estimarse el recurso, tendría que devolver este dinero que ha perseguido al demandado, comprometiendo de esta forma recursos públicos. Con lo cual lo más viable sería procurar la ejecución de la sentencia una vez quede en firme mediante la decisión del recurso extraordinario.

### **12.2.7 Ejecución de sentencias**

El artículo 85 de la LFTCU prevé que una vez en firme la sentencia que evidencia responsabilidad, esta podrá ser ejecutada, así como describe los eventos en los que se procederá a hacer efectiva la sentencia a los responsable subsidiarios en caso de encontrarse insolvencia de los responsables directos, en tal sentido el artículo dispone lo siguiente:

1. Una vez firme la sentencia recaída en los procedimientos jurisdiccionales a que

---

<sup>103</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998

se refiere el presente título se procederá a su ejecución de oficio o a instancia de parte, por el mismo órganos jurisdiccional que la hubiera dictado en primera instancia, en la forma establecida para el proceso civil.

2. Cuando no se haya podido obtener el total reintegro de las responsabilidades decretadas, se practicarán cuantas diligencias se juzguen pertinentes, en punto a la averiguación y descubrimiento de bienes de cualquier clase sobre los que puedan hacerse efectivas.
3. Si no diesen resultado las indicadas diligencias, se declarará la insolvencia de los responsables directos y se procederá contra los subsidiarios.
4. Las declaraciones de insolvencia de los responsables, tanto directos como subsidiarios, se entenderán hechas siempre con la cláusula de sin perjuicio, a fin de poder hacer efectivas las responsabilidades contables cuando tuvieren lugar de ejercer el cobro del perjuicio.

Al respecto debe mencionarse, que si bien la ley establece que cuando no se haya podido obtener el total reintegro de las responsabilidades decretadas, se practicarán cuantas diligencias se juzguen pertinentes, a efectos de averiguar y descubrir bienes de cualquier clase sobre los que puedan hacerse efectivas, esto no debería ser coherente con el grado de previsión que debería observarse en el trámite de este tipo de proceso, pues entre tanto las medidas cautelares con la que se procura la garantía del resarcimiento del daño, pueden practicarse durante el desarrollo del proceso, el juez debería considerar durante la determinación de responsabilidad contable si se cuenta con la garantía suficiente del monto a perseguir, pues es muy probable que el investigado pueda insolventarse, con lo cual es necesario que desde el mismo inicio del proceso se garantice de la mejor forma posible el pago de la monto o valor objeto del proceso.

MEDINA GUIJARRO,<sup>104</sup> opina que en el proceso de reintegro por alcance, podría adoptarse una etapa previa en la que se realizaran medidas cautelares que hagan efectiva una eventual sentencia de la condena.

Debe considerarse además, conforme lo ha establecido el Tribunal de Cuentas<sup>105</sup>, que al encontrarse en un supuesto de no ejecución en la responsabilidad civil por causa legal de insolvencia total, nada impide que la jurisdicción contable tome las medidas legales para tratar de ejecutar el fallo. Dado que la declaración de insolvencia se adelanta sin perjuicio y abre la posibilidad de abrir una nueva pieza cuando se presente ello. Prescripción de los hechos constitutivos de enjuiciamiento contable: Conforme lo establece la ley 7 de 1888, ley del funcionamiento del Tribunal de cuentas, la prescripción de los procesos será de 5 años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos que las originen.

No obstante, las responsabilidades contables detectadas en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier procedimiento fiscalizador y las declaradas por sentencia firme, prescribirán por el transcurso de tres años contados desde la fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o desde que la sentencia quedó firme.

De otra parte, la ley prevé que el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad.

---

<sup>104</sup> MEDINA GUIJARRO, Javier. *“Presente y futuro del enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas”*

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas de 27 de abril de 1992.

Además consagra la ley que si los hechos fueren constitutivos de delito, las responsabilidades contables prescribirán de la misma forma y en los mismos plazos que las civiles derivadas de los mismos.

Al respecto debe mencionarse que existen posiciones jurisprudenciales como las expresadas mediante voto particular<sup>107</sup> que expresan vacíos en los aspectos que regulan la prescripción de los procesos que adelanta el Tribunal de Cuentas, mediante su labor de enjuiciamiento, en tal sentido, al respecto del evento en el que el procedimiento de fiscalización interrumpe sin necesidad de notificarlo al interesado el plazo de prescripción, las consideraciones en el voto particular expresan su desacuerdo entre tanto, esta posición ha variado, pues en primera medida hasta el año 2007 había venido considerando el Tribunal de Cuentas que solo se interrumpían los plazos de prescripción desde el momento de la notificación del procedimiento de fiscalización al interesado, para no causarle indefensión, por aplicación supletoria, tanto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como de la Ley General Tributaria, por lo cual no resulta comprensible una decisión en sentido contrario.

Si bien LFTC-Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas no exige el conocimiento del hecho interruptivo de la prescripción, se cuestiona si ante el silencio acerca de dicho requisito se debe aplicar la LFTC sin hacer uso de otras normas supletorias. Además, dado que el apartado 3 de la Disposición Adicional Tercera de la LFCT no distingue entre los distintos procedimientos, esto es los diferentes tramites del enjuiciamiento contable, la falta de exigencia de notificación expresa significa no debería considerarse como que el legislador ha querido apartarse del régimen general administrativo y tributario, pues no tendría sentido hacerlo así solo con el procedimiento de fiscalización y no con los otros procesos que establece este artículo, como son el disciplinario, jurisdiccional y demás.

La Disposición Adicional Tercera de la LFTC-Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, dispone que el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario,



jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad.

Al respecto de las actuaciones preventivas de alcance, el Tribunal<sup>106</sup> ha considerado que si se exige la citación de los presuntos responsables contables desde su trámite inicial (artículo 45 de la ley 7/88), en cuanto considera que el hecho de que el responsable no fuera citado en el transcurso de la realización de las actuaciones previas hasta el momento de presentación de la demanda de su presunta responsabilidad contable, invalida el procedimiento seguido contra este por presentarse indefensión del investigado.

De otra parte, considera el voto particular que el artículo 44 de la LFTC al regular la audiencia de los interesados en el procedimiento de fiscalización, dispone que una vez tramitados por el Tribunal los procedimientos de fiscalización, se pondrán de manifiesto las actuaciones practicadas a los responsables del sector o subsector público fiscalizado, o a las personas o entidades fiscalizadas para que, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinente.

Y en este sentido teniendo en cuenta que quienes han de ser oídos, se encuentran las personas o entidades fiscalizadas, refuerza, no solo el carácter administrativo del procedimiento que se deriva del trámite de audiencia previa, sino la preocupación de evitar la indefensión que puede producirse para los responsables en un procedimiento de fiscalización, donde se sientan hechos, que pueden resultar pruebas en un procedimiento posterior de alcance e incluso penal.

Además se considera que si bien el carácter administrativo del procedimiento de fiscalización se demuestra además con la previsión de un recurso de alzada, contra la falta de audiencia ante el Pleno del Tribunal de Cuentas, en el caso de faltar dicho trámite

---

<sup>106</sup> Tribunal de 27 de febrero de 2004

(artículo 44 citado, apartado 5), este precepto no puede deducirse que no exista obligación de emplazar a quien resulte interesado por ser presunto responsable, desde el momento en que así ocurra, para no causarle indefensión, y por aplicación supletoria de la ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Menciona además el magistrado que hace salvamento de voto, que la sentencia si bien el Tribunal Supremo entiende el proceso de fiscalización tiene carácter civil, para justificar una diferenciación del procedimiento administrativo y tributario, que exigen que la interrupción de la prescripción se realice con conocimiento del sujeto pasivo. Sin embargo esto no sería razonable si se considera que el artículo 32 de la LFTC que dispone que "*La tramitación de los procedimientos de fiscalización se ajustará a las prescripciones de este título y, en su defecto, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo*", y además prevé recursos y trámites propiamente administrativos, como el de audiencia o recurso de alzada.

Además, es evidente que las autoridades administrativas de dicho Tribunal se desenvuelven en el ejercicio de su actuación fiscalizadora con el uso de potestades administrativas, que se derivan del deber de colaboración de todos, e incluso de la posibilidad de imposición de multas para el caso de incumplimiento de dicho deber.

Lo que se debe analizar no es tanto la naturaleza del procedimiento de fiscalización, sino ante las causas de interrupción de una responsabilidad por alcance, que es la que aquí se discute, como concluye el voto particular, admitir la no notificación del proceso fiscalizador para la prescripción de los hechos constitutivos de responsabilidad contable, supone la posibilidad de que el plazo de prescripción de las responsabilidades, que comienza a correr desde el día en que se producen los hechos, pudiera prolongarse, "*sine die*", por cuanto el procedimiento de fiscalización no tiene plazo de caducidad, pudiendo exigirse la responsabilidad a los quince años, veinte, etc.

Tal interpretación, de acuerdo a las consideraciones de voto particular, no estarían conforme con los principios de legalidad y seguridad jurídica, ni tampoco con la normativa

general administrativa y tributaria, además si se tiene en cuenta que el artículo 15.2 de la Ley General Tributaria dispone que "la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública estatal se interrumpirá conforme a lo establecido en la Ley General Tributaria y se aplicará de oficio".

El planteamiento expuesto en este voto particular hace una reflexión importante en el sentido de establecer que el término de prescripción pudiera verse suspendido de manera indeterminada, teniendo en cuenta que el proceso de fiscalización no tiene un término concreto previsto para su ejecución, con lo cual el término de prescripción establecido como regla general de 5 años, podría prorrogarse por más tiempo.

De otra parte en lo que respecta a la notificación al investigado, no radicaría el problema, como lo expone el voto particular, pues la persona que resultare relacionada con la ocurrencia de los hechos resultado del proceso de fiscalización, no podría no interrumpir el plazo de prescripción, lo haría de manera indirecta a través de una participación que permitiera establecer su ausencia de responsabilidad dando culminación a la investigación, más no por el simple hecho de estar informada del proceso.

El proceso de fiscalización es una actuación previa al proceso de responsabilidad contable, con lo cual en vía judicial no se le está vulnerando el derecho de defensa a la persona relacionada con los hechos, sin embargo en vía administrativa, si se estaría incurriendo con esta violación, pues el proceso administrativo, que es en el que consiste el proceso de fiscalización, debe contar con todas las prerrogativas previstas para un debido proceso.

De otra parte, la ley establece que en eventos en los que los hechos puedan ser constitutivos a la vez, de responsabilidad penal o civil, el término de prescripción será el mismo que en estos regímenes de responsabilidad se establezca, sin embargo esto no resulta acorde con la independencia y finalidad diferente que cada tipo de responsabilidad persigue, pues como se ha observado la responsabilidad contable es meramente resarcitoria y la penal por ejemplo tiene otro tipo de sanciones derivadas del ius puniendi del Estado.

Si bien este precepto normativo protege los intereses patrimoniales del Estado, entre tanto, pueda recuperarse o resarcirse el daño más allá de los cinco años, en otros eventos de responsabilidad civil con la administración puede llegar a ver limitada esta posibilidad si se tiene en cuenta que el cobro de títulos ejecutivos es a veces inferior a 5 años.

### **III.CONTROL FISCAL Y RESPONSABILIDAD FISCAL EN COLOMBIA**

#### **1. Antecedentes históricos del Control Fiscal en Colombia.**

En Colombia a comienzos de la segunda década del siglo pasado, como resultado de las recomendaciones formuladas por la Misión Kemmerer al gobierno<sup>107</sup> del presidente Pedro Nel Ospina se expidió la ley 42 de 1923, sobre contabilidad nacional, siendo el precedente para la creación de la Contraloría General de la República, como órgano de control de los fondos públicos.

Posteriormente esta ley fue modificada por el decreto-ley 911 de 1932, con el propósito de establecer presupuestos básicos a la independencia institucional que con la que debe contar este órgano fiscalizador, limitando así posibles coadministraciones entre la administración y la Contraloría en las decisiones de la gestión de fondos públicos. A través de esta ley además se otorgaron facultades a la Cámara de Representantes de Colombia para designar al Contralor General de la República<sup>108</sup>.

Hasta 1945 la Contraloría General de la República tuvo un rango legal, pues hasta este

---

<sup>107</sup> Esta misión fue contratada con el propósito de asesor al gobierno colombiano para desarrollar el modelo de control a las finanzas y fondos públicos del país.

<sup>108</sup> Uriel A. Amaya Olaya. Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal. Ediciones Umbral. Página. 23. Diego Younes Moreno. Régimen del Control Fiscal. Editorial TEMIS. Página. 55

año su naturaleza jurídica alcanzó nivel constitucional<sup>109</sup>. Posteriormente, con ocasión de la ley 20 de 1975 la Contraloría experimentó cambios fundamentales en su estructura orgánica y funcional, y por esa vía, en su función del control fiscal. Mediante esta ley, se dio un comienzo de transformación al proceso de modernización que el ente fiscal tuvo de forma anterior a la nueva y actual Constitución Política de 1991<sup>110</sup>.

Antes de la expedición de la nueva Carta Política, la ley definía los límites de la facultad fiscalizadora de la Contraloría, al establecer el sistema de control fiscal en etapas integradas de control previo, control perceptivo y control posterior, bajo el concepto de actos controlables con criterios de selectividad y universalidad, con el propósito de obtener muestras representativas en tiempo real y posterior de la ejecución del gasto sobre las cuales valorar de manera oportuna su debida ejecución y administración.

Sin embargo, los controles previo y perceptivo de la administración y disposición de los fondos públicos, fueron revelando falencias inherentes a su propia naturaleza, por cuanto tales controles se mostraban como factores lesivos de la autonomía e independencia de los ordenadores del gasto, y en general, de todos aquellos funcionarios que tuvieran facultades decisorias frente al recaudo, administración, manejo y disposición de bienes y rentas estatales<sup>111</sup>.

De esta forma, se fue configurando una actividad coadministrativa, con la que a pesar de la revisión previa de la ejecución del gasto por parte del ente de control, devenía sin

---

<sup>109</sup> Armando Gómez Latorre. Antecedentes históricos de la Contraloría General de la República. Citado en Régimen del Control Fiscal. Diego Younes Moreno. Página. 55. Diego Younes anota además que el control fiscal se originó desde el descubrimiento ya que en el segundo viaje de Cristóbal Colón venía un funcionario de los Reyes Católicos lugarteniente de los contadores de castilla.

<sup>110</sup> BETANCUR AGUILAR. Página. 21.

<sup>111</sup> Luis C. Beltrán Pardo. Op.Cit. Página 52 indica que "A pesar de las buenas intenciones de la ley 20 de 1975 el sistema de control que propuso demostró su total incapacidad para preservar el patrimonio público, convirtiéndose en una engorrosa gestión de coadministración, llegando incluso a comprometer a los mismos funcionarios de la Contraloría General de la República con las defraudaciones"

embargo, en muchas ocasiones en responsabilidad fiscal en los cuentadantes que tomaban las decisiones frente al gasto y manejo de bienes, lo cual daba muestras contradictorias en las facultades derivadas de los controles practicados sobre una misma cuenta en forma previa y posterior.

Además, la práctica fiscalizadora se centraba fundamentalmente en el control numérico legal, esto es, privilegiando las formas y ritualidades sobre todo concepto de gestión. Tales situaciones, sirvieron como diagnóstico al Constituyente de 1991<sup>112</sup>, a través de la actual constitución, para realizar reformas conceptuales al control fiscal.

Conforme a lo lineamientos del constitucionalismo moderno el Estatuto Supremo c o n s a g r a en su artículo 267 y siguientes los contenidos básicos del control fiscal, calificándolo como una función pública encomendada a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, en aras de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en sus diferentes órdenes.

Determina además, que el único control que se realizará a la gestión de los fondos públicos será un control posterior, eliminando de esta forma los controles previo y perceptivo, así como la totalidad de actos a revisar, y los criterios de selección de los mismos, por cuanto el control fiscal se realizara de forma selectiva sobre las cuentas y fondos públicos. En tal medida, indica la Constitución que la gestión fiscal del Estado se encuentra constituida por el control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

El control fiscal ya no se podría seguir mirando bajo el exclusivo criterio económico-formalista sino que vincularía otros aspectos. Con fundamento de las funciones y competencias independientes y de colaboración armónica entre la rama de poderes

---

<sup>112</sup> MOSCOSO, Marlene García. LLANOS VARGAS, Clara Eugenia. Op.Cit. Página 41

que contempla el artículo 113 de la Constitución política, las contralorías están llamadas a realizar una actividad retroalimentadora a la Administración, vale decir, brindando valor agregado a través de su función fiscalizadora para el manejo y administración de los fondos públicos, pues a través de la transparencia de los procedimientos y actuaciones de la Administración, se propicia y facilita el cumplimiento efectivo de los fines del Estado.

La simple enunciación de los postulados rectores de la función fiscalizadora no satisface automáticamente la demanda del deber ser, sin embargo, debe señalarse la importancia que el ordenamiento superior a través de la Carta Política, le otorga al control fiscal, con el propósito de representar los intereses y el derecho de los ciudadanos de conocer el destino de los recaudos, la administración y disposición sobre los bienes estatales, así como, la forma, oportunidad y cuantía con que se ejecutan los gastos<sup>113</sup>.

Esta disposición constitucional ha puesto al ordenador del gasto en un rango de autonomía e independencia ampliamente favorable a los designios que la gestión fiscal le atañe, delimitando las responsabilidades correlativas que procuran la defensa de diversos bienes jurídicos como son la Administración y el Tesoro Público.

Sin embargo, hay que establecer que esta obligación funcional por parte del ordenador del gasto, no le incumbe solo a él, dado que la gestión fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado, y a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> MAZO GIRALDO, Hernán Alonso. Apuntes Para Una Teoría del Control Fiscal en Colombia. Páginas 48-54

<sup>114</sup> La ordenación del gasto, si bien constituye una de las formas de gestión de recursos públicos, esta puede verse representada en operaciones que deriven en pérdida patrimonial de bienes estatales, como ocurre en operaciones del tráfico jurídico en las que se disponga de la titularidad de bienes, como es el caso de daciones en pago, donaciones, entre otras, sobre las que habrá que valorar el cumplimiento de la legalidad y gestión económica y eficiente en tales operaciones al tenor de lo dispuesto en la ley. Federacafé, en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café (FNC) y miembro de la Junta Directiva de la Aseguradora Eco Seguros S.A., (donde el FNC tiene el 94,61% de su patrimonio), autorizó una donación de Eco Seguros por \$30.000 millones, a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, desatendiendo el Artículo 355 de la C.P.C., e ignorando que el objeto social de la aseguradora es restringido de acuerdo con el Estatuto Financiero que rige para estas compañías. Al buscar la eficiencia económica, se ampararon en el Estatuto Tributario, artículo 125 —Deducción por Donaciones—. Lo anterior, ocasionó una disminución patrimonial al



De acuerdo a la nueva Carta Política, la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, garantizando la debida gestión y concreción de resultados. La efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, además de sustentar y fortalecer sobre cifras fiscales, al realizar en la labor fiscal una adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado, permite una maximización del beneficio social<sup>115</sup>.

El servidor público o el particular, dentro de una labor programática, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, y a su vez estos bienes y fondos debe conllevar a la eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que su gasto ordinario.<sup>116</sup> Se trata de esta forma, de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular<sup>117</sup>.

## **2. El ámbito del control fiscal en la Constitución Política**

---

FONC, en proporción a la inversión que este tiene en esa compañía, correspondiente al 94,61%, y su indexación hasta la fecha; además, podría haberse generado un daño al fisco.

<sup>115</sup> Mazo Giraldo, Hernán Alonso. Apuntes Para Una Teoría del Control Fiscal en Colombia. Páginas 54-57.

<sup>116</sup> En eventos de administración de recursos que no concluyen las expectativas propuestas, el Estado puede encontrarse en situaciones una gestión de fondos ineficiente que en muchas oportunidades además es antieconómica como la que se presenta en el hallazgo de la auditoria al Consejo superior de la judicatura-Rama Judicial- arrojo en cuanto al I Plan Nacional de descongestión para el sistema de oralidad no ha generado ninguno de los resultados propuestos después de haber transcurrido 15 años desde la entrada en vigencia de la norma, pese a una destinación y ejecución efectiva de recursos que han ascendido a \$490.000 millones. Los proyectos de infraestructura adelantados por el Consejo Superior de la Judicatura, presentan retardos en la ejecución de los contratos de obra, que en los casos de los Palacios de Justicia exceden el plazo inicial hasta en un 200%, (Mocoa, Manizales, Cali, Yopal entre otros). Dichas demoras se han visto reflejadas en sobre costos que han superado en todos los casos los presupuestos en promedios que oscilan entre el 50% y el 200%, como ha ocurrido en los Palacios de Justicia citados generando un presunto detrimento por valor de \$93.103 millones. Sobrecostos en equipos de sistemas por valor de \$246 millones y para otros elementos de cómputo de \$149 millones para un presunto detrimento patrimonial aproximado de \$396.43 millones.

<sup>117</sup> Mazo Giraldo, Hernán Alonso. Apuntes Para Una Teoría del Control Fiscal en Colombia. Páginas 48-54

Dentro del marco general de competencias en el nivel territorial, se establece que la vigilancia de la gestión fiscal de los *departamentos, distritos y municipios* donde haya contralorías, corresponde a estas y se ejercerá en forma posterior y selectiva<sup>118</sup>. La vigilancia de la gestión fiscal de los municipios, por regla general, incumbe a las contralorías departamentales, salvo que la ley determine la existencia de contralorías municipales. Corresponde a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Distritales y Municipales establecer la organización de las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

La Constitución política de Colombia establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; que en el evento de ser condenado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste<sup>119</sup>.

De acuerdo a la estructura orgánica que establece la Constitución Política de Colombia, como resultado de la *desconcentración territorial*, la expresión mínima de organización territorial se encuentra en el *municipio*, que cuenta con autonomía patrimonial y jurídica. Los Distrito, son municipios especiales que alcanzan un grado de mayor importancia de acuerdo a sus condiciones especiales económicas y demás, que han sido reconocidos como tales en la Constitución. El *Departamento*, representa la agregación de varios municipios, y salvo su autonomía jurídica y patrimonial cuenta con rentas de la Nación y debe condicionar sus políticas públicas a los lineamientos que indica la Nación. Las corporaciones públicas de los *municipios y Departamentos*, son los Concejos y

---

<sup>118</sup>Corte Suprema de Justicia. Sentencia 24 de febrero 1977. MP Eustorgio Sarria. Amaya Uriel Alberto. Corte Constitucional. Sentencia C-167 de 1995 Fundamentos constitucionales de control fiscal, Bogotá ediciones umbral 1996.

<sup>119</sup>VELASQUEZ. Camilo. Derecho constitucional. Universidad Externado 1998.

Asambleas Departamentales, quienes mediante los *acuerdos y ordenanzas*, regulan el funcionamiento y aplicación de políticas locales para sus respectivas circunscripciones territoriales. Correspondiendo finalmente a la Nación, la máxima expresión jurídica de representación territorial del Estado, y al Congreso de la República de Colombia, la facultad constitucional de expedir las leyes a nivel nacional. En este orden de ideas, cada circunscripción territorial, cuenta con una contraloría y la Contraloría General de la república, es el máximo órgano de control fiscal, que controla la gestión fiscal de los recursos y fondos del orden nacional. De otra parte, el poder ejecutivo se ve representado en términos generales en el Gobierno dirigido por el Presidente, en el ámbito nacional, así como , las Gobernaciones en el departamental y Alcaldías en el municipal.

Como criterios normativos que deben guiar el concepto de la responsabilidad fiscal, son los siguientes artículos constitucionales, que forman parte de la denominada "*cláusula general de responsabilidad del Estado*":

De acuerdo, al artículo 6 de la Constitución Política: Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 95 del ordenamiento superior dispone todos los miembros de la comunidad nacional cuentan con el ejercicio de los derechos y libertades reconocidas, los cuales implican responsabilidades.

El artículo 124 de la Constitución Política, establece que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. El Congreso de la República de Colombia, puede mediante la ley realizar entre otras las siguientes tareas:

*"7o) Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir*

*o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta."*

*..23) Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. Compete al congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional."*

Así las cosas por su parte finalmente, el artículo 268, numeral 5º de la Constitución Política, establece que el Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: "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".

Con lo cual, las Contralorías deben realizar la vigilancia a la gestión fiscal de sus respectivas circunscripciones, considerando el ámbito de ejercicio de esta función, de acuerdo al conjunto de entidades y entes administrativos que crea a ley<sup>120</sup> y que administran dinero y fondos públicos, y determinando, en tal medida, el incumplimiento de los deberes, que deriven daño patrimonial al Estado como consecuencia de una indebida gestión fiscal con el propósito de buscar el resarcimiento efectivo de este daño patrimonial.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Informe de gestión Contralor OSSA. De acuerdo al informe de gestión de la gestión de este contralor entre 1997 y 2000, se auditaron alrededor de 64%, 54% y 97% de las metas programadas de auditoría mediante auditorías de cumplimiento y resultados. Lo cual en términos del contralor deba muestra de eficiencia en la labor de control fiscal.

Ha establecido la jurisprudencia<sup>122123</sup> que “En virtud del artículo 267 de la Carta, la Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial,” En los casos excepcionales previstos en la ley”. En desarrollo de la norma anterior, el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, prescribe que “La Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que le corresponde a las contralorías departamentales y municipales”, entre otros eventos, a solicitud de cualquier comisión permanente del congreso, y que en el caso sub judice se hizo por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes “Los otros eventos de solicitud de control excepcional consisten en la solicitud de la ciudadanía, así como de la corporación ejecutiva del ente territorial.

### **3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.**

La ley 610 de 2000 en consideración a la carta política colombiana, prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

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

---

<sup>122</sup> C-620 DE 1996.

<sup>123</sup> Sentencia C-722 de 2001.

eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad<sup>124</sup>, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales"<sup>125</sup>.

Esta definición señala las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como el conjunto de actividades posible para el ejercicio funcional de quienes se encuentran facultados para el desarrollo de tareas o labores que puedan llegar a relacionarse con la función económica de los recursos y bienes públicos, en aras del cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

En este ámbito de ejecución del dinero público, pueden llegar a participar, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. En la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, entre tanto, contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

Cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada<sup>126</sup>, debe actuar con criterio selectivo frente a los

---

<sup>124</sup> SC- 272/1996. MP ANTONIO BARRERA CARBONEL. La corte hace énfasis de la importancia que tiene la contraloría en términos de independencia y autonomía en la evaluación y control fiscal, principios con los que debería obrar al momento de dictaminar una evaluación o evento de control a los gastos y gestión de dineros del Estado.

<sup>125</sup> En 2000 se presenta la reforma la ley de responsabilidad fiscal, como resultado de la baja gestión de recaudo que venían ante los montos de responsabilidad fiscal. La Auditoría General de la Nación, órgano de control que vigila la función de la Contraloría General de la República, encuentra en el proceso de vigilancia efectuado en las vigencias 1999-2000 que en algunas gerencias departamentales a saber en la gerencia de Cundinamarca, magdalena y algunos territorios nacionales Guainía-Amazonas, los recaudos respecto de los montos adeudados al Estado correspondientemente consistentes en 771, 483 y 785 solo alcanzaron montos de recaudo del orden de 1 millón de pesos en las dos primeros gerencias y ningún tipo de recaudo en los territorios nacionales. De otra parte identifica en la Gerencia Valle que se encontraron en un 90% deficiencias por parte de los funcionarios en el conocimiento y criterio de evaluación de las operaciones contables y presupuestales que estuvieron controlando. De ahí, la importancia de definir en esta nueva ley lo que se debe entender por gestión y daño fiscal.

<sup>126</sup> AUDITORIA GENERAL DE LA NACION. Informe de gestión 1999-2000. Encuentra este ente de control como conclusión general al informe que necesario un plan estratégico de auditorías para efectos de par establecer muestras pertinentes y técnicas sobre entidades y asuntos a auditar. Esto es muestra de los antecedentes que dieron lugar a la ley de reforma fiscal del 2000.

servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su ámbito de control a todos los demás servidores. Esto indica que el control fiscal no se puede practicar *in sólido* o con criterio universal, se debe examinar tanto desde el punto de vista de los actos a vigilar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente.<sup>127</sup>

Al analizar la constitucionalidad de preceptos de la ley 610 de 2000, la Corte Constitucional establece entre otros supuestos facticos, eventos como este, en los que en el ejercicio diario de la gestión fiscal pueden llegar a participar varias calidades de servidores públicos en consideración a su cargo y función.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en la actividad fiscalizadora podrán participar empleados públicos, trabajadores oficiales o particulares, que pueden llegar a tener funciones de gestión fiscal dentro de entidades o empresas del Estado, esto por cuanto, de acuerdo a lo establecido en la carta política, el Estado puede designar en particulares funciones públicas con ocasión de la descentralización por servicios nacional o territorial.

En esta medida, se observa que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado tanto por parte de los servidores públicos como de particulares, resultando, es por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable.<sup>128</sup>

Mediante sentencia de constitucionalidad<sup>129</sup>, la Corte Constitucional de Colombia, determina que en entidades diferentes de las de economía mixta, la vigilancia fiscal se

---

<sup>127</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-840 de 2001.

<sup>128</sup> Sentencia C-065/97.

<sup>129</sup> C- 620-1996

hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado. En el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte, en el segundo, esto es la vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos.

#### **4. El proceso de responsabilidad fiscal.**

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, por el que 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 fundamento 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.<sup>130</sup> Funciones que también corresponden a las contralorías territoriales<sup>131</sup>(art. 272, inc. 6º C.P.).

La indebida gestión fiscal puede presentarse en razón del menoscabo o disminución de recursos y bienes del Estado, el informe de Gestión de la CGR 2011-2012, denota al respecto, entre otros aspectos, la existencia de daño fiscal por la enajenación indebida de bienes de uso público del Estado, que son no enajenables, inembargables e imprescriptibles: *“Una vez concluido el examen realizado por la Contraloría General de la República al proceso registral relacionado con terrenos del Estado, correspondiente a la Oficina de Instrumentos Públicos de —El Carmen de Bolívar, se concluye que respecto a los predios rurales del Fondo Nacional Agrario (FNA), a la fecha, aproximadamente 1.936*

---

<sup>130</sup> Informe de gestión sector gestión pública sobre hechos ocurridos en el año 2008

<sup>131</sup> LIBARDO RODRÍGUEZ, indica la importancia en aras del equilibrio de poderes de órganos autónomos que realicen labores de control especializadas, en tal sentido al ser el proceso de responsabilidad fiscal un proceso que hace parte de las actuaciones administrativas del Estado si bien toma elementos del proceso sancionador, del derecho administrativo, del derecho civil, es una labor o instancia jurídica que debe obrar con los principios de autonomía judicial en cada una de sus instancias y momentos procesales ya sea por niveles de territorialidad o en razón a que se presenten dentro de los distintos grados de consulta o recursos dentro del proceso. HERRERA VERGARA, Hernando, C. L. (1991). Gaceta Constitucional No. 59. Bogotá: El Abedul.



*hectáreas, se encuentran en manos de particulares y deben retornar al Estado. Esto implica un daño fiscal por la suma de \$1.222 millones, los cuales deben ser actualizados de acuerdo con su valor comercial, debido a que se trata de transacciones que en su gran mayoría se registran en el año 2008. Adicionalmente, revisadas las adjudicaciones de baldíos urbanos municipales, se estableció un daño patrimonial al Municipio de Carmen de Bolívar, de \$140 millones de pesos, suma que también debe ser objeto de actualización al valor comercial y que corresponde aproximadamente a 4.855 metros cuadrados.”*

La ordenación del gasto, si bien constituye una de las formas de gestión de recursos públicos, esta puede verse representada en operaciones que deriven en pérdida patrimonial de bienes estatales, como ocurre en operaciones del tráfico jurídico en las que se disponga de la titularidad de bienes, como es el caso de daciones en pago, donaciones, entre otras, sobre las que habrá que valorar el cumplimiento de la legalidad y gestión económica y eficiente en tales operaciones al tenor de la dispuesto en la ley. Al respecto, puede citarse por ejemplo, resultados de la gestión fiscalizadora<sup>132</sup> por el que empresas publicas incurren en estas irregularidades *“Federacafé, en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café (FNC) y miembro de la Junta Directiva de la Aseguradora Eco Seguros S.A., (donde el FNC tiene el 94,61% de su patrimonio), autorizó una donación de Eco Seguros por \$30.000 millones, a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, desatendiendo el Artículo 355 de la C.P.C., e ignorando que el objeto social de la aseguradora es restringido de acuerdo con el Estatuto Financiero que rige para estas compañías. ..||. Lo anterior, ocasionó una disminución patrimonial al FONC, en proporción a la inversión que este tiene en esa compañía, correspondiente al 94,61%, y su indexación hasta la fecha; además, podría haberse generado un daño al fisco.”*

De igual forma, se pueden presentar eventos en los que la administración de recursos que no concluyen las expectativas propuestas, el Estado puede encontrarse en situaciones una

---

<sup>132</sup> Informe de Gestión de la Contraloría al Sector Agropecuario. Contraloría General de la República de Colombia.

gestión de fondos ineficiente que en muchas oportunidades además es antieconómica como la que se presenta en hallazgos de la auditoría<sup>133</sup> *“en cuanto al Plan Nacional de descongestión para el sistema de oralidad no ha generado ninguno de los resultados propuestos después de haber transcurrido 15 años desde la entrada en vigencia de la norma, pese a una destinación y ejecución efectiva de recursos que han ascendido a \$490.000 millones. Los proyectos de infraestructura adelantados presentan retardos en la ejecución de los contratos de obra, que en los casos de los Palacios de Justicia exceden el plazo inicial hasta en un 200%, (Mocoa, Manizales, Cali, Yopal entre otros). Dichas demoras se han visto reflejadas en sobre costos que han superado en todos los casos los presupuestos en promedios que oscilan entre el 50% y el 200%, como ha ocurrido en los Palacios de Justicia citados generando un presunto detrimento por valor de \$93.103 millones. Sobrecostos en equipos de sistemas por valor de \$246 millones y para otros elementos de cómputo de \$149 millones para un presunto detrimento patrimonial aproximado de \$396.43 millones*

*Como puede observarse, la labor de fiscalización de los recursos y fondos públicos se realiza a través de las auditorías programadas llevadas a cabo dentro de la respectiva jurisdicción funcional o territorial, que dan como resultado la presentación de observaciones, conclusiones, recomendaciones, así como posibles glosas que reflejan irregularidades y posibles actos de gestión inadecuada de fondos públicos que han comprometido dineros del Estado”.*

Si como consecuencia de este control fiscal, como se ha señalado, se evidencian hechos posiblemente constitutivos de daño patrimonial al Estado-daño fiscal-se procederá al respectivo proceso de responsabilidad fiscal, con el propósito de dilucidar las situaciones y responsabilidades existentes en el manejo de fondos y recursos públicos que originaron daño patrimonial al estado en el desarrollo de tareas de gestión fiscal, siempre y cuando los hechos no hayan caducado, con lo cual una vez iniciado el proceso, comenzara a su vez a contar el tiempo de prescripción

---

<sup>133</sup> Informe de gestión de la Contraloría General de la Republica al Sector Justicia y defensa al respecto de los resultados de la última década.

de la acción, que corresponde a 5 años<sup>134</sup>.

De otra parte, debe considerarse que el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa, por lo cual el acto administrativo que decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituye un acto que, como tal, puede ser impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ahora bien, la jurisprudencia ha establecido, que la en caso de la impugnación del acto administrativo, que llegare a fallar con responsabilidad fiscal, la tutela se dirige contra el acto administrativo confirmatorio de aquel que cerró la investigación fiscal, elevó a faltante de fondos públicos contra el accionante y declaró abierta la etapa del juicio fiscal. Por lo cual, no es la acción de tutela la vía jurídico – procesal, la adecuada para demandar los efectos de la acción de responsabilidad fiscal, sino la acción ante la jurisdicción contenciosa, pues la acción contenciosa, es un medio idóneo y preciso para responder a los derechos que de acuerdo a su naturaleza se han podido ver vulnerados con el fallo de responsabilidad fiscal del ente auditor y la tutela solo se utiliza, de manera subsidiaria, cuando no exista otro medio de defensa judicial con el propósito de defender derechos fundamentales.

La finalidad del proceso de responsabilidad fiscal, es establecer la responsabilidad de quienes tienen a su cargo bienes o recursos públicos, a efectos de procurar el resarcimiento del daño patrimonial ocasionado al erario público, mediante su conducta dolosa o gravemente culposa. Es así como el artículo de la ley 610 de 2000, define el proceso de responsabilidad fiscal, 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,

---

<sup>134</sup> Sentencia de C-423 DE 2016.

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.

Además, debe tenerse presente que la responsabilidad fiscal, se declara siempre y cuando, el daño patrimonial se haya ocasionado en relación con actividades de gestión fiscal, en este entendido, los hallazgos fiscales, fundamentaran una buena parte esta labor, que con ocasión a la labor de fiscalización, evidencie el ende de control fiscal<sup>135</sup>, debe soportar la gestión fiscal la relación causal, para demostrar la existencia de daños fiscales derivados de contratación estatal así como otras actividades que generen erogación financiera y presupuestal.

En esta medida por ejemplo, como resultado de la labor auditora<sup>136</sup> este ente auditor, ha venido evidenciando presuntos daños fiscales que derivan de la actuación irregular e ineficiente de gestores de fondos públicos a través de la contratación, mediante fuentes, como visitas técnicas realizadas a los proyectos estatales, en los que se observan deficiencias técnicas en las obras, pese a que dentro de las especificaciones técnicas inicialmente planteadas se contempla el cumplimiento de éstas y otras normas técnicas, lo que es además, muy relevante, si se tiene en cuenta que tales proyectos puedan estar liquidados, como el presentado al respecto de los recursos de subsidio de vivienda de interés social rural donde alrededor de 80% de los proyectos ya habían sido liquidados bilateralmente. Lo que arroja un posible daño fiscal que debe ser valorado en el respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado

---

<sup>136</sup> Informe de gestión que realizó la Contraloría General de la República de la vigencia 2011 y 2012 al sector social.

obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso según el artículo 29 de la Constitución Política.

Anteriormente el proceso de responsabilidad fiscal se encontraba regulado por la ley 42 de 1993, donde se reglaba el tema del control fiscal y el trámite de responsabilidad fiscal, sin embargo posteriormente con el propósito de crear una ley que se refiriera de manera explícita a este proceso se expidió la ley 610 de 2000, "*por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*".

La jurisprudencia<sup>137</sup> conforme a lo establecido en la ley ha señalado que el proceso de responsabilidad tiene dos etapas, la investigación y el juzgamiento, y si bien autoriza a las Contralorías a practicar unilateralmente pruebas durante indagaciones preliminares previas a la investigación o durante la investigación misma, con el objeto de establecer la existencia de los hechos e identificar a los presuntos responsables, una vez que éstos han sido individualizados, se les debe notificar y garantizar el ejercicio de su derecho de defensa. Si el término de la investigación o su prórroga están agotados, se debe señalar un término prudencial adicional para que quienes resulten imputados puedan ejercer el derecho de defensa. Pueden resumirse estos trámites del proceso en los siguientes términos:

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

---

<sup>137</sup> Así lo estableció la Sala Plena de la Corte Constitucional en las sentencias SU -620 de 1996 y C-540 de 1997, la última de las cuales estudió la constitucionalidad de los artículos 74 y 77 de la Ley 42 de 1993 que tratan sobre las etapas del proceso de responsabilidad fiscal.

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<sup>138</sup>. (Artículo 3)

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

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

e. Como garantía de la defensa del implicado, el artículo 42 prescribe que quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal en su contra, antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, tiene el derecho de solicitar que se le reciba exposición libre y espontánea.<sup>139</sup> De todas maneras, no puede proferirse el referido auto de imputación, si el presunto responsable no ha sido previamente

---

<sup>138</sup> SC132-93MP Hernández Galindo, SC-374-95 MP Barrera Carbonel, SC-167-95 MP Morón Díaz, SC- 100/96 MP Martínez Caballero, C- 383/2009 C-189/98 de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencias como las anteriores han enfatizado la importancia de la independencia de la Contraloría como órganos de control y por ende de las actuaciones que al interior de ella se realizan. La determinación del archivo de los hechos por la no procedencia de la acción y la necesidad de indagar más sobre la existencia del hecho son prerrogativas con las que cuentan los órganos o dependencia de instrucción del proceso o juicios fiscal.

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".

Así las cosas, de acuerdo con la ley 610 de 2000, el proceso de responsabilidad fiscal se inicia a partir de la expedición del auto de apertura-art. 40-, y busca una vez

determinada la existencia de daño fiscal, declarar la responsabilidad o no de quienes ejercieron como gestores fiscales. La indagación preliminar consagrada en el artículo 39 de la ley 610, tiene por objeto determinar la ocurrencia de los hechos, así como la existencia del daño, individualizar a los posibles responsables fiscales, determinar la entidad afecta, entre otras actuaciones previas, para el inicio del proceso de responsabilidad fiscal, que deben adelantarse dentro del término de 6 meses, una vez concluido, culminara con un informe recomienda la apertura del proceso de responsabilidad fiscal o en su defecto el archivo de las diligencias. Dentro de las indagaciones preliminares se pueden decretar y practicar las pruebas necesarias para esclarecer estos hechos<sup>140</sup>.

En tal sentido, la ley 610 de 2000, determina la procedencia de la indagación preliminar al establecer que *“si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.*

*La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.”*

La Corte Constitucional<sup>141</sup>, ha dado aplicación del principio de la duda o in dubio pro reo y nulidad por no aplicación de principio in dubio pro reo en los procesos de responsabilidad fiscal, la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó la jurisprudencia de

---

<sup>140</sup> YOUNES, cita a LIBARDO, R. (2009). Estructura del Poder Público en Colombia. Bogotá, Colombia: TEMIS S.A y HERRERA VERGARA Hernando, C. L. (1991). Gaceta Constitucional No. 59. Bogotá: El Abedul. al indicar que la intención que tuvieron los constitucionalistas en 1991 al integrar a la constitución a la contraloría como órgano de control independiente, que no tuviera o fuera ejercido por el control de otras poderes, como es por ejemplo la rama judicial, es otorgar al interior de sus procedimientos elementos y herramientas que dieran lugar al debido proceso y derecho de defensa para seguridad del proceso y defensa de los investigados.

<sup>141</sup> SU -620 de 1996 y C-540 de 1997



la Corporación en torno a las garantías debidas a quienes fueran objeto de investigación y juicio fiscal por parte de las Contralorías y en la sentencia estudió la constitucionalidad de los artículos 74 y 77 de la Ley 42 de 1993 que tratan sobre las etapas del proceso de responsabilidad fiscal, señalando:

*“...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.”*

## **5. Daño patrimonial al Estado**

El artículo 6 de la ley 610 de 2000 define el daño de la siguiente forma:

“Artículo 6. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las

contralorías.<sup>142</sup>

La gestión antieconómica del daño puede presentarse en eventos en los que la necesidad de la adquisición del producto o servicio por parte de las entidades estatales, no corresponda a una necesidad real o por lo menos no se ve representada en la magnitud de lo contratado. En tal sentido, con ocasión a las labores de fiscalización se evidencian por ejemplo, labores de planeación ineficientes en la contratación estatal, en las que se contratan bienes y servicios que no corresponden al objeto misional de la entidad o son innecesarios *“La CGR pudo establecer que no guarda concordancia la adquisición del objeto, toda vez que se determinó que las Fuerzas Militares no llevarán a cabo la adquisición de sísmica ya que solo prestarán un apoyo logístico y operativo. Lo anterior evidencia una ineficiente planeación y una contradicción en sus actuaciones, generando con esto una gestión fiscal antieconómica por el orden de \$1.240 millones”*

La jurisprudencia<sup>143</sup> ha señalado, que “el legislador utiliza el concepto jurídico de “lesión” para precisar el concepto general de “daño” lo cual implica que debe tratarse de un daño antijurídico”. Cabe, además según esta jurisprudencia, i n d i c a r q u e la expresión *“intereses patrimoniales”*<sup>144</sup> es una referencia al objeto sobre el que recae el daño. De manera general puede decirse que el objeto del daño es el interés que tutela del derecho y que para la estimación del daño debe acudir a las

---

<sup>142</sup>Informe de Gestión Contraloría General al sector minas y energía. Agencia Nacional de Hidrocarburos. A modo de referente, puede indicarse que el hallazgo fiscal de mayor representación en la vigencia 2011-2012 estuvo relacionado con el Convenio 033 de 2009 ANH–Universidad Nacional: capacitación gerencia de proyectos sísmicos a miembros de las FFMM. Si bien los montos de los hallazgos indicados en el proceso auditor son indicativos del presunto daño patrimonial al Estado, este monto, debe ser verificado dentro del respectivo proceso, por lo cual en eventos de duda sobre su existencia o cuantificación se someterá esta investigación a los términos establecidos en la indagación preliminar.

<sup>143</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-340 de 2007.

<sup>144</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Como lo ha señalado la Corte constitucional en repetidas ocasiones la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, tiene un fin resarcitorio en esa medida, una vez restablecido el daño al patrimonio público el proceso podrá ser archivado y no dará lugar a ningún tipo de inhabilidades u otra consecuencia jurídica para del servicio del Estado. Esta es una de las diferencias de este proceso con el proceso disciplinario en donde la inhabilidad que de él se deriva solo termina con el transcurso del tiempo que dé lugar a su pérdida de efectos (la inhabilidad puede llegar hasta 10 años o presentarse de manera permanente).

reglas generales aplicables en materia de la responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con sujeción a su real magnitud.

La lesión al patrimonio del Estado debe verse como un hecho ya cumplido que trae consecuencias pecuniarias para el Estado, pues el daño no puede ser eventual o incierto. Por ejemplo, las liquidaciones por las que el Estado reconoce valores inferiores por concepto de cobro o recaudo, al igual que otros eventos de efectiva disminución o pérdida patrimonial son representativos de daño fiscal. *“Como resultado de las auditorías especiales a Ingeominas (Instituto Colombiano de Geología y Minería) para evaluar los contratos de gran y mediana minería y proyectos de interés nacional (PIN), se identificó un hallazgo con alcance fiscal correspondiente a un presunto detrimento en cuantía de \$23.473 millones, por el menor valor de las regalías liquidadas para el periodo 2004-2008, debido a los costos aplicables para la liquidación de la regalía minera que debe pagar Cerro Matoso S.A. (CMSA).”*<sup>145</sup>

Así las cosas, el objeto sobre el que recae la lesión, como lo indica la norma, pueden ser los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado, considerados a través de menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro..<sup>146</sup>

La Corte Constitucional ha señalado<sup>147</sup> que los daños al patrimonio del Estado pueden

---

<sup>145</sup>Informe de gestión al sector minas y energía 2012, menoscabo patrimonial por no cobro de regalías (la contraprestación que recibe el Estado por la concesión para la explotación de recursos naturales)

<sup>146</sup> Otro evento de daño cuantificado al respecto de dineros que no ingresaron a las arcas del Estado, se ve representado, en el hallazgo encontrado por la contraloría general, determinó dentro del proceso auditor a la Incubadora Empresarial de Producción y Comercialización (Incuagro E.U. en liquidación), que la liquidación del Convenio PCI- 001-2006 se hizo de manera irregular, pues al analizar los soportes allegados por parte de la entidad se encontró que no fueron reintegrados a la Dirección Nacional del Tesoro los recursos no ejecutados, generándose así un hallazgo fiscal, al existir un saldo por ejecutar de \$378 millones.

<sup>147</sup> Sentencia C-840 de 2000

provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y de formas como puede producirse.<sup>148</sup>  
*“Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución”.*

Usualmente puede verse representado el daño patrimonial en eventos de ordenación del gasto, mediante la contratación, como consecuencia falencias en la planeación y estudio de mercado dando lugar a gestiones antieconómicas. Al respecto puede decirse que *“En la auditoría realizada al convenio interadministrativo No. 027 suscrito entre el ICA –Instituto Colombiano Agropecuario e INFOTIC S.A. se detectaron 4 deficiencias que tienen posible incidencia fiscal, siendo la más importante aquella donde el grupo auditor determinó que el ICA no presentó una evaluación técnica real que permitiera establecer la viabilidad de la herramienta adquirida en correspondencia con la plataforma informática instalada; esto se observó sin desconocer la eficiencia y las características de la nueva herramienta. Los elementos precisados indican que dentro del análisis técnico previo realizado para la suscripción de este convenio, se desconocieron algunos elementos básicos y características para la escogencia de la herramienta, la cual tuvo un costo cercano a los \$1.559 millones para el año 2010. Igualmente, se reflejó que la entidad no tenía claramente definidas las necesidades reales de licenciamiento y las diferentes opciones de plataformas. Este proceder puso en evidencia una Gestión Antieconómica por parte del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA).”*<sup>149</sup>

Respecto de la expresión *inequitativa*,<sup>150</sup> *“ella remite a una multiplicidad de acepciones*

---

<sup>149</sup> Informe de gestión de la contraloría al sector agropecuario sobre hechos del 2010.

<sup>150</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-340/07. la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “o a los intereses patrimoniales del Estado” y la inexecutable de la expresión “inequitativa”, contenidas en el artículo 6°

*cuyo contenido quedaría librado a la determinación del funcionario que adelanta el juicio de responsabilidad fiscal. Al disponer la norma que la responsabilidad fiscal puede ser producto de una gestión fiscal inequitativa que no está dando parámetros que permitan establecer de manera previa, cierta y objetiva, cuando una conducta puede considerarse inequitativa y, por esa razón, determinante de que un daño patrimonial al Estado pueda ser atribuido al agente a título de dolo o de culpa. Esa indeterminación resulta violatoria de los principios de legalidad y tipicidad consagrados en el artículo 29 de la Constitución y que resultan aplicables en todos aquellos eventos en los que se pretenda establecer la responsabilidad de una persona”.*<sup>151</sup>

## **6. Connotación de la gestión fiscal en la configuración del daño**

Se podría pensar que el artículo 1 de la ley 610 de 2000, al establecer que son responsables fiscales quienes causen daño al estado con ocasión a la gestión “o contribuyan a esta”, estaría vulnerando los artículos 267 de la Constitución, al establecer que permite a la Contraloría adelantar procesos de responsabilidad fiscal contra quienes no realizan de manera directa gestión fiscal, lo cual infringiría entre otras disposiciones el artículo 267 Superior, conforme al cual, el control se ejerce sobre la administración y los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Sin embargo la Corte Constitucional<sup>152</sup> declaró exequible la expresión en atención a las siguientes consideraciones:

“El artículo 1 de la ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal en la siguiente forma: 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

---

de la Ley 610 de 2000.

<sup>152</sup> Sentencia de constitucionalidad C-382 de 2012 y c-340 de 2001.

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.”

En primer lugar, considera la Corte que debe dilucidarse el contenido y alcance de la expresión "con ocasión de ésta", a efectos de determinar si con ella se podría dar lugar a un eventual rebasamiento de la competencia asignada a las contralorías en torno al proceso de responsabilidad fiscal<sup>153</sup>. El diccionario de la Real Academia Española define la palabra *ocasión* en los siguientes términos: "1. Oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa. 2. Causa o motivo por qué se hace o acaece una cosa." Así las cosas, la Corte constitucional precisa a partir de esta definición que la expresión "*con ocasión de esta*" puede significar que la gestión fiscal puede presentarse como circunstancia u oportunidad para ejecutar o conseguir algo haciendo uso de los recursos públicos y causando un daño al patrimonio estatal<sup>154</sup>.

Por lo cual, considera la Corte que la expresión *n e c e s a r i a m e n t e* se justifica

---

<sup>153</sup> Gaceta del Congreso No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8 proyecto ley 610 de 2000. Debe mencionarse igualmente, que durante el trámite de aprobación de la ley a la que pertenecen la ley L. 610 y fue discutido en el congreso, la exposición de motivos radico, entre otros argumentos, a la importancia del juicio imparcial y objetivo que adelantaría este ente de Control y evitar en esta medida acciones arbitrarias o desbordantes del poder conferido: "- Consagración en forma expresa del sometimiento del proceso de responsabilidad fiscal a los principios que regulan el debido proceso y a los que presiden la actuación de la administración, de manera que, de una parte, se brinden a los presuntos responsables vinculados a investigaciones y los juicios fiscales todas las garantías para el ejercicio de su derecho a la defensa y, de otra parte, las contralorías obren con celeridad, eficiencia, eficacia, economía e imparcialidad en el trámite de estos procesos, que son los mismos atributos que dichos organismos evalúan respecto de la gestión de las entidades vigiladas. (...) - Correlación entre el objeto del proceso de responsabilidad fiscal y la atribución constitucional de la cual emana su fundamento legal, establecida en el numeral 5º del artículo 267 de la Carta, en cuya virtud corresponde a los contralores establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, de manera que el establecimiento de aquélla por parte de las contralorías está referida a una indebida o inadecuada gestión fiscal de la cual se derive un daño patrimonial que afecte la hacienda pública. (...)". En: Gaceta del Congreso No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8

<sup>154</sup> Sentencia C-499/98 de septiembre quince(15) de mil novecientos noventa y ocho (1998) En sentencias como está, la Corte constitucional ha establecido o identificado aspectos a partir de los cuales puede generarse gestión fiscal y por ende daño patrimonial al Estado, en tal medida al indicar que este se representara a través de la administración de recursos públicos así como en el desarrollo de los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración, reúne un elemento relevante al momento de establecer contextos o situaciones, a partir de las cuales si bien no se presenta el daño por una acción directa como en el caso de pagos adicionales en contratos u onerosos, si podría a través de la expresión "con ocasión de esta" presentar elementos que pudieren llegar a generar responsabilidad fiscal por la inadecuada planificación y orientación de programas y proyectos por los que se produjeran gastos indebidos a través de los herramientas o mecanismos a través de los cuales se materialicen como podrían ser contratos innecesarios, subvenciones etc.

solo en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.<sup>155</sup> Por lo cual, en cada evento se debe analizar si la respectiva conducta tiene relación con la actividad de gestión fiscal comprendida en el ámbito de labores relativas a planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros del manejo de fondos o bienes del Estado.

De otra parte, en relación con la expresión "*contribuyan al deterioro del erario público*"<sup>156</sup>, indica la Corte que la norma al definir el daño patrimonial al Estado, aclara que dicho daño puede ser ocasionado por los servidores públicos o los particulares que causen una lesión a los bienes o recursos públicos en forma directa, o contribuyan a su realización, tratándose entonces como una definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse.

Agrega la Corte que, *los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas, de suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, tanto en el ámbito de la gestión fiscal como fuera de ella.*

*La Corte Constitucional ha dicho: "que la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre*

---

<sup>155</sup> Sentencia C-840/01, la corte determina la exequibilidad de la norma solo bajo el entendido que se le dé esta interpretación condicionando de esta forma la legalidad de la norma en tales términos.

<sup>156</sup> La expresión por la cual podrán incurrir en responsabilidad fiscal quienes contribuyan al daño, debe entenderse condicionada a la relación del sujeto con los bienes o recursos del Estado. Esa responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Sentencia C-840/01.

*fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley.*

*Lo anterior, implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos<sup>157</sup>. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.”*

*Así las cosas, por ejemplo, el daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribamiento culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo latente además que para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del*

---

<sup>157</sup> Sentencia T-973 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Gálvis .Gaceta del Congreso No. 177 del 31 de mayo de 2000, pág. 9. Sobre estas calidades del proceso, el parágrafo 1º del artículo 4º de la Ley 610, establece que “La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”. Para la Corte, “La responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que haya lugar. Por consiguiente, es claro que dicho proceso no es ni puede calificarse como un proceso sancionatorio, pues tienen una naturaleza diferente. Además, éste proceso se inicia con posterioridad al fallo que se profiere en el proceso de responsabilidad fiscal, por lo que se trata de dos procesos distintos, autónomos e independientes”. De esto se desprende que en los eventos en los que el actor o causante del daño no tenga la condición de gestor fiscal, y ocasione daño a al patrimonio del Estado, la acción que recaerá sobre el si cuenta con la condición de servidor público será la acción disciplinaria que es independiente y autónoma como es la de responsabilidad fiscal.



*presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal”.*

La definición del daño patrimonial al Estado no entra en confrontación con las competencias administrativas o judiciales que la Constitución y la ley han previsto taxativamente en desarrollo de los principios de legalidad y debido proceso. El daño fiscal se genera como consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, dando lugar a la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal<sup>158</sup>, sea que su intervención haya sido directa o mediante contribución, en esta medida es que debe considerarse la expresión de quienes contribuyan a al daño fiscal

En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.

## **7. Indemnización de perjuicios en proceso de responsabilidad fiscal.**

El 4 de la ley 610 de 2000, dispone que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Solo comprende, de conformidad con el artículo 268-5 de la Carta Constitucional, que el objeto de la actividad de la Contraloría es determinar los daños sufridos por los bienes públicos y no otros perjuicios, ya que esto podría tener

---

<sup>158</sup> Sentencia C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. sentencia C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo. Al respecto de la competencia para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, debe decirse que se adelanta en la jurisdicción territorial en la que se identificación de los hechos, es decir, a través de la Contraloría Territorial respectiva en la que se identificaron los hallazgos constitutivos de presunto daño fiscal, no obstante la Contraloría General, en atención a su figura de control prevalente podrá excepcionalmente conocer y tramitar estos procesos. Ha dicho la Corte *“Si los procesos de responsabilidad fiscal, son la forma por excelencia a través de la cual, las Contralorías cumplen con su función fiscalizadora de la gestión de los dineros públicos, en nada se opone a la Constitución que la ley permita a la Contraloría General de la República, en los casos en que se ejerza su función de control excepcional, adelantar dichos procesos y llevarlos a su culminación”.*

competencia en la rama judicial del poder público, sin embargo la Corte dio claridad al respecto mediante las siguientes consideraciones:

El artículo 90 de la Constitución consagra la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, admitiendo también la responsabilidad subjetiva de los funcionarios con base en los conceptos de dolo y culpa grave, por cuanto es posible que el daño se genere a partir de la acción u omisión de los servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito.

Pero debe observarse, que aquí el Estado obra como extremo infractor, y el extremo pasivo lo constituyen las personas que lleguen a padecer los rigores y efectos perjudiciales de su injustificada acción u omisión institucional, que por regla general se traduce en una falla del servicio o en otras manifestaciones contrarias a derecho. Por ello mismo, tratándose de responsabilidad fiscal resultaría inadecuado situarse en lo establecido en el artículo 90 Superior, pues, sencillamente, en tal evento, el Estado es justamente el afectado, entre tanto, el Tesoro Público sufre los resultados causados por la conducta irregular de quienes ejercen gestión fiscal, sean éstos servidores públicos o particulares<sup>159</sup>.

En el evento de la responsabilidad fiscal el Estado no debe hacer erogación alguna, por el contrario, el resarcimiento pecuniario se observa a su favor, no correspondiendo de esta forma acción de repetición contra funcionario alguno. Lo cual se apoya al

---

<sup>159</sup> Sentencia C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se dijo que “la definición de naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal significa que el fallo correspondiente puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso de lo administrativo”. La acción que se adelanta el momento de encontrarse una acción que ocasiona una conducta antijurídica por parte del Estado, es la acción de reparación directa, esta se entabla ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por su parte, la acción que adelanta el Estado contra el funcionario público para recuperar la indemnización que ha dado al particular o tercero perjudicado por la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor, es la acción de repetición que también se presenta ante esta instancia judicial, sin embargo la acción de responsabilidad fiscal no cuenta con facultades jurisdiccionales, es decir se adelanta en vía administrativa y puede ser demandada posteriormente ante lo contencioso administrativo. Con lo cual no obstante tener como requisito de responsabilidad estas dos acciones, la acción de responsabilidad fiscal y la acción de repetición la necesidad de ocurrencia de una conducta dolosa o culposa tiene diferente ámbito de conocimiento inicial.

considerar que no toda conducta de un servidor público vincula a la Administración. En este sentido para el Corte Constitucional, el grado de culpa previsto en el parágrafo 2º del artículo 4 de la ley 610 resulta pertinente y adecuado al establecimiento de la responsabilidad fiscal.

De otra parte, destaca el artículo 4 de la ley 610 de 2000, el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de forma que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay lugar para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando lo ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal. El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido.

Así, el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia con la magnitud del daño causado mas 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. 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.

Pues bien, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe reparar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: integrando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. Para desestimar el lucro cesante deberá ser declarado solo por una autoridad que haga parte de la rama

judicial.

Así las cosas, el proceso de responsabilidad fiscal conlleva a una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe responder con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa.

Ahora bien, con respecto al daño, la Corte también ha sostenido:

*“Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio<sup>160</sup>”.*

Debe indicarse además que el objeto de la responsabilidad fiscal tiene como requisito la concreción de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores, tal como lo da a entender el artículo 5 de la ley 610. De lo cual se concluye que en materia de responsabilidad fiscal está excluida toda forma de responsabilidad objetiva.

---

<sup>160</sup> C-484 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, es necesaria la “identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación”. Pues bien por ejemplo en el evento de pérdida de bienes, aunque gracias al cambio normativo con la ley 610 de 2000, los artículos que se pierdan sin intervención de gestión fiscal darán lugar solo al proceso disciplinario y en el evento que como resultado de este se aplique una multa, la multa en el proceso disciplinario se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable. Aspectos que deben diferenciarse que la aplicación de multas o la amonestación como medidas correccionales en el proceso fiscal, cuando se entorpece el ejercicio del control fiscal, de esta forma, estas las medidas comparadas no tienen el mismo objeto, ya que las primeras pretenden sancionar una conducta reprochable disciplinariamente y, las segundas, buscan garantizar la eficiencia y eficacia del control fiscal. Finalmente, las multas y las amonestaciones correccionales y disciplinarias tampoco se identifican en cuanto al sujeto pasivo, como quiera que las primeras podrán imponerse a cualquier persona que maneje bienes o fondos del Estado, mientras que las sanciones disciplinarias se desenvuelven en el estricto ámbito de la función pública.

## 7.1 Concepto de uso indebido:

Al respecto de debe considerarse si la lesión del patrimonio público puede consistir en el mero uso indebido de los bienes o los recursos del Estado. Así las cosas, es necesario precisar que el uso indebido puede predicarse de los bienes y servicios, pero que no cabe referirlo a los intereses patrimoniales, porque éstos, entre tanto, se presentan como consecuencia de una posición subjetiva del titular del derecho, no pueden ser usados.

La norma, artículo 6 de ley 610 de 2000, describe el concepto de lesión al patrimonio público, y además de las hipótesis de detrimento, menoscabo, disminución, perjuicio o deterioro, incluye como modalidad autónoma, el uso indebido. El uso indebido de bienes y recursos del Estado puede considerarse *per se* cómo daño al patrimonio público, esto es, si la lesión en la que consiste el daño puede estar representada en el mero uso de los bienes y recursos públicos, es entonces de forma más precisa lo que puede analizarse al respecto.

Lo primero que podría señalarse es que el fenómeno dañoso, desde una perspectiva puramente objetiva, estaría en el uso de los bienes y recursos del Estado, que adquiere la connotación de lesión jurídica, en la medida en que tal uso sea indebido. En el ordenamiento penal el uso indebido, se entiende en el evento en el que el servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte<sup>161</sup>, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones. Sin embargo esa expresión puede tener un alcance más amplio, puesto que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, usar, en una

---

<sup>161</sup> C-484 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En igual sentido, así como, la conducta generadora del daño fiscal podrá imponerse a cualquier persona que maneje bienes o fondos del Estado, pues como se ha indicado puede recaer sobre contratistas, en el evento de sanciones disciplinarias requiere que quien ocasiona la conducta se desenvuelven en el estricto ámbito de la función pública y en igual sentido en el evento de delitos contra el patrimonio del Estado el autor de la conducta deberá ser servidor público.

primera acepción, es “hacer servir una cosa para algo”, y, en un segundo significado es “disfrutar una cosa.”

El uso indebido que genera lesión o detrimento en bienes o recursos públicos, no se explica en el sentido del uso indebido *per se*, sino, precisamente, en el detrimento, disminución o pérdida de los bienes o los recursos públicos. Como ejemplos pueden observarse el referido al daño producido a una maquinaria del Estado como consecuencia de su utilización en una forma proscrita por los manuales de uso, o en eventos no tan fáciles, como podría ser el uso improductivo de recursos públicos, caso en el cual el daño no se da por la mera conducta indebida, sino por el detrimento que la indebida aplicación de los recursos produce en el patrimonio. Los bienes o los recursos dejan de ser útiles, esa pérdida de utilidad es un detrimento patrimonial susceptible de generar responsabilidad fiscal.

Si bien la jurisprudencia de la justicia ordinaria penal ha precisado que la exigencia de que el uso se realice en forma indebida comporta la necesidad de que este elemento normativo del tipo sea objeto de una especial valoración cultural de connotaciones extrajurídicas, podría configurarse una situación de responsabilidad fiscal y eventualmente disciplinaria y penal en el evento de un funcionario que, sistemáticamente acudiese a su lugar de trabajo en horario no laboral con el propósito de realizar extensas llamadas al exterior.

En ese caso es claro que la conducta genera un costo y que el objeto de la responsabilidad fiscal es la afectación que ese costo produce en el patrimonio público, y no la mera conducta indebida de usar los bienes del Estado para un fin distinto del propio del servicio público, conducta que daría lugar a que las autoridades competentes establecieran las correspondientes responsabilidades disciplinaria y penal.

El uso indebido de bienes o recursos del Estado difiere de erogación y disposición irregular

de patrimonio público, presentándose eventos en los que exista además responsabilidad penal por el pago de servicios que no fueron retribuidos al no existir la motivación real o la causa de esta contratación, obrando el gestor fiscal con dolo en el pago de los mismos, o en eventos en los que el pago por el mismo objeto contractual se hizo doblemente. Con ocasión a las auditorías<sup>162</sup> realizadas por la Contraloría General, *“se encontró que en proyectos CIF 166-10 y CIF 032-08, se evidenció falta de controles en la ejecución de los proyectos, así como la realización de visitas oportunas al predio, débil supervisión e inaplicación de normas expresas que regulan la materia, con implicaciones sobre la correcta elegibilidad de proyectos y la desviación del espíritu de la ley que incentiva proyectos nuevos, con riesgo para la entidad en la correcta ejecución de los recursos, lo cual implica presunta responsabilidad Disciplinaria y Fiscal por el pago de proyectos ya ejecutados, por el valor del establecimiento y los mantenimientos ya cancelados”*

El uso indebido puede no generar un detrimento apreciable o significativo en los bienes o los recursos públicos, pero si puede traer consigo un aprovechamiento patrimonial para el agente que usa indebidamente los bienes o los recursos del Estado. En este caso cabría decir que, en estricto sentido, el daño está en el detrimento en los intereses patrimoniales del Estado que se deriva de su aprovechamiento indebido por terceros. No en el uso *per se*, sino en el aprovechamiento indebido. Tal sería, por ejemplo, el caso del uso sistemático y manifiestamente abusivo de recursos adquiridos a un costo fijo por el Estado, como los servicios de telefonía móvil celular o de acceso a Internet. En un caso así, el uso intensivo del acceso a Internet, para fines no laborales, en horarios distintos de la jornada de trabajo, no generaría un costo visible para el Estado, pero si un aprovechamiento susceptible de ser cuantificado, para el agente.

Finalmente, el uso indebido puede darse en situaciones que, ni generen un detrimento apreciable en los bienes o en los recursos del Estado, ni produzcan una afectación de sus intereses patrimoniales por el aprovechamiento indebido de tales bienes o recursos. Tal sería el caso cuando se destinan recursos del Estado a fines

---

<sup>162</sup> Informe de auditorías realizadas al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR). Auditorías a recursos del Programas Agro Ingreso Seguro (AIS) sobre hechos de los años 2008 y 2010.

oficiales distintos de aquel para el que estaban presupuestados, o cuando el uso indebido consiste en una mera infracción de reglamentos, órdenes o directivas, pero sin lesión ni aprovechamiento privado de los recursos públicos. En estos casos, puede existir responsabilidad penal o disciplinaria, pero no responsabilidad fiscal, por ausencia de daño.

En el primer evento expuesto, hay un daño susceptible de ser cuantificado, atribuible al detrimento de los bienes, o a la pérdida de utilidad, o al valor de los recursos inutilizados o enterrados en obras improductivas<sup>163</sup>, etc. También sería cuantificable la afectación del patrimonio público que se deriva del aprovechamiento indebido de bienes o recursos del Estado. Cabría establecer, en ciertos supuestos, que hay un detrimento patrimonial cuando el valor generado por el uso indebido de los bienes del Estado no entra a su patrimonio sino que permanece en el de un tercero.

Pero es claro, también, que en esos supuestos la afectación de los intereses patrimoniales del Estado no se produce por el uso indebido *per se*, sino que sería necesario acreditar, además, el detrimento de los bienes y recursos o, eventualmente, su aprovechamiento indebido, o, en general, la afectación de los intereses patrimoniales del Estado, eventos en los cuales serían éstos - detrimento, aprovechamiento indebido o afectación- y no aquel -uso indebido- los elementos constitutivos del daño y la fuente de la responsabilidad fiscal, y el uso indebido, una modalidad de la conducta dolosa o culpable que da lugar a la responsabilidad.

El concepto de uso indebido representa un evento de lesión al patrimonio público, así como, otras expresiones de daño como menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro, desnaturaliza el concepto de daño, con implicaciones no sólo desde el punto de vista de la técnica legislativa -lo cual no es objeto del control de

---

<sup>163</sup> SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. (2004), Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público, Bogotá, Diké - Centro Editorial Universidad del Rosario. "Es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevinida a la víctima, así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional".



constitucionalidad- sino desde la perspectiva de su conformidad con la Constitución, puesto que, ciertamente, se afecta la posibilidad de desvirtuar la responsabilidad fiscal acreditando la ausencia de daño, con lo cual el juicio fiscal se tornaría en sancionatorio, porque la condena no tendría efecto reparatorio o resarcitorio, sino meramente punitivo, lo cual implicaría, a su vez, atribuir a las contralorías una competencia para investigar conductas indebidas e imponer las correspondientes sanciones, lo cual, no puede hacer el legislador, puesto que no está a su alcance, más allá de la distribución de competencias realizada por la Constitución, atribuir a las contralorías el ejercicio de un control disciplinario que de acuerdo con la Carta corresponde a otros órganos.

Con base en las anteriores consideraciones, se observa que la expresión “uso indebido” contenida en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, no constituye responsabilidad fiscal, como lo dijo la Corte en su momento<sup>164</sup>, sin embargo, debe tenerse presente que el uso indebido de los bienes y dineros del Estado puede derivar responsabilidad fiscal, porque, en la medida en que de tal uso se derive un daño al patrimonio del Estado, entendido como la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, si produciría efectivamente los supuestos configurativos del daño.<sup>165</sup>

## **8. Grado de culpabilidad**

Con respecto a la culpa el artículo 63 del Código Civil prevé tres modalidades a saber:

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

---

<sup>164</sup> C- 620 -1996

<sup>165</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-340/07.

civiles equivale al dolo". 2) "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano". 3) "Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

La culpa puede tener lugar por imprudencia, impericia, negligencia o por violación de reglamentos. Resultando al punto probable que en los términos expuestos en el artículo 90 de la Carta Constitucional que la culpa grave llegue a materializarse en virtud de una conducta afectada de imprudencia, impericia, negligencia o de violación de reglamentos, dependiendo también del grado de intensidad que cada una de estas expresiones asuma en la conducta concreta del servidor público.

Ahora bien, es relevante determinar si las nociones de temeridad y mala fe son más restrictivas que aquellos conceptos de dolo y culpa grave, en lo que corresponde a la responsabilidad<sup>166</sup>.

La temeridad está definida por el diccionario de la Real Academia Española como *"calidad de temerario. 2. Acción temeraria. 3. Juicio temerario."* Y al remitirse al significado de temerario se lee: *"excesivamente imprudente arrojando peligros. Dícese de las acciones del que obra de ese modo. 3. Que se dice, hace o piensa sin fundamento, razón o motivo."*

Por su parte el Diccionario Jurídico Espasa define a la temeridad así: *"Es el*

---

<sup>166</sup>SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. (2004), Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público, Bogotá, Diké - Centro Editorial Universidad del Rosario, Al respecto esta autor indica que "este tema es de importancia porque en muchos de los organismos de control existe la percepción de que con la sentencia de la Corte hoy es prácticamente imposible llegar a una declaración de responsabilidad fiscal, sobre todo cuando se está frente a un examen de culpa y no de dolo por parte del gestor fiscal, lo cual ocurre en la gran mayoría de los casos"

*comportamiento imprudente. La imprudencia temeraria consiste en omitir el cuidado y diligencia que puede exigirse a la persona menos cuidadosa, atenta o diligente".*

Del análisis de las anteriores nociones surge una contundente conclusión, consistente en que la acepción de temeridad equivale esencialmente a la definición de culpa grave que registra el Código Civil, de donde se concluye que bajo tal calificativo no se restringe irregularmente la responsabilidad del funcionario en lo relativo al grado de diligencia y cuidado que se le exige, como por ejemplo para decretar medidas cautelares. Por el contrario, la noción de temeridad<sup>167</sup>, entre tanto se asimila a culpa grave, se relaciona con las formas de culpabilidad que indica la Constitución en su artículo 90.

En cuanto a la locución mala fe, la Corte constitucional estableció lo siguiente:

El principio de la buena fe, ha sido previsto en el Código Civil colombiano, especialmente en sus artículos 768 y 769. En tal sentido establece la Constitución Política que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

Así las cosas, bajo el criterio de que el principio de la buena fe debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de buena fe se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que apoya o fundamenta la producción

---

<sup>167</sup> Sentencia C-840 DE 2001- la corte constitucional indica que “consecuentemente, cuando el respectivo servidor público obre con temeridad o mala fe al decretar las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el Estado debe responder primeramente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la subsiguiente repetición que debe ejercer contra aquél”. Con lo cual al momento de precisar el concepto de temeridad este debe entenderse como el obrar con dolo o mala fe.

de los actos administrativos. Por consiguiente, podría decirse entonces que la presunción de buena fe que obra a favor de los particulares, en la relación Estado-administrados hace las veces de contrapeso institucional de frente a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina, el principio de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, con fundamento en el contenido ético que representa, y por lo mismo, de la importancia que trae al comportamiento jurídico de la sociedad. Contenido que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones sociales. La buena fe se refiere exclusivamente a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, además de fungir como criterio de reciprocidad, entre tanto, se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los derechos como en el de los deberes y obligaciones<sup>168</sup>.

Todo comportamiento deshonesto, desleal de parte de uno de los extremos de la relación jurídica, constituye infracción al principio de la *fides (confianza)*, toda vez que defrauda la confianza puesta, lo que igualmente afecta el fundamento del tráfico jurídico, configurándose así la existencia de la mala fe.

Siguiendo el esquema del profesor GONZÁLEZ PÉREZ puede afirmarse que *“el Estado puede atentar contra la buena fe en razón de los sujetos, del contenido, del lugar, del*

---

<sup>168</sup> Sentencia C-840 DE 2001. El criterio de que el principio de la buena fe debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quiso el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos. Por consiguiente, podría decirse que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza Estado-administrados hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos. Con lo cual, si bien el principio de buena fe se garantiza en el margen de las actuaciones de los funcionarios públicos, al momento de confrontar el comportamiento con la infracción de la ley, este ha de desestimarse.

*tiempo y la forma: 1) en cuanto a los sujetos cuando la Administración, conscientemente, le exige al administrado una prestación en circunstancias de inferioridad, siempre que el interés público no lo requiera de manera inaplazable;*

*2) en razón del contenido cuando teniendo la Administración la facultad de exigir optativamente diversas prestaciones al administrado, le pide aquella que resulta contraria a la conducta leal que cabe esperar de un hombre normal; 3) en cuanto al lugar cuando la Administración escoge un sitio inadecuado para el cumplimiento de sus mandatos; 4) en relación con el tiempo cuando la Administración ejerce el derecho prematuramente, en forma tardía o le señala una plaza inadecuada al sujeto pasivo para la realización de un prestación; 5) finalmente, en razón de la forma, se atenta contra la buena fe cuando la Administración desestima la trascendencia de los defectos que se presentan en el procedimiento de formación del acto administrativo en la medida en que su ejecución contra la voluntad del obligado, le acarrea a este graves perjuicios.”*

En este último evento la Administración tiene conocimiento sobre la irregularidad de su procedimiento, y además, tiene la voluntad para expedir el acto generador del daño, incurriendo de esta forma en la mala fe o dolo.

De acuerdo con este concepto, en el evento de que dentro del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente decreta medidas cautelares que por su misma desproporción acusan irregularidades que fueron conocidas por él, y que pese a las mismas expidió el acto que quebrantó los derechos patrimoniales del procesado, se observara la mala fe con que actuó en tanto tuvo conocimiento y voluntad para producir el acto generador del daño antijurídico. Justificación en la cual se actualiza la eventual responsabilidad del Estado junto con la del funcionario infractor en el entendido del artículo 90 de la Constitución Política.

De esta forma, cuando el respectivo servidor público obre con temeridad o mala fe al decretar por ejemplo las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad

fiscal, el Estado debe responder primero por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la subsiguiente repetición que debe ejercer contra aquél.

### **9. El fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes.**

El Estado, como organización socio-política y estructura jurídica del poder público, a los efectos de cumplir y realizar sus fines, se desenvuelve en el orden institucional a través de un conjunto de *órganos*, dirigidos, coordinados y manejados por personas naturales que tienen la calidad de agentes, funcionarios o autoridades públicas<sup>169</sup>, cuyos actos relacionados con el servicio son imputables directamente al ente político estatal, representado en cada caso por sus entidades u organismos del nivel central y descentralizado.

Esto último, en razón a que el Estado se concibe como un ente impedido para obrar directamente por carecer de entidad material, debiendo hacerlo entonces por intermedio de las instituciones públicas que lo conforman, a quienes en razón de sus objetivos constitucionales la propia Carta Política y las leyes le reconoce la respectiva personalidad jurídica.

El reconocimiento de la personalidad jurídica a los órganos constitucionales del Estado, permite y facilita su sometimiento al orden institucional en los mismos términos en que se encuentran los demás sujetos de derecho -personas naturales y jurídicas de derecho privado-, haciéndolo responsable por las acciones u omisiones de quienes legalmente lo integran y representan. En este sentido, la personalidad jurídica y política reconocida a los órganos del Estado, fundada en los principios de la representación y del mandato, no sólo le confieren a este último capacidad y cierto grado de libertad para desarrollar y ejecutar sus actos, sino que también configura un objeto de

---

<sup>169</sup> A través de sentencia. C-083 DE 2015. La Corte al pronunciarse sobre la apertura del proceso fiscal, encuentra en el elemento de la definición del gestor fiscal un elemento indispensable al momento de definir la responsabilidad fiscal, pues de conformidad con la ley 1374 de 2011, se iniciará proceso verbal en el evento en el que se tengan serios indicios de responsabilidad del gestor fiscal, con lo cual procederá la imputación de cargos. De esta forma el operador jurídico tiene una gran responsabilidad de esclarecer adecuadamente si el funcionario público reúne las condiciones de gestor fiscal, pues estaría vinculándose a una persona en un proceso que lleve inmediatamente a la imputación de cargos.

imputación jurídica, que le permite a los asociados formular en su contra las pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual, las cuales constituyen una garantía constitucional de las personas frente a los daños antijurídicos que puedan causar los distintos órganos estatales en el ejercicio de los poderes de gestión e intervención.

Conforme lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional,<sup>170</sup> la capacidad jurídica del Estado para entrar a responder patrimonialmente, a través de las instituciones públicas, por las actuaciones de sus agentes, alcanza cierto valor normativo sólo a partir de la expedición de la Ley 167 de 1941, en la que se le otorgó competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias por daños antijurídicos atribuibles a las entidades públicas. Dicha capacidad se fundamenta en la base de un sistema de responsabilidad objetiva y directa, fundada en el principio general *nemine laedere*, el cual le impone a toda persona natural o jurídica, pública o privada, el deber de responder por los daños que se causen a otro; en el caso particular del Estado, surgido como consecuencia de la falla en la prestación de los servicios públicos a su cargo.

La Constitución Política, consagra en su artículo 90 que: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas"*.

El resarcimiento en estos términos puede darse cuando: (i) ocurra un daño antijurídico o lesión, (ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público y (iii) exista una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión del ente público<sup>171</sup>; ampliándose de este modo el espectro de la responsabilidad estatal al

---

<sup>171</sup> SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. (2004), Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público, Bogotá, Diké - Centro Editorial Universidad del Rosario. Este nexo, cuya existencia es indispensable para que se pueda derivar responsabilidad fiscal implica en su formulación más simple que el daño fiscal debe ser consecuencia directa de la conducta culposa del gestor fiscal. Por tanto, no existe dicho nexo, cuando en la producción del daño opera causa extraña, es decir, fuerza mayor, caso fortuito o el hecho de un tercero. El hecho asume gran relevancia pues de no evidenciarse este elemento, o incurrirse en el error de imputar cargos sin demostrar este hecho, además de dar lugar a posibles prevaricatos puede desencadenar nulidades en el proceso.

superar el postulado inicial de la falla en el servicio, para adentrarse en el ámbito del daño antijurídico -entendido como aquél daño patrimonial o extrapatrimonial que se causa en forma lícita o ilícita al ciudadano, sin que éste se encuentre en la obligación jurídica de soportarlo.

Ahora bien, la imputación directa al Estado de los daños antijurídicos causados por sus agentes no supone, en manera alguna, una exoneración total de la responsabilidad de estos últimos. El artículo 90 de la Carta, además de consagrar expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, estableció igualmente las bases de la responsabilidad personal de sus agentes o funcionarios, al disponer en el inciso 2° que: *"en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este"*.

De este modo, si bien hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado (por intermedio de los órganos con personería jurídica que lo representan), cuando a través de sus agentes se ha producido un daño antijurídico que le resulta imputable a éste, es también cierto, que dichos agentes están obligados a indemnizar al Estado, en los casos en que la condena impuesta a la Administración por parte del juez contencioso ha sido consecuencia de una conducta en la que concurre la especial calificación prevista por el constituyente de Dolosa o gravemente culposa.

Sobre el particular, es de resaltarse que, mientras la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra sustento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (C.P. arts. 2°,13, 58 y 83), el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente el Estado no es otro que el de garantizar el patrimonio económico estatal, el cual debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, en los términos de lo estatuido por los artículos 2° y 209 de la Constitución Política.



## 10. Medidas cautelares.

La Corte constitucional se pronunció en torno al tema de las medidas cautelares, en sentencia de constitucionalidad en la que se alegaba que la ley 610 de 2000 es inconstitucional, pues prevé como una consecuencia directa del auto de apertura de investigación el decreto de las medidas cautelares, vulnerando presuntamente el artículo 29 de la Constitución, referida al debido proceso. La Corte se pronunció así<sup>172</sup>:

*"- En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelanta y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.*

Dichas medidas cautelares (vgr. separación de bienes, protección policiva a la posesión de hecho, etc.) son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo, o en materia penal con el embargo y secuestro de bienes del imputado (C.P.P. art. 52).

Igualmente las medidas cautelares son también provisionales o contingentes, en la medida en que son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas, o por el ofrecimiento de una contragarantía por el

---

<sup>172</sup> Sentencia C-788 de 2013. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha señalado que las medidas cautelares son un instrumento procesal que tienen por objeto "garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelanta y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

sujeto afectado y, desde luego, cuando el derecho en discusión no se materializa. Las medidas se mantienen mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición.

Si bien, la ocurrencia de una situación de hecho o de derecho determina el ejercicio de la medida cautelar, cabe advertir que la razón de ser de ésta no está necesariamente sustentada sobre la validez de la situación que la justifica. De manera que el título de recaudo, por ejemplo, puede ser cuestionable y esa circunstancia no influye sobre la viabilidad procesal de la cautela si se decretó con arreglo a la norma que la autoriza. Es por esta circunstancia particular que no puede alegarse que la cautela siempre conduzca a violentar o desconocer los derechos del sujeto afectado con la medida. Obviamente, cuando la medida de cautela es ilegal pueden ocasionarse perjuicios, cuyo resarcimiento es posible demandar por el afectado.

Finalmente, debe mencionarse que las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aún, cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo.

### **10.1 Las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal.**

Las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal se justifican en virtud de la finalidad perseguida por dicho proceso, esto es, la preservación del patrimonio público mediante el resarcimiento de los perjuicios derivados del ejercicio irregular de la gestión fiscal.

En efecto, estas medidas tienen un carácter precautorio, es decir, buscan prevenir o evitar que el investigado en el proceso de responsabilidad fiscal se insolvente con el fin de anular o impedir los efectos del fallo que se dicte dentro del mismo. En este sentido, *"el fallo sería ilusorio si no se proveyeran las medidas necesarias para garantizar sus resultados, impidiendo la desaparición o la distracción*

*de los bienes del sujeto obligado. Las medidas cautelares son pues, independientes de la decisión de condena o de exoneración que recaiga sobre el investigado como presunto responsable del mal manejo de bienes o recursos públicos*<sup>173</sup>.

Pretender que éstas sean impuestas solamente cuando se tenga certeza sobre la responsabilidad del procesado carece de sentido, desnaturaliza su carácter preventivo, teniendo en cuenta que ellas buscan, precisamente, garantizar la finalidad del proceso, esto es, el resarcimiento. En esta perspectiva las medidas cautelares pueden ser decretadas en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal, habida consideración de las pruebas que obren sobre autoría del implicado, siendo la primera oportunidad legal para el efecto, la correspondiente a la fecha de expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

En consonancia con la Constitución y la ley 610 el artículo 41 prevé esta circunstancia. Para una mejor garantización de los efectos resarcitorios las medidas cautelares no pueden dejarse para último momento, ni condicionarse a la previa determinación de responsabilidad fiscal del servidor público o del particular con poderes de gestión fiscal. Lo cual no releva a las contralorías de sus deberes frente al principio de la necesidad de la prueba, y llegado el caso, de adelantar la indagación preliminar que amerite la falta de certeza prevista en el artículo 39 de la ley 610.

De ahí que no exista motivo para afirmar que el decreto de las medidas cautelares se establece como una consecuencia inmediata del auto de apertura, pues el mismo artículo aclara, que se impondrán aquellas "a que hubiere lugar"<sup>174</sup>, dando a entender

---

<sup>173</sup> C-835-2013. La Corte indica además que las deben ser racionales y proporcionales, es decir, podría decirse que deben ser acordes al monto a recaudar, pues debe tenerse en cuenta, que inmovilizar el tránsito comercial y jurídico de un bien en cabeza de su titular. Las **"MEDIDAS DE INTERVENCIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN**-Deben atender a los principios de raigambre constitucional de legalidad y proporcionalidad, no siendo posible que tengan un carácter indeterminado"

<sup>174</sup> C- 379 de 2004. Adicionalmente la corte, se ha pronunciado sobre la importancia de la razonabilidad al momento de aplicar las medidas cautelares. *"Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que "aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia*

que éstas sólo se decretarán en dicho auto cuando procedan y no de manera forzosa. En todos los actos y trámites del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente deberá observar rigurosamente el debido proceso y de la prevalencia de lo sustancial sobre las formas máxime al aplicar esta serie de medidas.

El carácter preventivo de las medidas cautelares es lo que determina que su aplicación efectiva se realice con anterioridad a la fecha de notificación del auto de apertura a los presuntos responsables. Sin que esto indique que en cualquier momento del proceso puedan decretarse medidas cautelares sobre los bienes o rentas de la persona presuntamente responsable de haber causado un daño al patrimonio público, tal como lo establece el artículo 12 de la ley 610 de 2000.

Estas medidas tendrán fuerza vinculante hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal. Sin perjuicio de la opción de desembargo que el artículo 12 contempla bajos ciertos requisitos y condiciones.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 267 y 268, numeral 5° de la Constitución Política, corresponde a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, municipales y distritales *“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”*.

#### **11. La responsabilidad fiscal. Naturaleza jurídica y alcance.**

La responsabilidad fiscal corresponde a una función complementaria del control y vigilancia de la gestión fiscal que se le adjudica a la Contraloría General de la

---

*naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, ... los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio”*

República y a las contralorías departamentales, municipales y distritales (C.P. art. 267), es del resorte de estos mismos organismos, por expreso mandato de lo dispuesto en el numeral 5° de artículo 268 de la Constitución Política, *"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"*.

Para la Corte,<sup>175</sup> la responsabilidad fiscal viene a constituir *"una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado"*.

Ha dicho la Corte que el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado es garantizar el patrimonio económico estatal, el cual debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar el cumplimiento efectivo de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, en los términos de lo establecido por los artículos 2° y 209 de la Constitución Política.

La Corte, en las sentencias SU-620 de 1996, en vigencia de los correspondientes apartes de la Ley 42 de 199, y C-619 de 2002, bajo el régimen de la Ley 610 de 200, se refirió a las principales características del proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

*"a. La materia del proceso de responsabilidad fiscal es 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*

---

<sup>175</sup> Sentencia C-619/02.

*forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado. Se trata de un proceso de naturaleza administrativa, a cargo de la Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales.*

*b. La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de quienes están a cargo de la gestión fiscal, pero es, también, patrimonial, porque se orienta a obtener el resarcimiento del daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.*

*c. Como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio -ni penal, ni administrativo-, sino que su naturaleza es meramente reparatoria. Por consiguiente, la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma, distinta de las responsabilidades penal o disciplinaria que puedan establecerse por la comisión de los hechos que dan lugar a ella.”*

Sobre este particular, adicionalmente la Corte<sup>176</sup>, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial. En consecuencia, señaló la Corte, “... *el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública*”, mientras que el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público

---

<sup>176</sup> Sentencia C-661 de 2000

o de un particular haya ocasionado al Estado.

Concluyó la Corte en esa Sentencia que, dadas las anotadas diferencias, el Legislador no puede atribuir a la Contraloría facultades que trasciendan la función disciplinaria asignada a otro órgano autónomo, por cuanto, los órganos de control deben ejercer sus funciones separada y autónomamente (C.P., art. 113), en atención con la naturaleza jurídica de los poderes disciplinario y fiscal del Estado (C.P., art. 268, 277 y 278).

En el artículo 268 de la Carta Constitucional está prevista la separación de las funciones disciplinarias y fiscales, y que conforme a esa norma, al Contralor le corresponde establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal (Artículo 268-5), y promover ante las autoridades competentes las investigaciones penales o disciplinarias que quepan contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (Artículo 268-8).

De otra parte, la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. La Constitución no señala de manera expresa un criterio normativo de imputación de responsabilidad fiscal, la determinación de dicho criterio le correspondió al legislador, con base en el artículo 124 de la Constitución, de acuerdo con el cual *“La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”*.

Como se señaló por la Corte<sup>177</sup>, la responsabilidad fiscal es tan sólo una *“especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público”*, y por consiguiente, en el marco de la responsabilidad fiscal, el criterio normativo de imputación no puede ser

---

<sup>177</sup> Sentencia SU-620 de 1999

mayor al establecido por la Constitución Política en el inciso 2° de su artículo 90 para el caso de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado

En este mismo sentido, las contralorías deben obrar con la observancia plena de las garantías propias del debido proceso al determinar la responsabilidad que les asiste a los servidores públicos y a los particulares, por la mala administración o manejo de los dineros o bienes públicos a su cargo.

La responsabilidad fiscal tiene como principio o razón jurídica la protección del patrimonio económico del Estado; su finalidad no es sancionatoria, puesto que se orienta a la reparación del daño, dado que pretende garantizar el patrimonio público frente al daño causado por la gestión fiscal irregular. Esta responsabilidad está determinada por un criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa grave, y parte del daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Igualmente y como se ha indicado, para determinar la responsabilidad fiscal deben respetarse las garantías sustanciales y procesales del debido proceso.

La Ley 610 de 2000 tuvo origen en un proyecto de iniciativa parlamentaria que tenía como propósito precisar el alcance y las reglas de procedimiento aplicables al proceso de responsabilidad fiscal. En la ley se incluyeron capítulos relativos a aspectos generales del proceso de responsabilidad fiscal, actuación procesal, pruebas, impedimentos y recusaciones, nulidades, trámite del proceso, consecuencias de la declaratoria de responsabilidad fiscal y un acápite de disposiciones finales, que incluye la norma sobre derogatorias expresas.

En el acápite de aspectos generales, la ley, además de definir el proceso de responsabilidad fiscal (art. 1), señala los principios orientadores de la



actividad fiscal (art. 2) y define lo que se entiende por gestión fiscal (art. 3), puntualiza, por una parte, que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal (art. 4) y, por otra, que son elementos de la responsabilidad fiscal, una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores (art. 5).

La responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya sufrido como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos, incluyendo directivos de entidades públicas, personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado.

Este tipo de responsabilidad, la fiscal, se establece mediante el trámite de un proceso eminentemente administrativo, inicialmente regulado en la Ley 42 de 1993 para el ámbito financiero y después en la Ley 610 de 2000 para todos los casos, definido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que, con la observancia plena de las garantías propias del debido proceso, le compete adelantar a las contralorías a fin de determinar la responsabilidad que les asiste a los servidores públicos y a los particulares, por la mala administración o manejo de los dineros o bienes públicos a su cargo. A través de este tipo de proceso, se persigue una declaración jurídica mediante la cual se defina que un determinado servidor público, ex-servidor o particular, deba o no responder patrimonialmente por la conducta dolosa o culposa en la realización de su gestión fiscal.

La Corte Constitucional<sup>178</sup> hizo referencia a las principales características que identifican el proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

"a) Es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales.

b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.<sup>179</sup>"

Esta responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal".

Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc, genera en esta medida inhabilidades para trabajar o ejercer cargos públicos con el Estado, hasta tanto no se haya resarcido el daño patrimonial al Estado.

---

<sup>178</sup> En la Sentencia SU-620 de 1996.

<sup>179</sup> Como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/2009

Esta responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). 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. Es en este sentido, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. Puede existir una acumulación de responsabilidades disciplinarias, penales y fiscales ante los mismos hechos y aunque se puede obtener indemnización de perjuicios dentro del proceso penal<sup>180</sup>, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento del fiscal, pues se sancionaría dos veces por el mismo hecho.

El fallo que la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, dado que para deducir la responsabilidad es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. El criterio normativo de imputación no puede ser mayor al establecido por la Constitución Política en el inciso 2° de su artículo 90 para el caso de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado.

Ante todos estos argumentos se encuentra, en conclusión, que la responsabilidad fiscal es la que se deriva de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, es de naturaleza administrativa y patrimonial en cuanto busca la reparación del daño causado por la gestión fiscal irregular y es de carácter independiente y autónomo.

---

<sup>180</sup> En los eventos en los que el Estado se constituya en parte civil en defensa de sus interés patrimoniales.

#### **IV. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO Y ACCIONES QUE DERIVAN DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO**

La acción de responsabilidad contable, así como la de responsabilidad fiscal, persiguen el resarcimiento del daño al patrimonio público. A través de estas acciones se exige como se ha mencionado la comprobación de culpabilidad en la realización de la conducta, con lo cual, son responsables quienes hayan incurrido en dolo o culpa grave en su acción generadora del daño. Este tipo de acciones representa la posibilidad del Estado de perseguir el pago de los perjuicios y menoscabo ocasionados en funcionarios o servidores que ejerzan administración de los recursos y caudales públicos.

La condición del agente generador del daño, es uno de los elementos diferenciadores de otros tipos de responsabilidades, mediante las que el Estado persigue el reintegro de dineros que han salido de sus caudales de forma injustificado por la conducta negligente de sus agentes. Sin embargo, es pertinente analizar otros aspectos diferenciadores y que den muestras de algunos aspectos que puedan llegar a implicar mayor eficacia en la recuperación de dineros públicos, por lo cual se analizará los elementos constitutivos de la acción de regreso de España, así como de la acción de repetición de Colombia, que representan acciones a través del Estado, busca el pago de los perjuicios que previamente ha reconocido y cancelado al tercero perjudicado por la acción u omisión del servidor público que ha actuado de forma dolosa o gravemente culposa.

En tal sentido, se describirán los elementos constitutivos de responsabilidad de la acción de repetición en Colombia, así como de la acción de regreso de España.

## **1. La acción de repetición en Colombia. Naturaleza jurídica y alcance.**

El Artículo 140 de ley 1437 de 2011, establece lo relativo a la acción de reparación directa en Colombia, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado que le haya sido causado.

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

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

Por su parte, la ley 678 de 2001, regula el tema de la acción de repetición que puede ejercer la administración pública contra, los servidores que hayan dado lugar por una conducta dolosa o gravemente culposa a la realización de daño antijurídico del estado contra terceros. Como se observa a través de esta acción el Estado puede perseguir el servidor público, el pago de los perjuicios que ha reconocido y pagado previamente a través de la acción de reparación directa al tercero afectado.

En tal sentido, la ley establece que la acción de repetición tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores *y ex servidores públicos* y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.

La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial, como se ha mencionado, esta deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado. Debe tenerse presente que debe obrar de manera previa a la interposición de esta acción por parte del Estado, una condena, *conciliación u otra forma de reconocimiento pecuniario con el que haya terminado el pago al tercero afectado*.

*Esta misma* acción puede ejercitarse contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial y deberá adelantarse con sujeción a los principios orientadores de la función pública; está orientada en tal medida a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.

*Obligatoriedad:* Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.

El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta.

### *Culpabilidad*

La ley describe a través de algunas conductas, los supuestos, que dan lugar a la responsabilidad por acción de repetición, por causa de dolo o culpa en la comisión de la conducta generadora del daño, en esta medida:

La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo del agente público por

las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

La conducta del agente del Estado será gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.



4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

En este orden de ideas, puede decirse que la legislación en materia de responsabilidad por acción de repetición reúne elementos sustantivos interesantes que permiten definir la conducta generadora del daño, así como los supuestos que hacen presumir la ocurrencia de dolo o culpa en la realización de la conducta.

### **1.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

En múltiples pronunciamientos, la Corte Constitucional se ha referido a la acción de repetición prevista en el inciso 2° del artículo 90 Superior, señalando que la misma constituye "el medio judicial idóneo, que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado.

Teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, ha destacado esta Corporación que la misma persigue una finalidad de interés público que, como se expresó en el acápite anterior, se concreta en la protección integral del patrimonio público, en aras de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses generales. A juicio de la Corte, de no haberse "creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública, haciendo nugatorio el cumplimiento de los propósitos sociales que le han sido encomendados.

A partir del alcance que el propio Estatuto Superior le ha fijado a la acción de repetición, la jurisprudencia constitucional viene considerando que el ejercicio legítimo de este medio de impugnación a favor del Estado y en contra de sus agentes o ex funcionarios, se encuentra supeditado a la observancia previa de los siguientes requisitos de procedibilidad: (i) que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; (ii) que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y (iii) que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.

Como puede advertirse, la acción de repetición es una acción de naturaleza civil a través de la cual se declara la responsabilidad patrimonial de un agente estatal, con un alcance netamente subsidiario pues ella supone, de un lado, la previa declaratoria de responsabilidad estatal por un daño antijurídico que le resulta imputable al Estado y que la víctima no tenía el deber de soportar, y, del otro, que esa condena haya tenido como causa -necesaria- la conducta dolosa o gravemente culposa del agente.

De ello se infiere que la acción de repetición tiene un marco operativo limitado en relación con el ámbito de responsabilidad patrimonial del Estado. No debe perderse de vista que, de acuerdo con la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 constitucional, tal responsabilidad procede por el obrar regular o irregular del ente estatal a condición de que él haya causado a la persona un daño antijurídico que no estaba en la obligación de soportar. Así, en muchos supuestos el Estado será condenado patrimonialmente pero no podrá repetir contra sus agentes por haber éstos obrado legítimamente. En igual forma, habrán muchos eventos en los que el Estado será condenado a reparar el daño antijurídico causado y tampoco podrá repetir contra sus agentes por el hecho de que éstos han obrado irregularmente pero sólo con

culpa leve o levísima, quedando entonces por fuera del ámbito de responsabilidad señalado directamente por la Carta. Así, sólo en aquellos eventos en que el Estado sea condenado a reparar el daño producido y los agentes estatales hayan procedido con dolo o culpa grave, aquél estará plenamente habilitado para repetir contra ellos.

Ahora bien, es cierto que la acción de repetición es de naturaleza civil, patrimonial y subsidiaria por las razones que se han expuesto, pero ello no descarta que su procedencia esté sujeta a la fuente de responsabilidad patrimonial fijada por el constituyente. De acuerdo con ello, el agente que obró legítimamente y el que procedió de manera irregular pero con grado de culpa leve o levísima, tienen la seguridad y la confianza de que en ningún caso serán convocados a reintegrar las sumas que el Estado fue condenado a pagar. Por el contrario, el agente estatal que procedió con dolo o culpa grave sabe que de generarse una condena en contra del Estado, será convocado a repetir lo que aquél tuvo que reconocer a las personas afectadas por el daño y beneficiadas con la sentencia.

Lo que arriba se ha expuesto permite inferir que, pese a la falta de autonomía de la acción de repetición, el criterio o fundamento de imputación de la responsabilidad patrimonial del agente frente al Estado ha sido claramente definido por el constituyente. Como ha quedado visto, él se circunscribe a los supuestos de dolo y culpa grave y, por tanto, no es posible que se genere responsabilidad patrimonial del agente estatal cuando su obrar con culpa leve o levísima ha generado responsabilidad estatal.

Respecto de la acción de responsabilidad fiscal la Corte ha considerado también lo siguiente:

Pero, a diferencia de lo que ocurre con la acción de repetición, el constituyente no señala un criterio normativo de imputación de responsabilidad fiscal - entendiéndose por tal una razón de justicia que permita atribuir el daño antijurídico a su autor-, pues ni en las normas constitucionales referidas al control fiscal (C.P. arts. 267,

268 y sig.) ni en la integridad del articulado del

Texto Superior aparece definido tal criterio normativo.

En ese contexto, es entendible que el criterio normativo de imputación de la responsabilidad fiscal sea determinado por el legislador con base en el artículo 124 de la Carta, de acuerdo con el cual "*La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva*". De este modo, ante el silencio del constituyente, el ámbito jurídico habilitado para la determinación del precitado criterio normativo de la responsabilidad fiscal es la ley. Así lo había entendido la Corte Constitucional al sostener en la Sentencia C-840/2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería), a propósito de una demanda formulada contra el inciso 1° del artículo 4° de la Ley 610 de 2000 referente al objeto de la responsabilidad fiscal, que "en tratándose de responsabilidad fiscal resultaría impropio situarse en los dominios del artículo 90 Superior...".

Pero entonces, surge el siguiente cuestionamiento: ¿El legislador es autónomo para determinar la fuente de la responsabilidad fiscal? Desde luego que no. En ejercicio de la libertad de configuración política, en particular para regular los procedimientos judiciales y administrativos, aquél se encuentra sometido al conjunto de valores, principios, derechos y garantías que racionalizan el ejercicio del poder en el Estado constitucional. Al respecto, la Corte ha sido enfática en sostener que "en la medida en que el propio constituyente se ha ocupado de incorporar al ordenamiento constitucional valores, principios, reglas, postulados y presupuestos -de contenido sustancial y procedimental-, que se proyectan sobre el conjunto de los derechos fundamentales y comportan una garantía para el ejercicio legítimo de los mismos, el margen de autonomía o discrecionalidad reconocida al legislador (...) no es del todo absoluto pues se encuentra limitada y subordinada a los mandatos que en esa materia emergen de la propia Carta Política.

Pero no sólo eso. El Legislador también está limitado por la manera como la Carta ha determinado la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales en otros supuestos. Eso es así, si se repara en el hecho de que la ley no puede

concebir un sistema de responsabilidad, como lo es el fiscal, rompiendo la relación de equilibrio que debe existir con aquellos regímenes de responsabilidad cuyos elementos axiológicos han sido señalados y descritos por el constituyente, para el caso, en el inciso 2° del artículo 90 de la Carta. Ello, en el entendido que, según lo dijo la Corte en la citada Sentencia SU-620 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la responsabilidad fiscal es tan sólo una "especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público."

Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

Para la Corte, entonces ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de

la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.

Es cierto que quienes cumplen gestión fiscal manejan directamente recursos estatales, que por ello les asiste el deber de orientar esos recursos a la realización de las finalidades que le incumben al Estado y que el incumplimiento de ese deber los hace responsables penal, disciplinaria y fiscalmente. No obstante, los agentes estatales que no cumplen gestión fiscal, si bien no manejan directamente recursos estatales, también se hallan en el deber de proceder con estricto apego al principio de legalidad que rige sus actos y por ello, al apartarse de esa directriz, pueden también incurrir en responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial. Si ello es así, no hay motivos para que la ley establezca un régimen de responsabilidad fiscal y patrimonial con distintos fundamentos de imputación.

Téngase en cuenta que ambas modalidades de responsabilidad tanto la patrimonial como la fiscal- tienen el mismo principio o razón jurídica: la protección del patrimonio económico del Estado. En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable) sino eminentemente reparatoria o resarcitoria, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente.

Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001-. Diferencias éstas que, además, tan sólo se orientan a imprimirle eficiencia a la actividad del Estado en lo que corresponde a la preservación de los bienes y recursos públicos, pero que no alteran el fundamento unitario que reside en un principio constitucional el cual es común e indivisible a ambas modalidades de responsabilidad: la garantía del patrimonio económico del Estado.

Así las cosas, el criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación por el solo hecho de que a la declaración de responsabilidad se accede por distinta vía.

En efecto, conforme a lo estatuido en la normas impugnadas, si el cauce jurídico escogido por el Estado para establecer la responsabilidad del funcionario es el proceso de responsabilidad fiscal, éste podría ser declarado responsable por la presencia de la culpa leve en su actuar.

Pero si el Estado opta por constituirse en parte civil dentro del proceso penal, o por adelantar un proceso contencioso administrativo -a través del llamamiento en garantía dentro de la acción de reparación directa o en ejercicio directo de la misma acción-, o finalmente decide ejercer la acción de repetición, el funcionario sería exonerado de responsabilidad civil por haber actuado con culpa leve, dada la irrelevancia que en estas vías de reclamación tiene dicha grado de culpa. De aceptarse tal tratamiento diferencial, se estaría desconociendo

abruptamente el fundamento unitario y la afinidad y concordancia existe entre los distintos tipos de responsabilidad que, se repite una vez más, confluyen sin distingo ninguno en la defensa del patrimonio público.

En relación con esto último, valga destacar que la Corte, primero en la Sentencia C-046 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y luego en la Sentencia T-973 de 1999 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), advirtiendo el vacío legislativo dejado por la Ley 42 de 1993 - relativa a la organización del sistema de control fiscal financiero-, ya se había ocupado de reconocer el alto grado de afinidad temática existente entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad fiscal, al establecer que a esta última le era aplicable el mismo término de caducidad fijado por el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa (C.C.A. art. 136-78). En efecto, recogiendo el criterio sentado en la providencia inicialmente citada, dijo la Corporación en la Sentencia T-973 de 1999, lo siguiente:

"El código contencioso administrativo establece en su artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, los términos de caducidad de las acciones, que para el caso de la acción de reparación directa, se fija en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Y es este mismo término el que, por la remisión expresa que hace el artículo 89 de la ley 42 de 1993 a las normas del código contencioso administrativo, y dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa, se aplica para el proceso de responsabilidad fiscal".

En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño



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

Definir la conducta generadora del daño, así como los supuestos que hacen presumir la ocurrencia de dolo o culpa en la realización de la conducta.

## **2. Acción de regreso en España:**

El art. 145.2 de la Ley 30/1992, regula lo concerniente a la posibilidad de exigir la acción de regreso en España en los siguientes términos:

*“2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.*

*Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.*

*3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.*

*4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa".*

GONZALES PEREZ<sup>181</sup>, considera que la modificación a la ley 43 de 1993, consistente en establecer que la Administración "exigirá de oficio" la responsabilidad en vez de la expresión anterior ("podrá exigir") se ha observado necesariamente como un cambio radical, porque si la Ley, vinculaba a la Administración a una aparente discrecionalidad, al señalar que "podrá", daría lugar a posiblemente a interpretarse como una obligación si existía constancia de las circunstancias o requisitos exigidos en la norma. Con lo que se observa que el precepto legal, a través de esta modificación ha vuelto más explícito el grado de exigencia para la administración.

#### **Aspectos procesales de la acción de regreso:**

El Real Decreto, RD 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, regula en su Capítulo 5 lo relativo a la responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

El art. 19 de este reglamento señala que los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio, de conformidad con lo previsto

---

<sup>181</sup> GONZALEZ PERES. Ídem.

en el citado art. 145 LRJPAC.

El párrafo 2 de este decreto señala que *"Satisfecha la indemnización, la Administración correspondiente podrá exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento regulado en el art. 21 de este Reglamento"*.

De esta forma, el art. 20 reitera la posibilidad de exigencia de responsabilidad que prevé el precitado art. 145.3 LRJPAC, remitiéndose también al *"procedimiento previsto en el art. 21 de este Reglamento"*. Con lo cual se observa que este procedimiento se seguirá tanto para ejercer la acción de regreso como la acción de reclamación de responsabilidad por daños en los bienes o derechos propios de la Administración.

#### **Requisitos de procedibilidad de la acción:**

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución Española al establecer que:

*"Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>182</sup> ha establecido los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Los requisitos en cuestión son los siguientes:

---

<sup>182</sup> Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003).

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

*4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.*

Señala, además la jurisprudencia, que en relación con dicha responsabilidad patrimonial, es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

No obstante, este criterio debe entenderse, en concordancia con otras posiciones jurisprudenciales<sup>183</sup> en la que señala que, si bien se ha declarado reiteradamente que no es

---

<sup>183</sup> La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169)

acorde con el principio de responsabilidad objetiva, establecida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido.

Señala la sentencia, la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones, cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante, en casos como el por ejemplo un accidente, es ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.

De otra parte, debe tenerse en cuenta, como lo consagra el artículo 145 de la ley 43 de 1992, que la responsabilidad por la actuación de autoridades y personal al servicio de la administración, se origina con ocasión del ejercicio del cargo, aunque cuando venga a exigirse la reparación del daño, el servidor no cuente con esta calidad.

En lo que respecta al daño<sup>184</sup>, este puede ser producto de que previamente la Administración haya tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial, además

---

<sup>184</sup> Al respecto pueden valorarse algunos ejemplos esbozados en los dictámenes proferidos por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, número 535/09, 255/10, 464/10, 171/11, 207/11, 236/11, 14/12, 40/12, 93/12, 330/12

como consecuencia de daños a bienes o derechos propios. YAÑEZ<sup>185</sup> estima que esencialmente el daño debe ser real y efectivo, sin que su existencia se deduzca por ejemplo de la simple anulación de un acto administrativo o de daños hipotéticos.

En tal medida, el ejercicio de acciones puede producirse por indemnizaciones que la Administración haya tenido que cancelar por haber sido condenada en cualquiera de las jurisdicciones: civil, social, contencioso- administrativa, o como responsable civil subsidiaria en la penal. Además, como se ha mencionado se requiere un elemento subjetivo: que exista dolo, o culpa o negligencia grave en el actuar del sujeto responsable.

Según la jurisprudencia<sup>186</sup>, *“es doctrina consolidada la que declara que las expectativas desprovistas de certidumbre no son indemnizables*. Indica además<sup>187</sup>. El Tribunal Supremo ha establecido los requisitos que, con carácter general, han de concurrir para poder apreciarlo, a saber:

- a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, [...].
- b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.
- c) [...] es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la

---

<sup>185</sup> YANEZ. Ídem.

<sup>186</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998.

<sup>187</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998.

Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilicemos la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad”.

Además, como se ha mencionado, este daño ocasionado a terceros debe de haber sido causado por un agente público autoridad o personal a su servicio. En consideración a lo establecido en el numeral 3 del artículo 145, el daño, ha debido repercutir en los bienes o derechos de la administración, teniendo en cuenta que la en primera instancia la administración reconocer e indemnizar al tercero el daño causado antes de repetir contra el funcionario el monto de este valor.

De otra parte, debe considerarse<sup>188</sup> que hay tener en cuenta que *“en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, recae en quien la reclama”*

Así las cosas, debe a efectos de la acción de regreso, concurrir los requisitos que se señalan en el art. 145.2 LRJPAC, para que pueda declararse la responsabilidad de la administración a favor del tercero afectado y el consecuente derecho de la administración de interponer la acción de regreso al servidor o autoridad responsable.

---

<sup>188</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-,30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000.

Con lo cual es necesario que hubiera mediado dolo, o culpa o negligencia graves en la conducta generadora del daño y la exista el correspondiente nexo causal.

El nexo causal, es definido por la jurisprudencia<sup>189</sup>, como “una conexión causa efecto, ya que la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputable a conductas o hechos ajenos a la organización, o actividad administrativa”

En este orden de ideas, la responsabilidad vía acción de regreso contemplada en el art. 145.2 LRJPAC, una vez reunidos estos requisitos, esto es, que a) que la víctima haya sido indemnizada ya por la Administración y b) que el causante directo del daño haya actuado mediando dolo, o culpa o negligencia graves. La Administración Pública, puede reclamar de oficio por los daños causados en sus bienes y derechos por la conducta desplegada por el agente, personal o autoridad.

Al respecto según lo expresa REBOLLO, el primer requisito de la acción de regreso, radica en que la víctima se ha dirigido a la Administración responsable del servicio y esta ha procedido al reconocimiento de la indemnización respectiva, de forma voluntaria como consecuencia de expediente administrativo, o como resultado de una condena de la jurisdicción contenciosa por el que el perjudicado ha acudido al impugnar el acto, expreso o presunto, denegatorio. La segunda condición, hace referencia al dolo, culpa o negligencia *graves* con el que ha debido haber obrado quien cometió el hecho dañoso.

Estima REBOLLO, que en muchos eventos no es fácil distinguir entre dolo y culpa, por lo que podría existir el riesgo que los Tribunales, o jueces llegaren a considerar que el servidor ha actuado dolosamente, exigiéndole la reparación de los daños, siendo que este pudo no haberlos causado de manera dolosa o intencionada, sino más bien de forma negligente. Si bien, existe la posibilidad que la conducta negligente

---

<sup>189</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 (RJ 7648). Sentencias de 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 24 de septiembre de 2001, y de 13 de marzo y de 10 de junio de 2002.



sea considerada *ex post* como una conducta dolosa, puede haber riesgo para el causante derivado al contratar o aceptar una póliza que excluya la existencia de dolo.<sup>190</sup>

La jurisprudencia<sup>191</sup> ha señalado además, que el art. 145.2 LAP exige que el daño se haya producido con dolo, culpa o negligencia grave. Este requisito es fundamental para la exigencia de la acción de regreso, de manera que corresponde a quien ejercita la misma explicitarlo para que el interesado sepa cuáles son las razones por las que la Administración considera que actuó con ese grado de culpabilidad, cual fue su fallo subjetivo, y así recurrir o no, y a su vez para que los Tribunales conozcan cual ha sido el iter del razonamiento de la resolución administrativa y puedan controlar la actividad administrativa de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 CE . Por otra parte el art. 54.1 LAP exige motivación de los actos administrativos cuando limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, como ocurre en este caso.

Agrega también el pronunciamiento jurisprudencial respecto del dolo que no existe definición legal del mismo en las normas administrativas- al derecho civil (art. 1267 CC) se ha identificado con la mala fe, pero es el derecho penal el que tiene una construcción más acabada del mismo, exigiendo para que éste se dé el elemento intelectual, es decir, que el actor posea un conocimiento cabal de la ilegalidad, y otro volitivo, en el sentido de querer tal ilegalidad. En relación a la culpa exigida para la acción de regreso ha de ser grave, en ella el actor conoce que puede darse la situación de ilegalidad pero cree que de esta no se producirá ningún daño para la Administración. Se trata en el precepto legal de culpa grave, de una culpa consciente, no de una simple imprudencia o culpa leve.

---

<sup>190</sup> GÓMEZ POMAR y ARQUILLO COLET 2000, p. 3.

<sup>191</sup> Sentencia de 23 de febrero de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Melilla

La jurisprudencia<sup>192</sup> de otra parte ha concluido que *"la escasa jurisprudencia existente sobre este requisito de la acción de regreso ha exigido que ese elemento subjetivo de la responsabilidad, dolo o culpa o negligencia grave sea notorio"*.

REBOLLO, considera además que la norma, incorpora un "plus" de protección del empleado, por el que solo entraría a responder en caso de dolo, culpa o negligencia, que además han de ser "graves", considera que la finalidad trata de proteger al empleado por los errores o imprudencias cometidos, que son asumidos por la Administración que ha pagado al dañado, pero sin que se asuma hasta lo intencionado o la impericia grave.

#### **Motivos por los que debe hacerse exigible la acción de regreso:**

Se ha considerado al respecto de los motivos por los que debe hacerse exigible la acción de regreso, que los contribuyentes no tienen por qué cargar con las consecuencias patrimoniales negativas de las conductas gravemente irregulares de los agentes de la administración.<sup>193</sup> En este entendido, los servidores públicos deberían responder patrimonialmente como cualquier otro administrado, asumiendo personalmente la obligación de indemnizar los daños en los que hayan incurrido, pues así como todo ciudadano, tiene derecho a obtener la reparación integral del daño sufrido como consecuencia de la gestión pública, cuenta con el derecho de no asumir los gastos ocasionados por la negligencia y falta de preparación de los funcionarios de las Administraciones públicas.<sup>194</sup>

La segunda razón al respecto, consiste en que dejar sin ninguna consecuencia

---

<sup>192</sup> Sentencia de 25 de julio de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Comunidad Valenciana (EDJ 2005/196950).

<sup>193</sup> BARCELONA LLOP, 2000, p. 39.

<sup>194</sup> GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, 1994, pp. 1473 y 1474.

al funcionario causante de la lesión “perpetúa las condiciones o causas que dieron origen a la misma”, al “desincentivar todo comportamiento atento y diligente de parte de los servidores de la Administración pública”<sup>195</sup>, por cuanto el funcionario, que se ha encontrado irresponsable, podría tender a descuidar o reducir el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de sus funciones.<sup>196</sup>

El hecho que por el contrario se les haga responder a estos servidores públicos, contribuye a evitar la repetición de situaciones análogas y asegura el correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa, representándose como un incentivo para que los funcionarios públicos tomen medidas tendientes a evitar daños similares.<sup>197</sup>

Una adecuado funcionamiento de este tipo de acción resarcitoria llega a corregir abusos de algunos agentes públicos y la impunidad de que pueden favorecerse”.<sup>198</sup> Es de esta forma que algunos tratadistas, consideran al respecto de la legitimación de la acción de regreso, como en el caso de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que con el cambio normativo de Ley 30/1992 “si las autoridades y funcionarios eran prácticamente irresponsables *de facto*, tras la reforma legal estaban más cerca de serlo *de iure*, lo cual era notoriamente insano.”<sup>199</sup>

### **Sobre los factores de ponderación y el monto de indemnización**

REBOLLO, señala que de acuerdo a la ley sólo respecto de una parte o cuantía,

---

<sup>195</sup> BARCELONA LLOP, 2000, p. 39, HERNÁNDEZ CORCHETE, 1999, p. 395.

<sup>196</sup> CASINO RUBIO, 1999, p. 368

<sup>197</sup> DE LA VALLINA VELARDE, 1997, p. 334

<sup>198</sup> BLASCO ESTEVE 1993, p. 435.

<sup>199</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ .1993, PP. 405 y 406.

podría exigirse la acción de regreso, dado que la existencia de criterios de ponderación matiza la pretendida obligatoriedad del ejercicio de esta acción, en tal medida, si el resultado dañoso no es singularmente grave, no ha habido intencionalidad, o si se pudiera afirmar la responsabilidad profesional, el expediente podría acabar en la exoneración personal del servidor público. “Lo cual arroja, un gran margen de apreciación que existe a la hora de determinar esos parámetros de referencia cuando no viene en la norma, y más aún, a la hora de apreciar la “gravedad” de la culpa o la negligencia profesional.”

En tal sentido, REBOLLO<sup>200</sup> considera además, que el resultado último del ejercicio de la acción de regreso no implica necesariamente que la Administración deba exigir la cuantía exacta de lo que ella pagó previamente al dañado. Podría presentarse una repercusión parcial, pues puede considerarse que solo parte del daño es imputable personalmente a la actividad gravemente negligente del empleado, dado que la ley infiere que sólo debería indemnizar por los daños vinculados a su concreta actividad gravemente lesiva.

#### **Plazo para que la administración presente acción de regreso:**

REBOLLO, señala que la Ley no establece el plazo que tiene la Administración para activar la acción de regreso, estima que si bien para unos, el plazo es de un año, “en aplicación de las reglas generales sobre acción para exigir la responsabilidad civil”, contado a partir del pago, como requisito necesario de la acción. Se ha considerado, de otra parte, que puede el plazo consistir en cinco años que establece la Ley General Presupuestaria para la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública, al considerar que no se trata de un derecho del procedimiento de exigencia de la responsabilidad crédito de la Administración.

---

<sup>200</sup> REBOLLO, Luis Martín. LA ACCIÓN DE REGRESO CONTRA LOS PROFESIONALES SANITARIOS (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos).2001

Concluye, que sin embargo, debe entenderse que el tiempo corresponde al de un año previsto para todos los supuestos de responsabilidad, puesto que deviene de una acreencia particular del estado y resultado también de una acción propia, estima que en todo caso, desde la perspectiva de la gestión del personal, probablemente sería también excesivo, por lo cual sería conveniente que la ley regulara expresamente el tema.

Otras posiciones<sup>201</sup> al respecto, respaldan el planteamiento que la prescripción del derecho a exigir la responsabilidad de sus autoridades por parte la Corporación a través de la acción de regreso es de un año. El plazo debe ser de un año por cuanto al no disponer el legislador del plazo de prescripción ha de acudir a las reglas generales sobre acción para exigir la responsabilidad civil -ex art. 1968.2 CC-. En el mismo sentido la sentencia citada. En cuanto a desde qué momento se comienza a computar el mismo, esto es, el *dies a quo*, este, debe computarse desde el momento en el que la Administración abona los daños a los afectados (caso de ejercicio de la acción de regreso del art. 145.2 LRJPAC), o en su caso, desde la reparación, si se observan las circunstancias previstas en el art. 145.3 LRJPAC.

En vía jurisprudencial<sup>202</sup> ante la pretensión de entender que no era aplicable plazo de un año por cuanto se estaría ejercitando una acción al amparo del artículo 1092 del CC, en eventos en los que incumbe responsabilidad contractual aplicando el plazo general de 15 años del artículo 1964 de dicho Código, la sentencia desestima la reclamación. Por su parte, YAÑEZ DIAZ<sup>203</sup>, estima que como lo decidió el Consejo consultivo de la comunidad de Madrid, en Dictamen 213/08, de 10 de diciembre, en el caso, de no existir sentencia penal condenatoria, la reclamación de responsabilidad a la Administración ha de seguir el

---

<sup>201</sup> GRUPO LOCAL FRANCIS LEFEBVRE. Concepto. EDE 2011/57844. El derecho local. [http://www.derecholocal.es/novedades\\_consultas\\_ampliada.php?id=CATPE:7DB0E1F4](http://www.derecholocal.es/novedades_consultas_ampliada.php?id=CATPE:7DB0E1F4)

<sup>202</sup> La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de octubre de 2010 (recurso 581/07)

<sup>203</sup> YAÑEZ DÍAZ, Carlos y PFLUEGER TEJERO, Eduardo. Responsabilidad patrimonial de la administración. Consejo consultivo de la comunidad de Madrid.2012.

plazo general de un año desde la sentencia absolutoria del proceso penal. Menciona más precisamente dicho dictamen lo siguiente:

*“En estos casos, debe entenderse que no puede ejercitarse la acción “ex delicto”, aunque suponga reducir el plazo de prescripción en 14 años. Y ello, porque solo cuando los hechos hayan sido declarados delictivos podrá aplicarse el art. 1092 del Código Civil, que es el que autoriza la aplicación de las normas civiles contenidas en el Código Penal, y solo así es posible apreciar el diferente plazo de prescripción.*

*De manera que si la acción aquiliana no hubiese prescrito cuando comenzó el proceso penal y este finalizó sin condena, volverá a comenzar el plazo de un año para que la acción de responsabilidad civil ex 1902 prescriba cuando gane firmeza la resolución que ponga término, definitiva o provisionalmente, a la causa criminal”*

### **Las limitaciones de la responsabilidad de los funcionarios frente a la acción de regreso**

Los funcionarios sobre los que recae la acción de regreso no responden de los daños causados por actuaciones simplemente negligentes, sino sólo cuando haya mediado dolo o culpa grave, además, como se ha mencionado, la indemnización que ha de exigírseles puede ser inferior a la magnitud de los daños ocasionados, con lo cual no siempre sería necesario que estos servidores reparen integralmente el daño.

Otra limitación derivaría de otro aspecto práctica, que los daños que puede causar un funcionario o agente<sup>204</sup> público pueden ser muy superiores a su sueldo que devenga,

---

<sup>204</sup> BARCELONA LLOP, 2000, p. 55

así, la posibilidad de reducir la indemnización se vería representada en una medida razonable para facilitar el pago por concepto del daño causado.<sup>205</sup>

De otra parte, la limitación de la responsabilidad, es otra de las consideraciones al respecto, dado que solo responde el agente en los casos de culpa grave o dolo, en este sentido, la ley trata de proteger al servidor por los errores o imprudencias que cometa, asumiéndolos la administración que ha indemnizado previamente al tercero, pero sin que deba asumir el daño intencionado o la grave negligencia de su agente.<sup>206</sup>

En tal medida, se ha considerado que esta situación que regula la ley al permitir de otra forma que el servidor público no responda patrimonialmente debería incentivar más el uso de la acción de regreso, a través de la cual pudiera hacerse efectivo la recuperación del dinero que ha salido del Estado, mediante la indemnización a terceros perjudicados.<sup>207</sup>

**Al respecto que la actividades de reparación de la administración involucran un cierto riesgo:**

Podría decirse que el uso de esta acción de regreso podría conllevar a un condicionamiento en el comportamiento de los funcionarios, derivado de la inhibición de servidor a realizar determinadas labores públicas<sup>208</sup>. El temor de a tener que indemnizar podría hacer que no realizaran tareas que implicaran mayores riesgos, representado en tareas más clásicas, menos innovadoras y posiblemente más costosas.

---

<sup>205</sup> MIR PUIGPELAT, 2002, p. 1045

<sup>206</sup> MARTÍN REBOLLO, 2001, pp. 17 y 18

<sup>207</sup> MIR PUIGPELAT, 2006, p. 6

<sup>208</sup> CASINO RUBIO, 1999, p. 369

Es posible como lo considera REBOLLO, que la demanda de empleo público se desestimulara. Si el funcionario, contratará un seguro que cubra su responsabilidad frente a la acción de regreso, desaparecerían, según lo estima además este autor, que desaparecerán los incentivos económicos que le motivaban a comportarse de forma más responsable y diligente, entre tanto el valor de los daños que a de la póliza de seguro que cause no los asumiría el sino la aseguradora, convirtiéndose el aseguramiento en una solución al respecto. Si bien la Administración cuenta, con una posición más favorable al tener una mejor información sobre el comportamiento de sus empleados, y pudieran hacer uso las aseguradoras de esta información para suscribir, primas con valores superiores a los funcionarios que tengan antecedentes de mayor negligencia, en todo caso, es una situación que involucra variados aspectos, por lo que el riesgo es difícil de controlarse.

### **3. Conclusiones preliminares:**

En España, la ley 30 de 1992, establece lo relativo a la acción de regreso, en tal medida establece que la administración exigirá del funcionario el pago de la indemnización de lo que se ha dado, sin embargo como se mencionó el pago podrá ponderarse, y pagarse un menor valor de lo que Estado habría tenido previamente que pagar al perjudicado. Establece además la ley 30 de 1992, que en la acción de regreso se ponderara el pago atendiendo a la gravedad de la afectación, al grado de responsabilidad profesional del servidor público y de la intención.

De otra parte se establece que el funcionario podrá pagar de acuerdo a su grado de injerencia en la producción del perjuicio.

La acción de repetición en Colombia prevé algunos supuestos que hacen presumir la existencia de dolo o culpa lo cual podría colocar al juez en una posición de mayor objetividad al momento de analizar la existencia de responsabilidad en el servidor que dio



lugar al daño injustificado al tercero o administrado.

## V. CONSIDERACIONES SOBRE LA CULPABILIDAD EN LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTABLE Y RESPONSABILIDAD FISCAL

### 1. Respecto del dolo o culpa grave y la inaplicabilidad de la culpa leve

#### 1.1. Análisis desde la naturaleza y vínculo jurídico del gestor fiscal -Teoría del contrato

La teoría de las obligaciones y los contratos, establece que incurren en responsabilidad por el incumplimiento del contrato, quienes realicen las obligaciones derivadas del mismo. Las exonerantes de responsabilidad corresponden a la ocurrencia de fuerza mayor, o *caso fortuito*, *la culpa de la víctimas* y *culpa de un tercero*.

El grado de responsabilidad patrimonial puede obedecer a la existencia de dolo, culpa grave y leve, el manejo de los dineros o bienes que se entrega, pues la diligencia con la que estos se manejen debe ser la que tuviera el agente o mandatario con sus propios negocios, es el comportamiento del buen *pater familia*, según el concepto del derecho romano que dio origen al derecho civil, con lo cual la culpa leve no es exonerante de responsabilidad, pues precisamente como, su nombre lo indica a través de la misma, se ha obrado con un grado de negligencia menor pero que totalmente inaceptable en la administración de negocios ajenos.<sup>209</sup>

---

<sup>209</sup> En Sentencia de apelación 13 de 1993, del Tribunal de Cuentas de España, establece que en la actuación del empleado no cabe culpa o negligencia, salvo la que se considera negligencia levísima, caracterizada por la falta mínima falta de diligencia, por cuanto al levantarse del mostrador por una llamada telefónica tuvo que abandonar su puesto de trabajo situando el dinero bajo del mostrador y al entender del tribunal fuera de manos extrañas que ocasionaron el hurto. Sin embargo si se analiza bien las condiciones que dieron lugar al daño puede observarse que en estos hechos más bien ocurriría en culpa de la víctima, esto es de la misma administración, que no prevé mecanismos integrales que permitan que este tipo de personal se ausente de forma corta de su punto de atención, complementando la custodia del lugar con servicio de vigilancia u otro medio o personal de apoyo, pues situaciones como esta, de levantarse de forma esporádica pero necesaria pueden incurrir, sin que por eso se tenga que paralizar el servicio o cerrar el sitio de atención,

La relación o vínculo legal por el que se conecta el ejercicio de la función pública de las personas naturales o jurídicas con el estado, deriva de una delegación legal o reglamentaria, en el caso de los servidores públicos o por medio de un vínculo contractual. Sin embargo pareciera que esta relación legal, eximiera de responsabilidad a quienes administraran negocios y dieran lugar con culpa leve a la existencia de daño patrimonial.

Los recursos públicos, son bienes que deberían alcanzar un nivel de responsabilidad superior, pues como se ha mencionado alcanzan además la categoría de bienes jurídicamente tutelables en el derecho penal, y representan en bienestar colectivo y herramienta esencial en el cumplimiento de los fines estatales.

El consejo de Estado se ha pronunciado en Colombia al respecto en los siguientes términos:

**Consejo de Estado.2009 Sentencia- Radicación número: 73001-23-31-000-2007-00636-01. No se exime de responsabilidad.**

***Evento en el que se deriva Inexistencia de responsabilidad fiscal haber sancionado con culpa leve cuando el fallo queda ejecutoriado después de declararse inexecutable la existencia de culpa leve para la responsabilidad fiscal***

Si bien mediante dineros de destinación específica, no se podían utilizarse para la compra de pólizas para garantizar bienes, si existía responsabilidad fiscal por cuanto debió haber asegurado los bienes con otro rubro. Así las cosas, el problema radica en que se sanciono con culpa leve esta falta después de declararse inexecutable la

---

con lo cual la carga de toda la responsabilidad queda en manos de la administración o del funcionario encargado del relevo en este evento.

existencia de culpa leve para la responsabilidad fiscal en la ley 610 de 2000. En este orden de ideas el Consejo de Estado, declara la exoneración de la implicada de conformidad con las siguientes consideraciones:

#### **El motivo de inconformidad del apelante.**

El apelante cuestiona el argumento que sirvió de fundamento al fallo apelado, de acuerdo con el cual los actos acusados se fundaron en la culpa leve de la investigada, desconociendo que el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000, que establecía que *“el grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve”*, había sido declarada inconstitucional mediante sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002.

Aduce el apelante que esa afirmación no es cierta, porque si bien los actos demandados examinaron el concepto de culpa leve, a partir del cual podía deducirse responsabilidad fiscal, no señalaron que la investigada hubiera incurrido en ese grado de culpa. Lo que en realidad le atribuyó fue **negligencia**, la cual constituye **culpa grave**, porque omitió, de modo **manifiestamente inexcusable**, amparar con pólizas de seguro los bienes que resultaron hurtados, pese a que disponía de fondos suficientes, como lo demuestran los siguientes documentos:

**a)** Saldos disponibles en enero, febrero y marzo en la cuenta 3351-02545-9, Instituto de Cultura del Meta – Fondos Comunes, del BANCO COOPDESARROLLO (fs. 142 a 144); constituidos por transferencias hechas por la Gobernación. **b)** Certificado del Tesorero Pagador del Instituto de Cultura que señala que en abril de 1999 existía un saldo en Fondos Comunes por valor de \$ 217.714.665, 71 (folio 134).

Para decidir el cargo la Sala describirá brevemente el desarrollo legislativo y jurisprudencial del concepto de culpa como elemento de la responsabilidad fiscal; precisará luego cuál era el grado de culpa que la Contraloría Departamental del Meta podía imputarle a la demandante y establecerá, finalmente, cuál fue el grado de culpa que imputó efectivamente, para lo cual habrá de examinar el acervo probatorio.

## **Desarrollo legislativo y jurisprudencial del concepto de culpa como elemento de la responsabilidad fiscal.**

La Ley 42 de 26 de enero de 1993, "Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", reglamentó en los artículos 72 y siguientes el proceso de responsabilidad fiscal, pero nada expresó con relación al grado de culpa en que debían incurrir quienes tuvieran a su cargo la gestión fiscal para efectos de declarar su responsabilidad.

La Ley 610 de 15 de agosto de 2000, "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", sí se refirió al grado de culpa generador de responsabilidad fiscal en el párrafo segundo del artículo 4º y en el artículo 53 ibídem, en los siguientes términos:

*"Artículo 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. 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.*

*Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*

*Parágrafo 1º. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.*

**Parágrafo 2º. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve."**

(...  
)

*"Artículo 53. Fallo con responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.*

*Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes."*

Contra los apartes subrayados de las normas transcritas se formuló demanda de inconstitucionalidad que se sustentó así:

*"...La acción de responsabilidad fiscal ejercida a través del proceso que se adelanta contra las personas cuya gestión fiscal ha sido objeto de observación, se encuentra comprendida entre los eventos en los que el Estado, por conducto del inciso segundo del artículo 90 constitucional, puede considerar la existencia de un perjuicio patrimonial infligido por uno de sus agentes como condición para perseguir su reparación por medio del respectivo órgano de control fiscal o civilmente.*

*Las limitaciones constitucionales impuestas al Estado para poder hacer efectivas en contra de sus agentes tanto la responsabilidad fiscal como la civil son las mismas: **Conducta dolosa y gravemente culposa**. Por lo tanto, violan el artículo 90, inciso 2º, de la Constitución unas normas que exceden ese límite constitucional en cuanto señalan como fuente de responsabilidad una culpa de grado inferior al impuesto por la Carta".*

La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los textos demandados mediante sentencia C- 619 de 8 de agosto de 2002, con los siguientes argumentos:

*“...6. (...) En el marco de la responsabilidad fiscal, el criterio normativo de imputación no puede ser mayor al establecido por la Constitución Política en el inciso 2° de su artículo 90 para el caso de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado.*

*6.1. (...) a diferencia de lo que ocurre con la acción de repetición, el constituyente no señala un criterio normativo de imputación de responsabilidad fiscal -entendiendo por tal una razón de justicia que permita atribuir el daño antijurídico a su autor (...)*

*6.2. En ese contexto, es entendible que el criterio normativo de imputación de la responsabilidad fiscal sea determinado por el legislador con base en el artículo 124 de la Carta, de acuerdo con el cual "La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva" (...).*

*6.3. Pero entonces, surge el siguiente cuestionamiento: ¿El legislador es autónomo para determinar la fuente de la responsabilidad fiscal? Desde luego que no. En ejercicio de la libertad de configuración política, en particular para regular los procedimientos judiciales y administrativos, aquél se encuentra sometido al conjunto de valores, principios, derechos y garantías que racionalizan el ejercicio del poder en el Estado constitucional. (...)*

*6.4. (...)El Legislador también está limitado por la manera como la Carta ha determinado la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales en otros supuestos. Eso es así, si se repara en el hecho de que la ley no puede concebir un sistema de responsabilidad, como lo es el fiscal, rompiendo la relación de equilibrio que debe existir con aquellos regímenes*

*de responsabilidad cuyos elementos axiológicos han sido señalados y descritos por el constituyente, para el caso, en el inciso 2° del artículo 90 de la Carta (...).*

*6.5. Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art.*

*90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve (...).*

*6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional (...).*

*(...) 6.8. Téngase en cuenta que ambas modalidades de responsabilidad -tanto la patrimonial como la fiscal- tienen el mismo principio o razón jurídica: la protección del patrimonio económico del Estado. En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable) sino eminentemente reparatoria o resarcitoria, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. (...).*



*6.11. (...) desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. (...)"*

Con fundamento en los criterios expuestos, se declaró la inexecuibilidad del párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

#### **El grado de culpa imputable a la demandada.**

La Sala advierte que la Directora de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Meta profirió fallo de primera instancia en el proceso de responsabilidad fiscal seguido contra la demandante el 17 de diciembre de 2001.

El 8 de agosto de 2002 la Corte Constitucional declaró la inexecuibilidad del párrafo segundo del artículo 4º y del aparte del artículo 53 de la Ley 610/00 que habían establecido que el grado de culpa a partir del cual se podría establecer responsabilidad fiscal era el de la culpa leve.

El fallo comentado definió con fuerza de cosa juzgada que la única modalidad de culpa imputable para declarar esa forma de responsabilidad era la culpa grave. De allí que hacia el futuro no podía declararse responsabilidad fiscal alguna con fundamento en la culpa leve de los investigados en los juicios de responsabilidad fiscal.

En la fecha en que se profirió la sentencia de inconstitucionalidad comentada el fallo con responsabilidad fiscal no estaba en firme puesto que no se habían agotado los recursos de la vía gubernativa. En su contra se había interpuesto el recurso de apelación y éste no se había decidido.

En consecuencia, al decidir el recurso de apelación **mediante providencia de 24 de septiembre de 2002**, la Contraloría Departamental del Meta debió tener en cuenta que el único grado de responsabilidad imputable al investigado que podía

fundar una declaración de responsabilidad fiscal era el de **culpa grave**.

### **El grado de culpa imputado a la demandante en el proceso de responsabilidad fiscal.**

La demandante y el a quo sostienen que en el juicio de responsabilidad fiscal se le imputó culpa leve a aquélla, y la Contraloría sostiene en el recurso de apelación que le imputó culpa grave.

Para establecer el grado de culpa que efectivamente se imputó a la demandante la Sala resalta que en el auto de imputación de responsabilidad fiscal, cuya copia auténtica obra a folios 81 y siguientes del expediente administrativo, se expresó lo siguiente sobre el tema: *“...Finalmente, no podemos pasar por desapercibido el tema sobre el **grado de imputación o de culpabilidad** de la responsabilidad fiscal, ya que dada la importancia de clarificar el punto, el Consejo de Estado absolvió una consulta en la cual precisó: El grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse la responsabilidad fiscal es el de culpa leve que define el artículo 63 del C. C., como la falta de aquélla diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, lo que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. En efecto, los servidores públicos que tienen a su cargo no sólo la toma de decisiones que determinan la gestión fiscal sino la ejecución presupuestal a través de la ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, así como los contratistas y particulares que manejan recursos o bienes del Estado, actúan como gestores de la administración. De conformidad con el artículo 2155 del C. C., el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo”*.

Aunque en apariencia el auto examinado no califica expresamente la modalidad de culpa en que pudo incurrir la investigada, debe entenderse que le atribuye culpa leve, porque existiendo diversas modalidades de culpa, únicamente define la leve, lo cual sugiere a un lector desprevenido que es ésta modalidad la que se le imputa.

Existe una razón más de fondo para llegar a la misma conclusión, basada en el artículo 63 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 63. La ley distingue tres especies de culpa y descuido:*

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

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

*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.*

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

Como la norma transcrita dispone de manera clara y categórica que **la expresión culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve,** y el auto comentado no calificó la culpa de la investigada, debe entenderse que le imputó la leve.

Una consideración, todavía más importante, permite sostener que el auto de imputación de cargos le atribuyó culpa leve a la investigada.

Se trata de que criterio doctrinal transcrito parcialmente en dicho auto corresponde al concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 29 de julio de

1996, radicado 846, donde se adoptó el criterio de que el único grado de culpa generador de responsabilidad fiscal era la leve y **de modo explícito descartó que ésta pudiera fundarse en culpa grave.**

Cualquier duda acerca de la modalidad de culpa que se imputó a la investigada se disipa al examinar el fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia No. 013-01 de 17 de diciembre de 2001 demandado, que fundó la decisión en otros apartes del mismo concepto, transcrito esta vez con más amplitud:

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

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

incurrido en culpa o descuido leve.

En este tipo de responsabilidad el grado de culpabilidad difiere del consagrado en el artículo 90 de la Constitución en relación con el daño antijurídico causado a terceros e imputable a título de dolo o culpa grave, porque el ejercicio de la gestión fiscal implica obligaciones específicas referidas a la administración de bienes ajenos como son los del Estado que resulta afectado con la actuación irregular del funcionario (C. E. Consulta. Conc. Rad. 846 jul. 29/96. M.P. Roberto Suárez Franco).

Aunque el mismo fallo señaló tangencialmente que de acuerdo con el artículo 6º de ley

610/90 el daño generador de la responsabilidad fiscal “*podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos...que en forma dolosa o culposa produzcan... detrimento del erario público...*”, lo cierto es que de manera explícita tomó partido por la tesis expuesta en el concepto transcrito de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, de acuerdo con el cual la responsabilidad fiscal imputable a los servidores públicos que tienen a su cargo la gestión fiscal **sólo puede tener como fundamento la culpa leve.**

Finalmente, la Contralora Departamental confirmó el fallo con responsabilidad fiscal al decidir el recurso de apelación interpuesto en su contra, mediante providencia de 25 de abril de 2002 (ver folios 193 y siguientes ibídem).

En la fecha en que se profirió esta última decisión la Contraloría Departamental demandada no podía fundar responsabilidad alguna en culpa leve, pues ya se había proferido la sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002, mediante la cual la Corte Constitucional había excluido del ordenamiento toda pretensión de fundar la responsabilidad fiscal en esta modalidad de culpa.

En consecuencia, desconoció los efectos de dicha sentencia y también los textos de los artículos 4 y 53 de la Ley 610/90, vigentes en la fecha de expedición del fallo con responsabilidad fiscal de segunda instancia, a cuyo tenor sólo podía declararse responsabilidad fiscal con fundamento en culpa grave.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia apelada.

No obstante lo anterior la Sala da respuesta al argumento del apelante, quien afirma que si bien no señaló la modalidad de culpa en que incurrió la demandante, su conducta era inexcusable y por ello mismo, su culpa era grave.

Este argumento se funda en afirmaciones falsas, pues el estudio del auto de imputación de cargos y el fallo con responsabilidad fiscal demostraron que la Contraloría Departamental del Meta **sí le imputó a la demandante en forma expresa culpa leve**.

Dicho argumento plantea, además, una pretensión inadmisibile por ser violatoria del derecho de defensa de la demandante, la de fundar la legalidad del acto acusado en un elemento de la conducta – la culpa grave – que no se le imputó durante el juicio fiscal, razón por la cual la investigada no pudo defenderse de ella.

Debe considerarse, adicionalmente, que no es cierto que durante la actuación administrativa la Contraloría hubiera insinuado siquiera la existencia de la culpa grave de la demandante puesto que no calificó su conducta como dolosa, grave, grosera, o inexcusable, expresiones que utiliza por primera vez en el recurso de apelación en estudio.

En realidad, la atribución de responsabilidad fiscal declarada en los actos acusados se fundó en el criterio de que la demandante sí pudo tomar pólizas de garantía de los bienes del Instituto de Cultura con cargo a los recursos provenientes de la estampilla pro cultura porque éstos constituían unidad de caja con los demás ingresos del Instituto de Cultura del Meta, por mandato del artículo 12 de la Ley 38/89 - Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, criterio contrario al de la demandante quien alegaba que, por mandato de la Ley 397/97, estos tenían destinación específica que impedía

utilizarlas en el pago de las pólizas mencionadas.

Como se advierte, si en alguna culpa pudiera incurrir el servidor público que aplica una interpretación razonable de una norma sería leve y no grave, y en el caso en estudio no sólo era razonable sino atinada, razón por la cual no podría imputársele culpa en ningún grado, pues en realidad el principio de unidad de caja que constituye un criterio general de administración de los recursos del Estado cede excepcionalmente ante la destinación legal específica de los recursos como la prevista en el artículo 38 de la Ley 397/97, “Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura...”, cuyo texto, en la época de los hechos, era el siguiente:

***Ley 38/89 (...) Artículo 12. Modificado por el art. 5, Ley 225 de 1995. Unidad de Caja.***  
*Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá la situación de fondos a los organismos y entidades para el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación”.*

*Diario Oficial No. 43102, de 7 de agosto de 1997 Posteriormente fue modificado por el artículo 1º de la Ley 666 de 2001. El nuevo texto es el siguiente: “Autorízase a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y a los concejos municipales para que ordenen la emisión de una estampilla "Procultura" cuyos recursos serán***Artículo 38. Facúltese a las asambleas departamentales y concejos municipales para crear una estampilla procultura y sus recursos serán administrados por el respectivo ente territorial al que le corresponda el fomento y estímulo de la cultura, con destino a proyectos acorde con los planes nacionales y locales de cultura.***”*

Este artículo fue objeto de demanda de inconstitucionalidad y fue declarado exequible mediante sentencia C- 1097 de 10 de octubre de 2001 y, de acuerdo con el mismo, su producto **sólo puede destinarse al financiamiento de los planes de cultura,** objeto del que no hace parte el pago de pólizas para garantizar los bienes de la entidad.

Al examinar los medios de prueba que figuran en el expediente administrativo se constató que el Instituto de Cultura del Meta durante marzo y abril de 1999, época de los hechos, tuvo recursos consignados en una cuenta denominada Fondos Comunes, tal como afirmó la Contraloría (folios 134 y 144).

Dicha cuenta estaba destinada, en principio, a recibir las transferencias a que estaba obligado el Departamento para cubrir los gastos de funcionamiento del Instituto de Cultura del Meta, afirmación en la que concuerdan las partes.

No obstante, los recursos consignados en la cuenta referida durante los meses de marzo y abril de 1999 no provenían de transferencias para gastos de funcionamiento, pues el Departamento sólo comenzó a girarlos a partir del 4 de junio de 1999 (ver recibos oficiales de caja del Instituto de Cultura obrantes folios 42 y siguientes del cuaderno principal y relación de giros suscrita por el Tesorero del Departamento durante la vigencia 1999, obrante a folio 109).

De acuerdo con la afirmación de la demandante durante su indagatoria en el juicio fiscal (fs. 48 y 49), confirmada por la afirmación del Subdirector Administrativo del Instituto de Cultura en su declaración jurada (fs. 135 a 139), los recursos que se encontraban en las cuentas bancarias del Instituto durante los meses de marzo y abril de 1999 correspondían **a la estampilla pro cultura recaudada por el Departamento cuando administrados por el respectivo ente territorial, al que le corresponda, el fomento y el estímulo de la cultura, con destino a proyectos acordes con los planes nacionales y locales de cultura Pagaba sus cuentas, las cuales** giraba luego al Instituto. A éstos recursos la Tesorería del Departamento los identificaba como “descuentos a cuentas administración central” (ver folio 109).”

Los recursos derivados de las estampillas pro cultura se manejaban en la cuenta señalada porque el Subdirector Administrativo y el Tesorero consideraban, **equivocadamente**, que se podían utilizar para el pago de gastos de funcionamiento por unidad de caja, ante la ausencia de cualquier otro ingreso. Así consta en la declaración jurada del primer funcionario y en la nota escrita que dirigió a la Directora del



Instituto el 23 de abril de 1999(ver folio 60).

Se concluye de lo anterior que ni durante los meses de marzo y abril de 1999 ni tampoco en los primeros días de mayo de 1999, la demandante, en su condición de Directora del Instituto de Cultura del Meta disponía de recursos para el pago de las pólizas de seguro que ampararan los bienes de la entidad, **pues no podía utilizar para ello los de destinación legal específica provenientes de la estampilla pro cultura.**

Carece pues de fundamento la imputación de culpa a la demandante por no haber utilizado recursos de destinación legal específica a objetos distintos de los previstos en la ley.

La diligencia de la actora en la gestión de recursos ante el Departamento para cubrir los gastos de funcionamiento está demostrada y no fue objeto del recurso de apelación.

**1.2. La responsabilidad fiscal y su relación con acciones contenciosas administrativas - Acción de reparación directa- acción de nulidad y restablecimiento del derecho que comprometen el patrimonial del daño o perjuicio desde el análisis de la culpa.**

**1.2.1 Acción de reparación directa por responsabilidad civil-extracontractual del Estado.**

El artículo, 90 de la constitución colombiana establece que el agente estatal, esto es servidor público, o particular en el ejercicio de funciones públicas, que con su omisión o acción dolosa o gravemente culposa, cause daño a un tercero haya incurrido en un daño antijurídico. Este daño tiene que ser restablecido mediante acción de reparación directa por parte del estado a los administrados, y el estado mediante acción de repetición, como su nombre lo indica, puede proceder contra el agente estatal para que devuelva o reintegre este dinero al Estado.

La ley 610 de 2000, una vez expedida, establecía que el grado de culpa con el que se incurre en responsabilidad fiscal, era el de culpa leve y dolo, este artículo fue demandado mediante acción de constitucionalidad y se declaró inexecutable, entre tanto, debía dársele el mismo trato o exigencia del grado de culpabilidad a los servidores públicos que incurrieran en la daño antijurídico, así como a quienes daban lugar a la ocurrencia de daño patrimonial al Estado.

Sin embargo, la Corte no considero la naturaleza del agente de la conducta, la ley de responsabilidad fiscal estableció que solo es responsable fiscal, quien tenga bajo su responsabilidad la administración, custodia, disposición de dineros y bienes públicos, es decir, al actor de la conducta tiene una calidad adicional a la del ejercicio común de funciones públicas, debe ser *gestor fiscal*. Es de esta forma, como este es una de las consideraciones por las cuales, el grado de culpabilidad debe asumirse de manera diferente en estos dos tipos de acciones con repercusiones patrimoniales para el Estado.

De otra parte, debe considerarse que la acción de repetición, procede por la ocurrencia de acciones, operaciones u hechos administrativas, que causan perjuicio a los administrados, es así como los accidentes, las muertes ocasionadas a civiles por servidores de las fuerzas publica en servicio, los errores médicos de instituciones de salud públicas y demás daños derivadas de responsabilidad extracontractual del estado a terceros, son ejemplos representativos de este tipo de hechos de trascendencia jurídica para el estado. Como puede observarse, son situaciones que aunque representan un riesgo se presentan de manera más imprevista en el ejercicio de las labores públicas, que lo no puede ocurrir en otras actividades públicas, como lo es la administración de dineros del estado, que requiere una conducta más sigilosa y expectante, a través de una mayor planeación y prevención de riesgos en el manejo de los dineros públicos. (ejemplo cuando se autoriza

para contratar)<sup>210</sup>

### **Responsabilidad Objetiva**

Al respecto debe mencionarse además, que algunas conductas de responsabilidad extracontractual, han sido consideradas por el Consejo de Estado, como eventos constitutivos de responsabilidad objetiva, derivadas de posiciones jurisprudenciales del derecho civil, por ser resultado de operaciones peligrosas, en tal medida, por ejemplo, la conducción, es denominada una actividad peligrosa, y en los eventos en que agentes públicos causen daños a la integridad física de ciudadanos cuando se encuentran conduciendo y con ocasión de sus funciones, el estado debe responder sin entrar a analizar el grado de culpabilidad del agente, con lo cual como se ha mencionado, el grado de responsabilidad en eventos constitutivos de responsabilidad civil extracontractual del Estado merece un trato diferente al de la responsabilidades como la responsabilidad fiscal. Además como lo señala SALA,<sup>211</sup> que de acuerdo al artículo 59 quedan excluidos daños morales y eventuales o posibles de la responsabilidad contable que si se observa en los casos de reparación directa por responsabilidad extracontractual de la administración.

Para el caso español, como lo expone CASINO MERINO<sup>212</sup>, considera que desde la entrada en vigor de la ley de funcionamiento, la responsabilidad contable solo puede ser ejercida en los casos de dolo, culpa o negligencia grave. El artículo 49.1 Ley de funcionamiento. Excluye la negligencia o culpa leve. Los artículos 42 y 43 no impiden que el grado mínimo de responsabilidad exigible sea el de culpa o negligencia grave. Los responsables directos del artículo 42 lo son por dolo y los responsables subsidiarios del

---

<sup>210</sup> Sentencia 10 de 1999 del Tribunal de Cuentas, hay culpa grave en la actuación de la mutua de accidentes y enfermedades profesionales FREMAP, que entrego los fondos de la seguridad social para su inversión en una sociedad que después desapareció. FREMAP no exigió resguardo acreditativo de la inversión realizada, aceptando como justificante una simple carta en la que se reconoce tiene depositada los valores en la sociedad que después desapareció. Como puede observarse las actividades de gestión de fondos o caudales públicos requieren mayor previsión y razonamientos más premeditados que los que pueden presentarse en situaciones más intempestivas.

<sup>211</sup> SALA "Responsabilidad Contable". Ídem.

<sup>212</sup> CASINO MERINO. Ídem.

artículo 43 por negligencia o demora, pero como lo aclara la ley de funcionamiento, la negligencia o demora habrá de suponer culpa o negligencia grave, también acorde a sentencias del Tribunal de Cuentas de posteriores a ley de funcionamiento.

### **1.2.2. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

De otra parte, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la administración-estado debe responder por los perjuicios ocasionados mediante la expedición de actos administrativos que presenten vicios tendientes a su nulidad. La falta de competencia, violación del principio de legalidad, falsa motivación, desviación de poder, violación del debido proceso, son causales de nulidad del acto. Y en igual sentido, opera la acción de repetición contra el funcionario que mediante su conducta dolosa o gravemente culposa, de lugar a la reparación de daños y perjuicios causados al administrado con la expedición de un acto viciado.

En estos casos, como puede analizarse, el vicio del acto administrativo, lleva a concluir el servidor al expedir el acto obro con un grado considerable de negligencia y con serios indicios de la presencia de dolo, se podría decir que la existencia de la causal de nulidad del acto, casi que demuestran por sí misma, la existencia de dolo o culpa grave en la conducta del servidor público, tanto es así, que el funcionario podría llegar a incurrir en un delito contra la administración pública como es el prevaricato.

Al respecto, podría decirse, sin embargo existen situaciones o hechos que en el campo de responsabilidad fiscal, que no alcanzan a denotar la existencia de una intención en la realización del acto que genera pérdidas patrimoniales, pero si un grado de negligencia que aunque en “menor”, si ocasionan perjuicios patrimoniales al estado, y que se han podido prever.

Puede mencionarse en tal sentido, eventos que los que la omisión de servidores públicos en la administración de las finanzas y bienes del estado, generan una gestión antieconómica, que es uno de los principios de la gestión fiscal. Las restauraciones oportunas a edificios o inmuebles públicos, pueden economizar gastos futuros en los que tenga que incurrir el estado, con mayores costos, entre tanto la estabilidad y calidad de estructura pudo por el paso del tiempo haberse comprometido aún más.

En este evento, si bien en inmueble sigue funcionando denota un grado de mayor diligencia con el que el servidor o servidores públicos, debieron haber actuado, para evitar mayores perjuicios, y en tal medida, permite evidenciar que la responsabilidad en el manejo de los dineros y bienes públicos merece un grado mayor de exigencia por su naturaleza del que se exige en otros tipos de responsabilidades con repercusiones económicas para el estado.

### **1.3. Consideraciones del proceso de responsabilidad fiscal como proceso administrativo sancionatorio.**

A través del derecho administrativo sancionatorio, la administración tiene la facultad de sancionar aquellas conductas que vulneran el quehacer ordinario de la función pública y hacer efectiva la ejecución de la misma.

El derecho administrativo sancionatorio, si bien se alimenta de algunos principios y fundamentos del derecho penal, como lo es el principio de legalidad, el derecho a no ser juzgado más de una vez por los mismos hechos- *nom bis in ídem*, el debido proceso, derecho de contradicción, la doble instancia y la debida defensa técnica, ostenta una finalidad diferente que no es otra, que una sanción menos rigurosa que la penal, al considerarse que la clase de preceptos vulnerados no llegan a representarse en conductas que amenacen y comprometan el bienestar colectivo de forma desproporcionada y a veces irreversible, como ocurre con la comisión de delitos que atentan contra los bienes jurídicos tutelados reconocidos por el Estado.

La facultad de sancionar la conducta de servidores públicos y particulares que tienen la responsabilidad del manejo de dineros y bienes públicos, es una prerrogativa derivada del derecho administrativo sancionatorio, pues en igual orden de ideas, una vez demostrada la responsabilidad fiscal de quienes han ocasionado perjuicio al patrimonio del estado, este puede hacer efectiva la sanción mediante el resarcimiento del daño e indemnización de perjuicios, así como la aplicación de inhabilidades para el ejercicio de cargos en el ámbito público, hasta tanto haya pagado la sanción pecuniaria.

La sanción disciplinaria de los servidores y particulares que prestan funciones al Estado, es otro claro ejemplo de este tipo de prerrogativas, por las que el Estado castiga el incumplimiento de los deberes y obligaciones con el que deben actuar las personas que ostentan este vínculo con la función estatal.

En el derecho penal, se observan algunos delitos que tienen como bien jurídicamente tutelado la administración pública; en delitos tales como el cohecho, peculado, concusión, aplicación oficial diferente de los dineros públicos, celebración indebida de contratos, una vez demostrada la existencia de dolo o culpa grave, podrá sancionarse con medidas privativas de la libertad, y multas patrimoniales.

Ahora bien al analizar dentro de esta clase de delitos, aquellos que generan repercusiones patrimoniales al Estado, se observa que delitos como el Peculado por uso, Peculado por apropiación y destinación oficial diferente, así como en la celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales, los servidores públicos, con ocasión de su cargo, pueden dar lugar a pérdida de recursos y dineros del Estado.

En el peculado por apropiación, es evidente el daño patrimonial al estado, el servidor público con ocasión de su cargo se apropió a favor suyo o de un tercero de bienes o dinero públicos, sin embargo la responsabilidad fiscal solamente le sería endilgada si este hubiera actuado con ocasión a labores de gestión fiscal, es decir que fuera el responsable en la administración de estos recursos y el dinero hubiera sido destinado o erogado con motivo de una actividad económica, jurídica o tecnológica, y dadas las estas circunstancias no es factible que pueda llegar en sus manos de forma directa estos dineros o recursos y dineros a través de estas tales condiciones, por lo que el peculado por apropiación se configura en definitiva como en hurto de dineros o recursos por parte del servidor público, que abusando o valiéndose de su cargo y facilidad de acceso a la administración comete la conducta delictiva.

De otra parte, en el delito de Peculado por uso a favor suyo o de un tercero, el servidor público responderá fiscalmente, además de la sanción penal que le asiste, siempre y cuando el uso dado al bien haya generado detrimento, desmejora y que haya sido con ocasión de gestión fiscal, lo es difícil demostrar, por la naturaleza propia de la acción como se ha mencionado, dado que además, el bien continua generalmente existiendo y sirviendo.

En la misma lógica, cuando el Peculado, haya dado lugar a la aplicación oficial diferente de los recursos públicos, solo será responsable fiscal si se demuestra perdida o perjuicio patrimonial, y en este tipo de casos, es también difícil demostrar, esta circunstancia, pues los dineros públicos en la mayoría de los casos habrían servido

para alguna necesidad estatal, es decir no se habrían perdido, y lo que se sanciona penalmente, es la destinación sin el lleno de los requisitos formales y la debida planeación y vulneración de otros principios presupuestales.

En el otro evento, en caso de la contratación sin el cumplimiento de los requisitos legales, se ha evidenciado que puede llegar a haber consecuencias patrimoniales para el Estado, cuando se haya contratado vulnerando casi que necesariamente el principio de economía, en la etapa precontractual, esto es generalmente en los casos, en lo que se la contratación implique sobrecostos, o precios considerablemente altos en la prestación o adquisición del bien o servicio respecto de los ofrecidos por el mercado, así como también se presente detrimento patrimonial en el momento de la ejecución del contrato, al presentarse incumplimiento de obligaciones derivadas del mismo y que hayan implicado sin embargo el pago de sumas de dinero al contratista.

Como se observa, la contratación sería en definitiva, el caso más representativo de detrimento patrimonial, que a la vez alcanzaría a representar responsabilidad penal, además, examinando las cifras y datos de los procesos de responsabilidad fiscal que se adelantan o han adelantado en el órgano del control fiscal en la última década, se observa que la contratación constituye la causal más predominante de actuaciones con incidencia fiscal en trámite o finalizadas.

Así las cosas, podría observarse que lo que diferencia el proceso penal del proceso fiscal corresponde en definitiva, a la privación de la libertad, pues la pérdida de dineros del Estado, exige en los dos presupuestos, esto tanto en la responsabilidad penal como en la responsabilidad fiscal, que la conducta sea cometida a título de dolo o culpa grave. Y de otra parte como se mencionó, la responsabilidad en la que pueden incurrir servidores públicos, en materia disciplinaria alcanza el tipo de responsabilidad por culpa leve.



El actual estatuto anticorrupción de Colombia, ley 1434 de 2011, realizó cambios en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal con el propósito de hacer más efectiva y eficiente la labor sancionatoria de este tipo de conductas, en tal sentido estableció, que en los eventos en que se haya demostrado en procesos penales la responsabilidad de los mismos hechos que son objeto de valoración en el proceso de ~~responsabilidad fiscal, se encontrarán~~ serios indicios que hablen de la responsabilidad a título de dolo o culpa grave, dando lugar inmediatamente a la formulación de auto de imputación en el proceso de responsabilidad fiscal. Preceptos legales, como esta dan muestras que evidencian la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal como parte del derecho administrativo sancionador del Estado.

La ley 610 de 2000, establece que se deberá adelantar proceso de responsabilidad fiscal cuando se encuentre demostrada la existencia de daño patrimonial al estado, sin embargo la ley no establece desde que monto o suma patrimonial debe sancionarse este tipo de responsabilidad, con lo cual el órgano de control colombiano ha llegado a adelantado procesos de responsabilidad fiscal por sumas casi irrisorias y mínimas que en muchas ocasiones no llegan a justificar el desgaste administrativo y el tiempo de trabajo empleado por los abogados sustanciadores.

Podría decirse en relación con este aspecto, que el estatuto anticorrupción, estableció también como mejora regulatoria, el trámite de las instancias de los procesos de acuerdo de la cuantías o montos de daño patrimonial representadas en los mismos, en tal sentido, estableció que algunos de ellos fueran conocidos en única instancia y los de mayor cuantía tuvieran lugar a apelación, lo que implica un avance de la eficiencia del trámite del proceso pero sigue dejando de lado, lo relativo al trámite de procesos con cuantías mínimas o por decirlo así *bagatela*.

Como se había mencionado, el proceso disciplinario representa, otro tipo procesos de naturaleza sancionatoria. La responsabilidad disciplinaria puede sancionarse a título de dolo, culpa leve, grave, gravísima, y son en tal medida coherentes con el nivel de las Ley 1434 de 2011, capítulo responsabilidad fiscal. De acuerdo a la ley 610 de 2000, el auto de imputación es el momento procesal del proceso de responsabilidad fiscal por el que existen serios indicios de la existencia de responsabilidad fiscal del investigado, que dan lugar a calificar la conducta del sujeto para posteriormente proceder al fallo con responsabilidad fiscal o sin responsabilidad fiscal.

Sanciones que pueden imponerse; la inhabilidad permanente para el ejercicio de funciones públicas, la inhabilidad temporal en el ejercicio de cargos públicos, la suspensión temporal del cargo<sup>16</sup>, así como amonestaciones a la hoja de vida y aplicación de multas pecuniarias, son las clases de sanciones aplicables a los servidores que falten a sus deberes como funcionarios o particulares al servicio del Estado.

Lo permite considerar, respecto del tema bajo estudio, que corresponde a la responsabilidad fiscal, que el derecho disciplinario como proceso administrativo sancionador, cuenta con criterios más amplios de culpabilidad para definir el tipo de responsabilidad. El grado de culpabilidad con el que puede endilgarse responsabilidad fiscal, corresponde al de la comisión de la conducta a título de dolo o culpa grave, quedando excluida cualquier otro tipo de culpa, como es el de la culpa leve, que es tenida en cuenta en la sanción disciplinaria.

El proceso disciplinario así como el proceso de responsabilidad fiscal, en coherencia con el principio de legalidad, define los tipos de conductas que son constitutivas de responsabilidad disciplinaria, dentro de las que representan las faltas gravísimas, estas se encuentran relacionadas taxativamente, y son las conductas más altamente sancionadas. Estas conductas llegan a comprender actuaciones que son también sancionables en el derecho penal, y se relación además con otras referidas al manejo

presupuestal, violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como, el abandono del cargo, entre otras.

De otra parte, las faltas graves y leves, al no encontrarse expresamente definidas en la Ley 734 de 2002. Colombia. Al respecto debe mencionarse que en la inhabilidad temporal para el ejercicio de cargos públicos, la persona no podrá desempeñar ningún cargo, pues ha sido destituido de la función pública, la suspensión, representa una sanción menor, una vez superado el tiempo en que se le ha separado del cargo, se cuenta con el derecho de volver a reintegrarse en el mismo cargo.

Las conductas se sancionan teniendo en cuenta el conjunto de preceptos y obligaciones definidas en la ley como deberes para quienes ejercen funciones públicas, aparte de las previstas como faltas gravísimas, así como una serie de factores de graduación de la conducta, consistentes en el grado de injerencia del servidor en la realización de la conducta y las consecuencias derivadas de la misma, en tal sentido se observa; la importancia que la conducta reviste al interés público y social, el grado de resarcimiento del daño o reducción de los perjuicios ocasionados que haya realizado el agente de forma posterior y el grado de intervención y cargo del servidor en la comisión de la conducta.

La ley disciplinaria establece como faltas gravísimas, la pérdida de bienes y recursos que alcancen un monto determinado de dinero, y como se explicó, la sanción que podría aplicarse en este tipo de eventos consistiría en inhabilidades permanentes o temporales en el ejercicio del cargo, y serían faltas cometidas a título de dolo o culpa gravísima. En este orden de ideas, esta lógica permitiría concluir que las sumas que sean inferiores a este monto, serían sancionables a modo de sanciones graves o leves, bajo culpa grave o culpa leve.

Situación que resulta paradójica, si se tiene en cuenta, que la sanción fiscal para cualquier clase de pérdida patrimonial solo corresponde en los eventos de dolo o culpa grave y que pueden corresponder para los mismos hechos, pérdidas patrimoniales derivadas del ejercicio de gestión fiscal, tanto en la responsabilidad fiscal como en la disciplinario, además que por definición de la ley disciplinaria, el incumplimiento de cualquier deber de los servidores públicos establecido en las leyes, contratos, resoluciones reglamentos etc constituye por sí mismo falta disciplinaria.

El análisis de este tipo de situaciones, como se demostrado, permite considerar la posibilidad de aplicar en el grado de culpabilidad de la responsabilidad fiscal, no solo el grado de culpa leve, sino de abrir la posibilidad de graduar el tipo de sanción de acuerdo a las condiciones particulares de la conducta, representadas en el monto del daño, el grado de afectación de este daño fiscal a la comunidad, el grado de injerencia en la conducta, sin que se escape la posibilidad de sancionar el daño al no encontrarse méritos suficientes que demuestren la ocurrencia de dolo o culpa grave y que por tal motivo exoneren por decirlo así al gestor fiscal de responsabilidad fiscal y no pueda recuperar el dinero o monto de recursos públicos comprometidos.

De esta forma no se estaría vulnerando el principio de legalidad, sino volviendo más efectiva y eficiente la labor sancionadora del Estado, además es importante traer de presente, que los tipos de normas penales también hablan de los que se denomina *normas en blanco* en virtud de las cuales el juez u operador jurídico puede hacer alcance o uso de otras normas que complementan la tipicidad de la conducta.

#### **1.4. Naturaleza de los actos que derivan disposición de recursos públicos y el deber de planeación y previsión:**

El concepto de culpa se encuentra previsto como la conducta generada en quienes

a pesar de conocer a ley, la llevan a cabo, sin esperar que se den las consecuencias derivadas de la misma. De otra parte, el dolo se encuentra previsto como la intención de la generación del daño a través de tal conducta de la que se conoce su ilicitud.

Sin embargo, se encuentra dentro de los deberes de los servidores públicos, la obligación de conocer la ley, así se encuentra expresado, en la Constitución de Colombia. En tal sentido, entre tanto, todos quienes presten servicio al Estado, deben conocer la ley y los preceptos y mandatos de la misma, no es tan coherente, el hecho que en regímenes de responsabilidad del servidor, el grado de responsabilidad desde el que se debe responder sea el de culpa grave o dolo, pues el grado de previsión que debe procurar el servidor, es un requisito inherente del desempeño de las consecuencias derivadas de continuo ejercicio de sus funciones y tareas, en la medida que al serle obligatorio el conocimiento de la ley así como sus obligaciones funcionales, conoce desde el momento de su intención en aplicar una determinada tarea o actividad las consecuencias que la esta lleva consigo.

De otra parte, al analizar la naturaleza de las actividades que en el ejercicio común de tareas desempeña el gestor contable o fiscal, tema de investigación de trabajo, se encuentran básicamente comprendidas en dos categorías; ejecución de presupuesto, que conlleva a la ejecución del gasto y gestión de recaudo de ingresos. En tal medida, a través de la labor de ejecución del presupuesto, cobra un porcentaje considerable el monto que se destina a la contratación pública para la adquisición de bienes y servicios que requiere el Estado para su funcionamiento, así como también para proyectos de inversión.

La labor de previsión de la administración de los recursos se observa desde el momento mismo de la creación del presupuesto, conforme a los principios de planeación, universalidad, anualidad, entre otros, el Estado realiza una adecuada programación y

priorización de gastos y pago de la deuda, así como, de la cobertura de ingresos que soportan la estabilidad presupuestaria.

En tal medida, la gestión presupuestal obedece, a una labor previa de planeación y previsiva, en tal medida, la gestión de recursos y causales públicos, lleva implica desde el principio medidas que en el deber ser permitieran evitar riesgos que devinieran posteriormente en el menoscabo de estos recursos.<sup>213</sup>

De otra parte, al analizar la ejecución del gasto a través de la contratación, se observa, que se realiza un estimativo de riesgos que pudieran llegar a presentarse<sup>214</sup>

Igualmente así como, en la suscripción de pólizas, que cubran los siniestros o incumplimientos del contrato, y la labor de interventoría u seguimiento a la debida ~~ejecución de las obligaciones~~ contractuales. En tal medida, a través de la ejecución del gasto en materia contractual la ley prevé una serie de elementos que permiten prevenir la ocurrencia de riesgos que conlleven posteriormente a daños o perjuicios patrimoniales para el Estado.

Así las cosas, el problema de ejecución del gasto, que conlleve perjuicio a los erarios públicos, a través de la contratación, podría observarse por llamarlo así, de una parte, en la ejecución contractual de gastos de funcionamiento, no desde el punto de vista de su justificación, pues son gastos que como su nombre lo indica implícitos para el funcionamiento de la entidad la actividad, en términos de mantenimiento de sede, papelería, servicios de seguridad y aseo, etc, sino que en definitiva, correspondan a la

---

<sup>213</sup> Ley de Presupuesto 111 de 1996 para Colombia. Ley 47 de 2003, ley general del presupuesto. Ley 2 de 2012 general de estabilidad presupuestaria de España.

<sup>214</sup> El Decreto 734 de 2012, estatuto de la Contratación Pública para Colombia, establece la obligación de realizar por parte de la administración la matriz de riesgos en los que pudiera incurrir la administración y el contratista en la ejecución del contrato. En tal sentido, prevé que se debe realizar para el caso de licitaciones audiencia de definición de riesgos con los proponentes que aspirar entrar en el proceso licitatorio

contratación más económica para la entidad. En este sentido, la falencia que conlleva este tipo de contratos, se observa en el adecuado ejercicio en la etapa de precontractual, de estudios de mercado y elección del proponente que brinde las mejores condiciones para la entidad. Actividad precontractual y de selección de contratista que cuenta con un comité asesor y revisión de requisitos técnicos, económicos y jurídicos, con lo cual también a través de estas actividades previas se observa que los servidores públicos al evaluar y escoger la oferta más favorable han contado con debido tiempo de planeación y previsión con el propósito de hacer la mejor disposición de dineros por este concepto.

En tal sentido, por sustracción de materia, es en los gastos de inversión del presupuesto de la entidad que ejecuta para ejercer su labor, para llevar a cabo sus tareas misionales, en los que usualmente puede llegar a discutirse o ser objeto de controversia la necesidad de contratación de determinados servicios o adquisición de productos o bienes. En tal medida, la contratación de asesoría en materias especiales, la contratación de personas naturales o jurídicas para desarrollar tareas *intuito persona*, o adquisición de bienes que de manera discrecional la entidad considera que son los necesarios para cumplir su perfil misional, son labores en las que determinar el grado de justificación de la necesidad se vuelve más etéreo y se entra en la esfera costos innecesarios para el entidad.

Por su parte en la gestión de ingresos, puede ser más objetiva al momento de verificar la gestión de presupuesto, establecer sin los dineros que han debido ingresar a la entidad por determinado concepto, se ha realizado, como en el caso de los previstos por tarifas, tributos concesiones (regalías), son como puede observarse de más fácil comprobación del menoscabo pues requieren básicamente de la confrontación de los que establece la norma o las contraprestación pecuniarias a favor del Estado. En tal sentido, si hacen falta dineros, por tal concepto es una determinación objetiva de determinación de faltantes en los cuentas y caudales públicos.

En el caso de entidades con autonomía territorial, la destinación de dineros para desarrollo e inversión se encuentra, prevista, la discrecionalidad de las entidades territoriales, para asignar el gasto, las necesidades sociales deben ser las primeras satisfechas, sin embargo a través de las subvenciones que dan el Estado, como pueden determinarse si son adecuadas o son económicas o incrementos o suscripción de convenios de trabajos con sindicales obreras que brindan mayores ingresos a determinados funcionarios que a otros.

Estos tipos de gestos, que si bien cuentan con una justificación son gastos en los que el criterio de economía, no es tan fácil de determinar, es por esta razón, que los organismos de fiscalización al momento de realizar auditoria, se enfoca en encontrar la detección de gastos, la mayor continuidad de incongruencias de gestos que objetivamente no tiene justificación.

Al momento del incumplimiento del contrato, convenio se observa si existen factores excluyentes de responsabilidad, como si hubo *error, fuerza o dolo* por vicios en el objeto o bien del contrato o elementos que obligaron a contratar ajenos a la voluntad del servidor, por la entrega falsa de información por parte del contratista, pero como se observan estos son factores ajenos a la conducta de los servidores en su calidad de gestores contables o fiscales que les protegen de responsabilidad.

Como puede observarse los gestores públicos al disponer y administrar recursos públicos devienen en actividades que requieren planeación y previsión, pues la naturaleza de estos actos llevan implícito este requisito, con lo cual el grado de exigencia de la conducta del deber de diligencia y cuidado es mayor, que en que podría observarse en otro tipo de actividades del que hacer público, con lo cual, como ha venido exponiendo a lo largo de este capítulo da muestras de la viabilidad de la exigencia de responsabilidad en el gestor contable o fiscal desde el grado de culpa leve y



no necesariamente desde el de culpa grave.

## VI. SUJETO DE RESPONSABILIDAD CONTABLE Y FISCAL Y LA NATURALEZA DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

El enjuiciamiento contable, como puede observarse, reúne elementos tendientes a la determinación de la responsabilidad en el manejo y administración de los caudales públicos, exige que se encuentre demostrada la existencia de un daño cierto y cuantificable al Estado, así como que la conducta haya sido cometida con dolo, culpa o negligencia grave<sup>215</sup>.

La responsabilidad fiscal, también, prevé la existencia de este tipo de requisitos para demostrar la responsabilidad de quienes con ocasión a la administración de recursos o dineros públicos causen daño patrimonial al Estado. En este sentido, el artículo 1 de la ley 610 de 2000, la define en los siguientes términos:

*ARTICULO 1o. 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.*

A través de diversas sentencias, el Tribunal de Cuentas de España, se ha pronunciado al respecto de los requisitos que debe reunir los hechos generadores de responsabilidad contable para adquirir efectivamente esta connotación,

*“La sentencia 4/1998, de 26 de febrero, afirma que “La determinación de si los apuntados hechos tienen suficiente relevancia para ser merecedores de*

---

<sup>215</sup> SALA SANCHEZ A PARTIR DE 1982 manifiesta que en nuestro sistema de jurisdicción contable, el Español, ya no podrán ser válidas expresiones, como la aplicable en la doctrina francesa de que el tribunal de cuentas es puramente objetiva en cuanto juzga las cuentas y no a los cuentadantes.

*reproche en la jurisdicción contable debe hacerse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2º.b), 15.1 y 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, en relación con lo preceptuado en el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.*

*Sobre el particular, y tomando como referencia una interpretación conjunta de los indicados preceptos, esta Sala de Apelación ha declarado en reiteradas Sentencias -por todas, las de 30 de junio de 1992, 15 de abril de 1994, 6 de noviembre de 1995 y 21 de noviembre de 1996- que para que una determinada acción pueda ser constitutiva de responsabilidad de naturaleza contable ha de reunir los requisitos siguientes:*

*a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas<sup>216</sup> que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos; c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público; d) Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave; e) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente; y f) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.*

*En consecuencia, y en lo que aquí interesa resaltar, la responsabilidad contable, como tipo específico y autónomo que es de responsabilidad -tanto por su régimen jurídico propio, como por sus específicos elementos subjetivos, objetivos*

---

<sup>216</sup> Sentencia 22 de 1992 "Cuenta es aquel documento público o privado según los casos de índole contable en el que constan se registran o figuran, con o sin valores finales o ajustes numéricos, según técnicas habituales y generalmente normadas, operaciones relacionadas directa o indirectamente con la actividad económica financiera del sector público o de las personas físicas o jurídicas destinatarias de las subvenciones o ayudas.

*y formales-, tiene carácter personalísimo y, por tanto, y a efectos de declarar su imputabilidad por una supuesta acción culposa, es necesario calificar la entidad de ese hecho culposo y verificar la existencia o no de nexo causal entre dicha acción y el resultado final acaecido.*

Por su parte, el artículo 5 de la ley 610 de 2000, establece como elementos constitutivos de responsabilidad fiscal, los siguientes:

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.

Así las cosas, puede decirse que la responsabilidad contable así como la responsabilidad fiscal, cuentan con aspectos que las asemejan, tanto así que su finalidad consiste en el resarcimiento del daño patrimonial causado al Estado, sin embargo es relevante determinar la connotación que algunos elementos constitutivos de responsabilidad para cada uno de estos regímenes puede llegar a alcanzar.

Con este propósito se mencionará lo relativo a la calidad de gestor de recursos o caudales públicos, la responsabilidad en la que incurren quienes ostentan esta calidad en relación con sus funciones y las condiciones necesarias para la determinación del daño.

## **1. Gestor de recursos o caudales públicos:**

### **1.1 Gestor contable**

La ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece la calidad de legitimación por pasiva en la responsabilidad contable, a quienes tengan a su cargo el manejo de (Sentencia 22 de 2011. Tribunal de Cuentas de España) caudales públicos, pues por su misma naturaleza, la responsabilidad contable, sanciona el incumplimiento de las normas en materia contable y presupuestaria, que impliquen daño o menoscabo patrimonial al Estado.<sup>217</sup>

El Tribunal de Cuentas,<sup>218</sup> ha establecido al respecto de la diligencia exigible al gestor de fondos públicos que la conducta constitutiva de daño conduce en definitiva de acuerdo a la interpretación de culpa de la normatividad civil, a una conducta culposa en virtud de un resultado socialmente dañoso, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada, sin negar que también se puede incurrir en daño como resultado del dolo:

*“En el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia, a la que se refiere el artículo 1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien debe tenerse en cuenta que la obligación de rendición de cuentas, que incumbe a todo gestor de fondos públicos, deriva de una relación jurídica de gestión de fondos ajenos, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, por lo que debe exigirse una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta generadora de daños y perjuicios que puede considerarse socialmente reprochable...”*

*La culpa o negligencia consiste, conforme se desprende de lo dispuesto en el*

---

<sup>217</sup> En sentencia STCu 8/2000 se considera competente al Tribunal de Cuentas para juzgar el posible perjuicio causado por la comisión de gobierno de un ayuntamiento al no exigir el pago del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, descartando que la única jurisdicción competente sea la jurisdicción contenciosa administrativa”

<sup>218</sup> Sentencia de 16 de enero de 2007.

*artículo*

*1104 del Código Civil “en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y tal y como afirma el Tribunal Supremo<sup>219</sup> existe una conducta culposa “a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada”.*

La jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, ha sentado posiciones que permiten definir un concepto *amplio*<sup>220</sup> a la calidad y naturaleza del gestor contable. En tal medida, ha establecido que la responsabilidad contable puede predicarse de personas que así no tengan prescrita jurídicamente la obligación y facultad de disponer de dineros públicos, en atención a la naturaleza de su cargo o condiciones particulares de su vinculación o efectiva disposición de bienes y recursos, se les hace exigible las consecuencias derivadas de este tipo de responsabilidad.<sup>221</sup>

De lo contrario, podría decirse que tal situación que conduciría a que en algunos eventos, puedan llegar a excluirse de responsabilidad fiscal a determinados funcionarios o administradores, en los que no medie documento o soporte legal que acredite esta obligación. CASANA MERINO,<sup>222</sup> menciona en la misma línea de argumentación al respecto, que la calidad de administrador de los fondos públicos, se da en razón a la efectiva disposición, custodia o tenencia de estos caudales o fondos públicos.<sup>223</sup>

---

<sup>219</sup> En sentencia de 7 de marzo de 1994

<sup>220</sup> Sentencia 22 de 2011 del Tribunal de Cuentas.

<sup>222</sup> CASANA MERINO, Fernando. LA RESPONSABILIDAD CONTABLE: NATURALEZA JURIDICA Y ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN. Ídem.

<sup>223</sup> La sentencia de la sala de apelación del TCU DE 10 DE JULIO de 1987 se pronunció contra la procedencia de exigir responsabilidad contable a un funcionario por la pérdida de unos paquetes postales, la vigilancia de los cuales tenía encomendada dicha pérdida señala la sala podrá motivar la reclamación de una indemnización por parte del propietario

El Tribunal en sentencia de responsabilidad contable<sup>224</sup> determina el ámbito subjetivo de los responsables contables, partiendo de una visión funcional del manejo de las cuentas y fondos hacia un panorama externo que se orienta a los particulares o terceros que pueden llegar a administrar fondos o dineros públicos:

“El ámbito subjetivo de los posibles responsables contables se define en el art. 2 de la Ley Orgánica 2/1982, según el cual, corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran aquellos que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos. Asimismo, el art.38.1 de dicha Ley establece que quien por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados, y el art. 15 señala que el enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos refiriéndose, también, el art. 49.1 de la Ley 7/1988 a quienes tengan a su cargo el manejo de dichos caudales o efectos.

En este orden de ideas, sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público.

De otra parte se debería considerar que el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra "... todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos...", debiendo comprenderse en dicho

---

de los paquetes pero” esta responsabilidad del funcionario, no es responsabilidad contable porque no surge del manejo de caudales o efectos públicos ni deriva de ninguna cuanta que haya de rendirse por razón de ese manejo”

<sup>224</sup> sentencia de 7 de junio de 1999

concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado, y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas.”

La perspectiva jurisprudencial del Tribunal de Cuentas ha denotado, además, mediante supuestos facticos la determinación de condiciones y requisitos que permiten concluir la existencia de responsabilidad contable en gestores de fondos públicos, orientando el criterio constitutivo del daño o menoscabo patrimonial a la diligencia y previsión de la conducta, el deber de vigilancia de las gestiones que al interior de la entidad que deriven administración y manejo de recursos y caudales públicos, así como la relación efectiva y legal del gestor con estos dineros y bienes públicos.

Es así como el Tribunal de Cuentas, niega la existencia de responsabilidad contable en la actuación del Alcalde<sup>225</sup> que ordenó el pago de unos servicios profesionales apoyándose en el informe jurídico de un abogado externo al ayuntamiento, en el informe del interventor municipal y el informe favorable de legalidad emitido por el secretario municipal. Dice expresamente el Tribunal “la actuación estuvo presidida por la prudencia deseable y la diligencia debida, rodeándose de los pareceres de los técnicos apropiados para opinar al respecto, trasladando la decisión al órgano superior del gobierno municipal, no se aprecia en esta conducta dolo o grave negligencia”.

Al respecto habría que mencionar que tratadistas del tema como CASINO MERINO<sup>226</sup>,

---

<sup>225</sup> Sentencia Tribunal de Cuentas 1 de 2003.

<sup>226</sup> CASINO MERINO, Fernando. “La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran”. Ídem.



considera que no existiría responsabilidad cuando solo quepa observar en el sujeto culpa leve o levísima, de tal forma que el daño solo habría podido evitarse empleando la extrema diligencia propia de aquellas personas muy cuidadosas.

De otra parte, no obstante en sentencias como la 22 de 2011, el Tribunal de Cuentas, observa lo concerniente a un vicepresidente de una sociedad anónima con capital público de naturaleza municipal, que despide a un trabajador, concediendo una suma significativa de dinero sin contar con la debida asesoría jurídica del caso, y más aun, realizando tareas que desbordan su facultad de actuación, entre tanto, los estatutos de la sociedad no le otorgan la ejecución de este tipo de tareas como vicepresidente.<sup>227</sup>

La sentencia aborda el concepto amplio de gestor de fondos públicos, que extiende a aquéllos que, careciendo de competencias en materia de gestión de fondos públicos las ejercen de hecho, diferenciando entre lo que es el poder de disposición legal y el ejercicio material. En consecuencia, es la gestión efectiva de los fondos públicos lo que permite reconocer legitimación pasiva en el ámbito de la responsabilidad contable.

Señala además el tribunal que “los administradores deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal, y que las normas estatutarias de una empresa que regulen el ámbito de competencias que impliquen actividad económica de los diversos órganos, son normas reguladoras de dicha actividad, y su infracción podría dar lugar a responsabilidad contable.”

---

<sup>227</sup> Al respecto es importante recordar que la obligación de rendir cuentas se extiende a las sociedades estatales, pues al integrar el sector público manejan fondos que tienen la condición de públicos. Por lo tanto dicha obligación es independiente de la naturaleza del ente en cuestión, de las normas por las que se rige, debiendo tomarse como punto de referencia el carácter público y privado de los fondos que utiliza y son fondos públicos los de las entidades que integran el sector público. Resulta por tanto indiferente que una sociedad actúe en el tráfico jurídico con arreglo de las normas de derecho mercantil, si su capital es íntegro y mayoritariamente público, quedara sujeto a la obligación de rendir cuentas. Sentencias del TCU 12 DE 1999 Y 17 DE 2000.

A través del análisis de los hechos alegados en el recurso de apelación interpuesto ante la sala del Tribunal de Cuentas, esa corporación esgrime el análisis de las condiciones particulares que llegan a concluir la existencia de responsabilidad del demandado, mediante las siguientes apreciaciones:

*“En primer lugar, en lo que se refiere al Don Rafael José R. C., la sentencia de instancia declaró que no tenía el carácter de legitimado pasivo, ya que carecía de la condición de cuentadante ante este Tribunal dado que en ningún momento tuvo, ni de hecho ni de derecho, poder alguno de disposición de los fondos de la Empresa Municipal. La resolución recurrida afirma asimismo que en los Estatutos de dicha mercantil, el cargo de Vicepresidente que ostentaba el Sr. R. C. no llevaba aparejado el de poder alguno de disposición de los fondos públicos perjudicados sino que era meramente honorífico.*

*Los recursos formulados tanto por el Ministerio Fiscal como por la representación procesal de Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda y de la empresa E. defendieron por el contrario que el Sr. R. C. sí estaba legitimado pasivamente para responder de su actuación como responsable contable. Alegan los recurrentes que, a pesar de carecer de facultades para ello, el Vicepresidente de la empresa municipal acordó con el Gerente una indemnización cuyo importe superaba con mucho la fijada en el contrato e incurrió en una clara negligencia al no analizar previamente dicho acuerdo ni consultar a los servicios jurídicos. El Sr. R. C., según criterio de los apelantes, debió ser consciente de que su actuación producía un perjuicio a los caudales municipales y de que no estaba autorizado ni para despedir ni para dar la baja a ningún trabajador y mucho menos para acordar una indemnización superior a la establecida contractualmente y comprometer financieramente a la empresa.*

*Añaden los apelantes que consta en autos por las declaraciones de los testigos*

*que fue el Vicepresidente Sr. R. C. quien conjuntamente con el Sr. B. R. ordenó al administrativo de la empresa que efectuara el pago material de la indemnización a pesar de que al margen del acuerdo de conciliación no medió ningún otro documento escrito sino que la orden fue verbal.”*

El Tribunal encuentra entonces que el vicepresidente tuvo de hecho no solo poder decisorio sobre la disposición de actos que derivaban la gestión de fondos públicos, y entra analizar si dentro de las funciones que deben exigirse en este tipo de cargos, le correspondía obrar con la debida diligencia que exige la gestión de recursos y caudales de origen estatal:

*“No obstante, es preciso diferenciar entre el poder de disposición legal y el que ejerció materialmente. Si no cabe duda de que legal y estatutariamente, el Sr. R. C. carecía de facultades de disposición de fondos públicos, tampoco se puede cuestionar el hecho de que intervino materialmente en la gestión de los fondos de la empresa pues participó decisivamente en la operación que dio lugar a que el Gerente de la misma recibiera una indemnización superior a la fijada en su contrato.*

*En primer lugar, el Sr. R. C. firmó el acuerdo de conciliación cuya primera estipulación establecía que el Sr. B. R. percibiría la cantidad de 100.000 euros en concepto de indemnización por despido. La firma de ese acuerdo la realizó como Vicepresidente de la empresa y actuando en nombre y representación de la misma tal y como consta en autos (folio 86 de las actuaciones previas).*

*El citado documento no sólo acordaba la cuantía de la indemnización sino que en su segunda estipulación ordenaba que el pago de la misma se efectuara en un solo plazo previsto para el día 22 de septiembre de 2006, mediante cheque bancario o conformado.*

*A pesar de que este documento no constituye una orden formal de pago sí*

*suponía el reconocimiento de una obligación por parte de la empresa y así lo ha reconocido el propio Sr. R. C. en su declaración (folios 62 y siguientes del Tomo III de la pieza separada de prueba), al manifestar que el Departamento de Hacienda no habría realizado la transferencia del dinero al Sr. B. R. si su firma no hubiera constado en el acuerdo de conciliación, dando apariencia de validez al documento.*

*Por otra parte, una vez firmado el acuerdo, el Sr. B. R. comunicó el contenido del acuerdo al administrativo D. Salvador A. S. y éste, una vez confirmó con el Sr. R. C. y con la Alcaldía que la liquidación era aparentemente correcta, procedió a elaborar la nómina que incluía la indemnización y la selló. Por lo tanto la orden de pago se dio de forma verbal sin que exista una orden escrita, de manera que el antecedente escrito más próximo y que dio lugar al pago material es el citado acuerdo de conciliación.”*

Finalmente, el Tribunal encuentra la existencia de responsabilidad contable por pasiva del vicepresidente al realizar actos que si bien no se encontraban expresamente consagrados dentro de la órbita de sus funciones, de la naturaleza y finalidad natural del cargo, se desprende la obligación de serle exigible.

*“Del anterior relato de los hechos se puede concluir que de acuerdo con el concepto amplio de cuentadante que ha sido mantenido por esta Sala, el Sr. R.C. sí ostenta legitimación pasiva en el presente caso para responder ante la jurisdicción contable en atención a las facultades que ejerció materialmente a pesar de no estar formalmente autorizado para ello. ...*

*Es por tanto, la gestión efectiva de los fondos de la empresa lo que permite afirmar que el Sr. R. C. está legitimado pasivamente en este procedimiento, al margen de las facultades formales que ostentara. Debe recordarse además que, como miembro del Consejo de Administración de E., el Vicepresidente era*

*responsable de su actuación de acuerdo con la Ley de Sociedades Anónimas y en ningún caso puede afirmarse que su cargo era “meramente honorífico” por más que no tuviera funciones ejecutivas.*

El Tribunal de Cuentas observa que pretender que se acepte que el hecho de haber sido nombrado administrador social de una empresa pública municipal sin que expresamente se le otorguen facultades decisivas de la gestión patrimonial, no puede justificarse en la exclusión de responsabilidad en el evento de una indebida gestión de fondos públicos:

*“El hecho de haber sido nombrado administrador social de una empresa pública municipal (y haber aceptado dicho cargo) carece de eficacia jurídica en relación con los daños ocasionados al patrimonio público por la gestión social, no puede sino calificarse como ilusorio.”*

*La aceptación del cargo de administrador social, que es un acto voluntario, conlleva consigo que el administrador, no sólo se vea investido de una serie de facultades en orden a la administración y representación de la sociedad, sino también de una serie de obligaciones entre las que se encuentra la de desempeñar el cargo «con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal» (arts. 61.1 LSRL y 17 de los estatutos sociales de E. 2000, S.L., obrantes a los folios 530 y siguientes de la pieza principal), lo que conlleva, por imperativo legal conforme al artículo 133 LSA antes citado, que sea responsable de los daños que pudieran derivarse de la gestión social.*

Además este tipo de omisiones en la determinación de las funciones de cargos de este nivel, conlleva casi de manera directa la ocurrencia futura de faltas administrativas que en algunos eventos, como en este, llegan a comprometer el patrimonio público, con

lo cual la debida diligencia viene viciada desde este tipo de negligencias en lo que se consagra como deberes en los estatutos, contratos o reglamentos o cualquier otra forma de acuerdo que vincula al gestor en las funciones de trascendencia patrimonial:

*“Desde luego, la afirmación de los apelantes de que el desempeño del cargo de administrador fue meramente formal y que fueron ajenos a la gestión social supone, por sí, reconocer que actuaron, precisamente, al margen de la diligencia exigible a un ordenado empresario o representante leal, esto es, con grave negligencia.”*

*Ha quedado probada y motivada en Derecho, por tanto, la condición de legitimado pasivo concurrente en el Sr. R. C., lo que implica además que se dio en su conducta uno de los elementos configuradores de la responsabilidad contable, en concreto el que se refiere a la calidad de gestor de caudales públicos. El citado demandado, como ya se ha dicho, era Vicepresidente del Consejo de Administración de la empresa pública y, en su condición de tal, aunque ejerciendo funciones que no tenía formalmente atribuidas, gestionó materialmente los caudales de la empresa que se han visto menoscabados. Esta Sala de Justicia ha tenido ocasión de indicar<sup>228</sup> que basta con que el gestor de los fondos públicos actúe de facto sobre los mismos para que pueda existir responsabilidad contable, aunque carezca de título jurídico suficiente que justifique su actuación...”*

Esta misma posición ha sido sostenida por el Tribunal de Cuentas, como en el caso de sentencias como la sentencia de esta Sala 17/2007, de 26 de septiembre;

*“En particular, la resolución citada afirma lo siguiente: “Como se ha indicado, la defensa de los apelantes coinciden en calificar la gestión en la sociedad municipal de los SRES. M. P. y P. C-C. como meramente formal,*

---

<sup>228</sup> Sentencia 19/05, de 27 de octubre.

*no habiendo tenido a su cargo el manejo o gestión de los fondos públicos adscritos a la sociedad E. 2000, S.L., pues las funciones de los miembros del Consejo de Administración se limitaban a “firmar” las cuentas anuales, una vez auditadas, a fin de que las mismas tuvieran acceso al Registro Mercantil.*

*En concreto, la representación procesal de DON MODESTO P. C-C. llega a decir que la obligación de desempeñar el cargo de administrador, con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal, no incumbía a su representado, sino al propietario del patrimonio social que no era otro que el Ayuntamiento de Marbella.”*

Ante estos argumentos el Tribunal de Cuentas rechaza la alegación que el cargo de los administradores pueda ser meramente formal y considera que la aceptación del cargo supone para los miembros del Consejo de Administración la asunción, por imperativo legal, de una responsabilidad que queda igualmente reflejada en los estatutos de la sociedad.

En conclusión, puede decirse que el Tribunal de Cuentas, ha reconocido en el deber material de las funciones del cargo que pueden llegar a ostentar servidores públicos o particulares en el ejercicio de funciones públicas, la exigencia de responsabilidad contable que puede llegar a derivarse del ejercicio de su cargo, pues el concepto de gestor de fondos públicos es reconocido en un concepto *amplio* y no se limita a lo que reglamentariamente, contractual o estatutariamente haya acordado desempeñar el servidor, sino que observa de hecho la relación material de sus tareas y obligaciones no solo con la ejecución real y concretas de las mismas sino con el deber de diligencia y cuidado que este tipo de deberes le debe merecer.

Ha resaltado el Tribunal, que ninguno de los preceptos reguladores de la responsabilidad contable se refiere exclusivamente a los funcionarios o autoridades como exclusivos

sujetos pasivos. Por el contrario, se habla en todos ellos de personas encargadas de la recaudación, custodia, manejo o utilización de los caudales o efectos públicos.

La participación en la actividad económico financiera de un ente público, en el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos.

Pues la responsabilidad contable surge, en todo caso, en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia, a saber, el cargo o entrega de los fondos, y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca la data, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien sea bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas o entrega de las cantidades recibidas en interés de un tercero. Acreditado un cargo y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas, lo que denominamos un alcance de fondos.

No obstante, retomando, los hechos de la sentencia anteriormente analizada, podría considerarse que más que responsabilidad a la autoridad o particular que en el ejercicio de funciones representa a al ente o persona jurídica pública y que incurre en gestiones de menoscabo y detrimento a los recursos estatales, debería hacerse extensiva en cierta medida, aunque a título subsidiario<sup>229</sup>, la responsabilidad a los servidores o miembros de la sociedad o ente administrativo que mediante acciones negligentes ponen riesgo el patrimonio público al no delimitar y comprender debidamente de acuerdo a la ley y finalidad social y publico, el ámbito de competencia y alcance que puede llegar a tener el sujeto que se involucre o deba involucrarse en la gestión económica financiera de la

---

<sup>229</sup> Si se toma en cuenta que de acuerdo a la ley orgánica artículo 43, incurren en este tipo de responsabilidad quienes por demora o negligencia permitan la ocurrencia de los hechos constitutivos de menoscabo o daño.



empresa o ente administrativo y que en definitiva puede llegar a disponer de los recursos e intereses económicos del Estado.

## **1.2. Gestor fiscal**

*La ley 610 de 2000, define a través de su artículo 3 lo que debe entenderse por gestión fiscal, en tal sentido indica que, se entiende por Gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.*

*De otra parte, a través de su artículo 4 la Ley, define el objeto de la responsabilidad fiscal como : “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.”*

*El artículo 6º de la ley 610 de 2000, por su parte establece, que se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.*

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

De lo anterior, puede analizarse que la realización de daño patrimonial, conlleva necesariamente la actividad de gestión fiscal la que puede llevarse cabo de actividades jurídicas, económicas, tecnológicas, que impliquen la erogación, y disposición de dineros públicos, lo que se entiende como gestión fiscal y por lo tanto otorga en el agente de tales conductas la calidad de *gestor fiscal*. Es decir, que quienes incurran en responsabilidad fiscal, lo hacen por una conducta derivada de su ejercicio como gestores fiscales o en su calidad de contribución del daño al patrimonio público.

Al respecto, como se ha mencionado, la Corte constitucional se ha pronunciado a través de sentencias de constitucionalidad en las que define lo que debe entenderse por *contribución* al daño patrimonial del Estado.<sup>230</sup> En tal sentido, concluye que la contribución ha de ser directa y necesaria para la configuración del daño. Sin embargo, como se entiende, la responsabilidad por contribución al daño, corresponde a agentes que no tienen de manera directa la connotación de administradores de bienes o recursos públicos, y el tipo de participación para la configuración del daño debe demostrarse y juzgarse bajo el criterio del operador jurídico.

### **1.3. Legitimación por pasiva**

Tienen la legitimación por pasiva quienes sean demandados en la acción de

---

<sup>230</sup> Sentencia Corte Constitucional de Colombia, en la que declara exequible condicionalmente la expresión “contribuyan al daño”

responsabilidad contable, esto es a quienes se les acusa de la comisión del daño o menoscabo patrimonial. De acuerdo a la lógica de los requisitos constitutivos de responsabilidad contable, debe demostrarse que el demandado ostentaba la calidad de gestor de fondos públicos y que con ocasión a su conducta permitió la ocurrencia del hecho dañoso para el patrimonio del Estado.

Al respecto el Tribunal de Cuentas se ha pronunciado en eventos en los que se produce el daño cuando el gestor ya no se encontraba en tal condición al haber perdido o dejado de desempeñar sus funciones con anterioridad a este hecho.

En sentencia del 22 de 2011, el Tribunal de cuentas concluye, que debe analizarse la causa que da origen al daño, pues el hecho que el gestor fiscal al momento de la ocurrencia efectiva del daño ya no ostentara esta calidad, no lo exime de responsabilidad al romperse aparentemente el nexo causal que conectaba la condición de gestor, la conducta y el resultado dañoso, ya que la acción del gestor daba necesariamente lugar a la ocurrencia del hecho, pues como se analiza en los hechos particulares de la sentencia, si bien el pago efectivo del dinero se presenta cuando el gestor ya no es vicepresidente si constituye una orden de la que no hubiera podido eludirse el tesorero que presumía la validez y legalidad del acto. Menciona el Tribunal:

*“Tampoco cabe estimar la alegación de que no se puede imputar responsabilidad a los administradores ya que ellos cesaron en sus cargos antes de la aprobación de las cuentas del ejercicio en que se cometieron las irregularidades porque la responsabilidad que se les imputa no surge con la aprobación de las cuentas sino con su actuación omisiva en el desempeño de las funciones que legalmente tenían atribuidas.”*

Entiende el Tribunal, a efectos de analizar la legitimación pasiva de los administradores de la sociedad que había cesado en su cargo cuando se hicieron los pagos indebidos, que lo relevante no es la fecha de ese pago sino cuando se ordenó el

mismo.

Sin embargo, habría que analizar además que la legitimación por pasiva, no solo en este caso, sino en todos los supuestos facticos en los que se pudiera presentar responsabilidad contable, debería ligarse por regla general no solamente a los deberes de servidores o particulares en el ejercicio de funciones públicas administren o dirijan el curso de entidades o establecimientos públicos, sino a todos los funcionarios o sujetos que en el contexto de actividades económica financiera de la entidad, participen en la erogación, disposición y administración de recursos.

En este sentido, si bien, en este caso se halló responsabilidad en los administradores como gestores de fondos públicos, debe considerarse que el tesorero pudo haber contribuido también en la comisión del hecho dañoso, ya que de acuerdo al deber y diligencia de los servidores públicos, así como en sus funciones particulares de tesorería que lleva implícito el reconocimiento de las normas de gestión presupuestal y de contabilidad, funcionarios que realizan este tipo de cargos deben analizar la viabilidad de gestiones y pagos antes de proceder a su efectivo desembolso. En el caso de la Ley 111 de 1996,<sup>231</sup> establece como requisitos al tesorero verificar documentalmente los soportes del pago así como la competencia funcional de la autoridad que lo expide. De esta forma la legitimación por pasiva debe involucrar a todos los gestores de fondos públicos que participaron en la ocurrencia del hecho dañoso al patrimonio del Estado.

#### **1.4 Condición del Gestor como sujeto de obligaciones y derechos.**

En sentencias el Tribunal de Cuentas, ha definido que la condición de gestor de fondos públicos, recae como en cualquier tipo de responsabilidad, en sujetos titulares de derechos y obligaciones.

---

<sup>231</sup> Ley General de Presupuesto de Colombia.

Si bien no puede desconocerse que pueden presentarse eventos en los que el dinero o subvención se dirige al cumplimiento de ayudas o préstamos para determinados proyectos u obligaciones de tipo legal o reglamentario, estos recursos con destinados para tal finalidad, entran al garantizar la ejecución económica de formas asociativas que no cuentan con personería jurídica y en tal sentido, tal el patrimonio el existen a pesar de no poseer personalidad jurídica, como es el caso de los partidos políticos.

No obstante advierte el Tribunal de Cuentas, que a esta clase de asociaciones, a pesar de no tener personería jurídica, le son reconocidas determinadas obligaciones en materia contable y económica. En ese plano, su actividad puede suponer la percepción de recursos procedentes de la financiación pública y, en contrapartida, el sometimiento al control económico- financiero del Tribunal de Cuentas, en el marco de las normas sobre financiación de grupos políticos, cuyo exponente es, fundamentalmente, la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, modificada por la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo.”

Establece en tal sentido el Tribunal que en el evento en que no se justifican adecuadamente la utilización de los dineros dados para su financiamiento los miembros de los partidos políticos estarían incurriendo en responsabilidad contable de manera subsidiaria o directa, de acuerdo a su participación en la realización de la falta. Se entiende, además, como acto demandable por responsabilidad contable que la destinación de los dineros del financiamiento obedezcan a gastos que escapen la órbita de su circunscripción territorial política a menos que se justifique debidamente lo contrario.

#### **1.5. Responsabilidad directa y subsidiaria:**

La ley 2 de 1982, establece que los responsables contables, pueden incurrir en esta conducta, a través de responsabilidad directa y responsabilidad subsidiaria, define la responsabilidad directa y la subsidiaria en los siguientes términos:

Recordemos que la ley <sup>232</sup> establece que el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados. La responsabilidad podrá ser directa o subsidiaria. Además, La responsabilidad directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados. Respecto a los responsables subsidiarios, la cuantía de su responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa. Las responsabilidades, tanto directas como subsidiarias, se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma.

De otra parte, el 39 de la ley contempla que quedarán exentos de responsabilidad quienes actuaren en virtud de obediencia debida, siempre que hubieren advertido por escrito la imprudencia o legalidad de la correspondiente orden, con las razones en que se funden.

Tampoco se exigirá responsabilidad cuando el retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos sea debido al incumplimiento por otros de sus obligaciones específicas, siempre que el responsable así lo haya hecho constar por escrito.

Además, conforme lo establece el precepto legal<sup>233</sup> no habrá lugar a la exigencia de responsabilidad subsidiaria cuando se pruebe que el presunto responsable no pudo cumplir las obligaciones, cuya omisión es causa de aquélla, con los medios personales y materiales que tuviere a su disposición en el momento de producirse los hechos.

---

<sup>232</sup> Artículo treinta y ocho LOTCu 2 de 1982.

<sup>233</sup> Artículo 40 LOTCu 2 de 1982.

También prevé la ley esta posibilidad de exclusión de responsabilidad, cuando no existiere imposibilidad material para el cumplimiento de tales obligaciones, pero el esfuerzo que hubiera de exigirse al funcionario para ello resultara desproporcionado por el correspondiente a la naturaleza de su cargo, podrá atenuarse la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo treinta y ocho de esta Ley.

**La responsabilidad directa**<sup>234</sup>, de acuerdo como lo establece la ley serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución.

**La responsabilidad subsidiaria**, Conforme al artículo 43 de la ley 2 de 1982, son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas. La exigencia de responsabilidades subsidiarias sólo procede cuando no hayan podido hacerse efectivas las directas.

La jurisprudencia del Tribunal de Cuentas ha establecido que la diligencia comprende no solo las previsiones y cuidados reglamentarios sino además todos aquellos que la técnica y la prudencia impongan para evitar el resultado dañoso. Al respecto el tribunal encuentra responsabilidad en un registrador que no notifico a tiempo una liquidación complementaria permitiendo la prescripción del impuesto. La falta de notificación constituye una inobservancia de la debida diligencia, y no queda subsanada por el hecho de que se haya remitido a la administración la certificación de descubierto antes de haber transcurrido el plazo de prescripción.<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> Artículo 42 LOTCu 2 de 1982.

<sup>235</sup> Sentencia del Tribunal de cuentas 16 de 1999

De otra parte, el Tribunal de Cuentas mediante sentencias como la 4 de 2011, define las condiciones bajo las cuales el responsable fiscal puede responder mediante responsabilidad directa, y no a través de simple responsabilidad subsidiaria. En esta sentencia, se demandan a los miembros del Consejo de Administración de responsabilidad mercantil, por su conducta omisiva en la no conducta *in vigilando* de los encargados de justificar la situación de incobrabilidad de títulos a favor de la empresa, es decir por no vigilar adecuadamente el deber de los funcionarios contables en el cobro oportuno de títulos y deudas a favor de la sociedad.

El Tribunal decide observando así, responsabilidad de administradores de entes con capital público que pueden incurrir en responsabilidad en razón a su deber de vigilancia de las labores de gestión y manejo de fondos públicos, así en el tráfico efectivo de las actividades de esta empresa o ente administrativo no tenga relación directa con tales labores económico financieras.

Los representantes alegan que estas actuaciones de gestión se encontraban fuera de su órbita de actuación, entre tanto no les corresponde realizar labores contables, por lo que solicitan en recurso de apelación al Tribunal que no se les reconozca responsabilidad directa de los hechos generadores del daño.

A través de los argumentos esgrimidos en la consideración decimo tercera de la sentencia del Tribunal de Cuentas, se define la responsabilidad directa de los miembros de esta sociedad por su conducta omisiva en las labores *in vigilando* que les corresponden, *con independencia de la mayor o menor corrección de conductas ajenas*. La sentencia esgrime lo siguiente:

*“Debe analizarse si la conducta de los miembros del Consejo de Administración de la entidad mercantil Compras 2.000, S.L. es*



*constitutiva de responsabilidad contable directa.*

*La representación de Don Julián Felipe M. P. señala que la responsabilidad contable directa sólo se atribuye por actos propios y nunca por responsabilidades derivadas de actos ajenos, y que el cargo de Presidente del Consejo de Administración que ostentaba su representado cuando ocurrieron los hechos enjuiciados en este recurso de apelación, era puramente formal e institucional, por lo que no tuvo participación directa en los mismos. Asimismo, esta parte entiende que no existe dolo ni culpa en la conducta de su mandante, ni vulneración de norma contable o presupuestaria, ni daño a los caudales p<sup>u</sup>blicos.*

*La representación de los señores P. C. C. y G. L. afirma que los miembros del Consejo de Administración no realizaron actuación alguna, ya que era el Sr. J. quien administraba y gestionaba la entidad mercantil y reitera que son otras las personas las que deberían haber sido demandadas. Señala esta parte que tampoco cabe imputar a sus representados culpa in vigilando, si bien la omisión de la actividad de vigilancia por razón del cargo, en todo caso, podría dar lugar a la declaración de responsabilidad subsidiaria, pero no directa.”*

La sentencia esclarece además lo concerniente a la exigencia de deberes que pueden llegar a incumplirse por gestores de fondos p<sup>u</sup>blicos por omisión en sus labores; tendientes a la debida verificación y control del curso adecuado de las actividades que demandan la administración de dineros p<sup>u</sup>blicos. Es así como en definitiva el Tribunal acoge los motivos que argumenta la defensa del ayuntamiento afectado, así como los fundamentos del ministerio p<sup>u</sup>blico, expuestos en los que se observa responsabilidad directa en los miembros del consejo de la sociedad de este ayuntamiento:

*“El Ayuntamiento de Marbella alega que no hay duda de la responsabilidad de los ahora apelantes, en la medida en que ha quedado demostrada su condición de gestores de los fondos de la sociedad, y aunque existía un*

*gerente con amplias facultades, ello no exonera de su responsabilidad a los miembros del Consejo de Administración de la mercantil Compras 2.000 S.L. , sin cuya completa pasividad en el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas la de rendir las cuentas ante la Junta General, los daños no habrían tenido lugar.*

*Y el Ministerio Fiscal afirma que concurren los requisitos necesarios para declarar la existencia de alcance imputable a los miembros del Consejo de Administración por no adoptar las medidas necesarias en el desempeño de sus cargos para evitar que se produjera éste.”*

El Tribunal falla encontrando responsabilidad directa en los miembros del consejo de la sociedad mercantil del ayuntamiento al observar absoluta omisión de la diligencia debida en el desempeño de sus funciones, ya que es innegable que si se hubiesen adoptado por éstos en el ejercicio de su función de control y rendición de cuentas las especiales cautelas exigibles a un gestor de fondos públicos, podría haberse evitado que se hubieran producido los daños:

*“Los propios miembros del Consejo de Administración han reconocido que sus cargos eran meramente formales, que la gestión se la encomendaron al Gerente pero que en ningún momento ejercieron el control de la sociedad, y que se limitaron a cumplir las órdenes del Ayuntamiento. Este reconocimiento supone admitir su actuación omisiva, que fue la determinante de los daños causados a la entidad mercantil y la que permitió al Ayuntamiento de Marbella crear el entramado societario que dio lugar a las transferencias de fondos y a la declaración de los numerosos alcances por parte de esta jurisdicción contable en los caudales públicos de la Corporación Local.*

*Por ello, la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración en*

*los hechos enjuiciados es una responsabilidad directa por actos propios, consistiendo éstos en una actuación omisiva deliberada en el desempeño de todas sus funciones que dió lugar a los daños causados en los fondos públicos. Esa omisión de la diligencia exigible a los administradores permitió el pago de la minuta del Letrado D. José María del N. B. sin haber quedado acreditada la contraprestación realizada, la declaración de derechos como incobrables sin tener constancia de las gestiones realizadas para su cobro y la realización de pagos sin título justificativo alguno.*

En cuanto a la mayor o menor corrección de las conductas ajenas, el Tribunal agrega además en la fundamentación de su fallo que el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias.

*“Por último, cabe señalar que en el presente recurso de apelación se enjuicia la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración y ello con independencia de la mayor o menor corrección de conductas ajenas. En este sentido cabe citar la doctrina de esta Sala de Justicia<sup>236</sup> en la que se dice que el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias.*

*Las irregulares actuaciones imputadas por los apelantes a terceros, ni afectan a su condición de gestores de los fondos públicos menoscabados, ni atenúan el grado de negligencia que impregnó su conducta, ni interrumpen el nexo causal entre ésta y los daños y perjuicios producidos, que sólo pueden explicarse por la absoluta falta de actividad y diligencia en el cumplimiento de las obligaciones expresamente atribuidas por la Ley y por los estatutos de la Sociedad que administraban.”*

---

<sup>236</sup> En Sentencias como la de 24 de julio de 2006 o la de 28 de mayo de 2008.

La jurisprudencia del Tribunal de cuentas, se ha pronunciado además en otros fallos en los que reconoce la relación que la conducta generadora del daño puede derivar de la posición del gestor fondos públicos, es decir que tan próxima o lejana es su participación en la acción o comportamiento que da lugar al menoscabo o detrimento de los dineros públicos en el curso de actividades de la administración, estimando que el puesto o cargo funcional pueda tener suficiente relevancia objetiva como para entender que su irregular desenvolvimiento pudiera ser causa directa de los daños y perjuicios provocados, así como otros supuestos propios de la calidad de gestor público que vislumbren el grado de obligación que se le exige y por ende el de omisión en el que habría incurrido al no atender esta demanda en el ejercicio de sus funciones.

*“Esta conclusión se apoya además en una reiterada doctrina de esta Sala de Justicia respecto al requisito, para la responsabilidad contable, de la cualidad de gestor de los fondos menoscabados. Resulta de particular interés la sentencia 15/1998, de 25 de septiembre, que recoge entre otros los razonamientos siguientes:*

*a) El núcleo de la actividad que corresponda a un determinado puesto, puede tener suficiente relevancia objetiva como para entender que su irregular desenvolvimiento pudiera ser causa directa de los daños y perjuicios provocados.*

*b) Se puede ostentar la condición de gestor de fondos públicos aún cuando no se sea titular de facultades que incluyan “la intervención directa en el manejo de numerario”.*

*c) No sólo se puede incurrir en responsabilidad contable directa por acción, sino también por omisión, es decir, “por no desarrollar la actividad que, estando incluida dentro de las funciones de la gestión encomendada, hubiera evitado los daños y perjuicios sufridos por los caudales y efectos públicos...”*

d) *La responsabilidad contable puede recaer “en el obligado legalmente a justificar la ausencia de numerario y ello aunque su cometido pueda no incluir el manejo de fondos”.*

e) *“El gestor de fondos públicos está obligado a prever el posible menoscabo futuro y a adoptar las medidas necesarias para evitarlo”.*

Como se observa, la responsabilidad contable, involucra diferentes tipos de responsabilidad, en atención al grado de intermediación en la realización de la conducta. La *responsabilidad directa* infiere la injerencia en la comisión de la conducta mediante el ejercicio de actividades que involucren el ejercicio de funciones o deberes propios que por acción u omisión deben procurarse para la adecuada administración de los recursos públicos, mientras que la *responsabilidad subsidiaria* indica el tipo de responsabilidad que deriva como consecuencia de la responsabilidad de otros.

PAJARES Y MEDINA GUIJARRO<sup>237</sup>, entiende que dado el criterio distintivo entre responsabilidad contable directa y responsabilidad contable subsidiaria establecido en LOTCu cabe la posibilidad que la responsabilidad subsidiaria sea exigible por culpa leve o mera negligencia. Si en la responsabilidad subsidiaria se exige negligencia o demora “la mera negligencia o demora, “la mera negligencia o demora no será ya suficiente para calificar la responsabilidad contable directa y entonces el único criterio distintivo entre ambas sería exigir la culpa grave para la ultima y la leve para o mera negligencia como dice la ley para la primera.

Al respecto, si bien la ley 610 de 2000, para el caso colombiano no discrimina las conductas generadoras de responsabilidad directa o subsidiaria, sino que observa responsabilidad solidaria en el grado de participación de los gestores de fondos públicos. Establece además, que responderán a como terceros civilmente

---

<sup>237</sup> PAJARES Y MEDINA GUIJARRO. Ídem.

responsables las aseguradoras también a título solidario, con lo cual al momento de demostrarse el siniestro, la aseguradora reconocerá el pago de lo cobijado y el monto restante será exigible a los gestores fiscales que se hayan encontrado responsables, si bien puede entenderse como una responsabilidad directa por parte de las aseguradoras, no lo es, puesto que pueden llegar a excluirse de responsabilidad y el total del pago corresponderá a los gestores íntegramente.

El artículo 44 de la ley 610 de 2000, establece lo concerniente a la vinculación a los garantes, quienes hacen parte dentro del proceso, en los siguientes términos.

*“Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.*

*La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.”*

#### **1.6. Calidad del agente o gestor contable**

Como puede observarse se han descrito y comentado condiciones particulares que inciden en el gestor de fondos públicos para ser responsable del manejo de recursos y bienes estatales. El gestor de fondos públicos debe tener una efectiva relación con la gestión de recursos públicos y a si no lo evidencie el vínculo legal o contractual que le demande esta labor, si dentro de la naturaleza de su cargo se observa este deber, puede llegar a ser responsable. De otra parte, su grado de conexidad con la conducta o acción dañina, así como, su deber funcional puede denotar la responsabilidad directa o subsidiaria en la que puede incurrir.

Es pertinente mencionar, además, que la jurisprudencia en materia de responsabilidad contable, ha prescrito que si bien el procesado en materia de responsabilidad pueda no tener una relación jurídica en la que indique la plenitud del ejercicio facultades de disposición de bienes y caudales públicos, si del ejercicio natural de su cargo se observa de hecho este grado de relación y ejecución efectiva de tales recursos, podrá incurrir en responsabilidad contable a título inclusive de responsabilidad directa.

Sin embargo, la calidad del agente o gestor de fondos públicos implica una condición necesaria, que no puede obviarse o dar lugar a interpretaciones, como es, la certeza en la obligación de gestión hacia los fondos que le es exigible. Si bien, en algunos casos la relación de gestor fondos públicos con su deber de manejo de estos recursos, no lo evidencia el vínculo legal o contractual que le une a la labor pública en cargos de administración y decisión al interior de entidades o entes públicos, puede dilucidarse esta obligación de la condición natural que merecen estas actividades en el comportamiento económico financiero de la entidad.

No obstante no puede deducirse lo mismo de otro tipo de cargos o vínculos con la administración, en los que además, las labores establecidas en el manual de funciones o contrato, disponen otro tipo de actividad que difieren o se separan de la gestión de fondos públicos.

Al respecto el Tribunal de Cuentas, ha mencionado que aquellos sujetos que realicen, participen, contribuyan o propicien la conducta generadora del daño, que no tengan relación con la labor de fondos públicos, son considerados "*extraneus*", esto es extraños a la responsabilidad contable, si bien pueden incurrir en otro tipo de responsabilidad como es la penal o disciplinaria, dependiendo del alcance de los hechos, no son sujetos demandables en vía de responsabilidad contable.

Pueden mencionarse sentencias de esta Corte, en las que en el Tribunal Supremo en sentencia de casación establece que asesores contratados, no puede incurrir en

responsabilidad contable, puesto que de las obligaciones del contrato que suscribieron con la administración, no denotan que haya sido facultado para el manejo de dinero públicos, acciones que sin embargo ejercieron, y que dieron lugar a la pérdida de caudales públicos.

Al respecto obra voto particular, en el que indica que debería aplicarse el principio en materia penal en el cual quienes llegaren a participar en la comisión de la conducta punible, responderán sobre las consecuencias derivadas de la misma, y en tal sentido, de las derivadas de daño patrimonial.

En servidores públicos que adquieran esta calidad mediante contratos de prestación de servicios de asesoría, si bien el daño patrimonial al estado, puede llegar a ser cobrable mediante la constitución en parte civil dentro del proceso penal, si llegare a existir, no constituirá en todo caso responsabilidad contable.

En este orden de ideas, debe mencionarse que la legislación colombiana, al definir el daño antijurídico establece que, pueden llegar a ser responsables fiscalmente quienes “contribuyan” a este daño, en la medida que su contribución hay sido directa y necesaria para la configuración de la conducta, con lo cual personas que llegaren a tener este tipo de relación o acceso a dineros públicos podrían llegar a verse sujetas al régimen de responsabilidad fiscal .

No obstante, si bien, es una expresión que permite que pueda determinarse responsabilidad en sujetos que participan en la conducta, el requisito de ser su conducta, dentro del hecho generador del daño, directa y necesaria abre lugar a múltiples interpretaciones, con lo que faltaría un poco mas de exactitud de la ley para que la apreciación en el operador jurídico, al respecto, no llegara a ser tan discrecional.

#### **Condición de “*extraneus*” en la generación del daño o menoscabo patrimonial**



Mediante jurisprudencia, el Tribunal de Cuentas ha venido sentando posición al respecto del concepto de sujeto “extraneus” en la ocurrencia de daño o menoscabo patrimonial al Estado, mediante Sentencia del Tribunal Supremo en recurso de casación al fallo del Tribunal de Cuentas<sup>238</sup>, el Tribunal Supremo confirma la exoneración de responsabilidad contable en sujetos *extraneus*, sin desconocer la responsabilidad penal que pudiera haber, al establece que sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público, pues lo contrario sería invadir la órbita de competencias al determinarse responsabilidad contable en eventos en los que corresponde la responsabilidad de terceros contra la administración, e invadir la competencia de la jurisdicción propia que decide este tipo de procesos .

*—De sostenerse la tesis contraria de que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable alcanza a cualquier persona, entonces la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales. Pero es que, además, dicha tesis aparece corroborada por el art. 39 y siguientes de la propia Ley, en cuanto recogen, como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; así, las alusiones a la obediencia debida --art. 39.1 --, al retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos --art.- 39.2 --, a la falta de medios o esfuerzo a exigir a los funcionales -- art. 40--.*

*De otra parte se debería considerar que el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra "... todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos...", debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello*

---

<sup>238</sup> Sentencia 17 de Abril de 2008 en el recurso de casación nº7.452/02

*porque el término cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado, y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas.*

Concluye el Tribunal Supremo, diciendo además, que no es adecuado hablar de cooperación directa del “extraneus” a la conducta, pues al no tener relación material con las funciones de gestión de fondos no puede generar responsabilidad contable.

*“—No tiene razón el recurrente, al aludir al art. 42.1 de la LOTCU, para apoyar su tesis, en cuanto establece que serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución. Sin embargo, la cooperación o encubrimiento a que se refiere el precepto no pueden ser interpretados sino en relación con el procedimiento de gestión económica de los fondos públicos, esto es, cuando se imputan a los que manejan fondos públicos y no han sido autores materiales por ejecución, por lo que la condición de cuentadante de fondos públicos no puede faltar, en cuanto constituye un presupuesto de exigibilidad en una acción de responsabilidad contable.”*

Indica, de otra parte el Tribunal Supremo, que en la medida que una persona ajena a la condición de gestor fondos públicos realice la conducta generadora del daño, se entiende que la administración hará exigible la reparación del daño ante la justicia civil contra el tercero.

*La responsabilidad contable no se identifica, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o causales públicos, causen daños a éstos, bien directamente,*

*bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de "responsabilidad civil frente a la Administración pública", para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho (sentencia de 7 de junio de 1999)."*

Es así como la tesis del apoderado del Estado que solicitó la casación de la sentencia, a efectos que se condenara responsabilidad a estas personas, bajo el concepto que su conducta podría considerarse como "extraneus" cooperador necesario y ser incluidos también en el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, de acuerdo al art. 42 de la **LOTCU**, en coherencia, según su entender, con la interpretación que señala el Código Penal en el art. 28b), no fue acogida por el Tribunal, pues no pueden ser llamadas al proceso, junto con cuentadantes, personas que hayan contribuido en la realización del alcance, aunque no ostenten tal condición.

Recuerda el Tribunal Supremo que en sentencias como la sentencia de 8 de Noviembre de 2006<sup>239</sup>, tuvo ocasión de pronunciarse, confirmando el criterio que mantiene el Tribunal de Cuentas sobre la improcedencia de declarar responsable en la jurisdicción contable a quien no tenga la condición de gestor de fondos públicos. En esa sentencia se dijo:

“Que los denominados elementos calificadores de la responsabilidad contable son los siguientes: En primer lugar, que sólo podrán incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. En segundo lugar, que no toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo, será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá, además, que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos y en tercer lugar, que la infracción legal se refiere a las obligaciones impuestas por

---

<sup>239</sup> Sentencia proferida al decidir el recurso de casación de casación 4048/2001.

las Leyes reguladoras de la Contabilidad Pública y del régimen presupuestado aplicables al sector público de que se trate o a las personas o entidades receptoras de ayudas con rango o procedentes de dicho sector.”

Con lo cual, una interpretación integradora de tales preceptos lleva a entender que la responsabilidad contable está siempre vinculada o en correspondencia así, al manejo de caudales o efectos públicos, pues como lo establece la sentencia, los arts. 15 y 38 de Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, denotan la existencia de responsabilidad en torno a los conceptos de caudales públicos o efectos públicos, y así, en la medida que se hayan originado daños a los fondos públicos se abre la posibilidad de declarar responsabilidades contables siempre que concurren los requisitos establecidos en la Ley.

Advierte el Tribunal Supremo que aunque es cierto que la doctrina que se mantiene puede fragmentar la continencia de la causa y obliga a la Administración a acudir a un incidente de ejecución de sentencia penal o a la vía civil, una vez determinada la cuantía del alcance por el Tribunal de Cuentas, para conseguir también la condena de los terceros, de forma solidaria, con los declarados responsables directos por la Jurisdicción Contable, no lo es menos que las responsabilidades conexas imputables a personas sujetas a distintas jurisdicciones no está expresamente regulada en relación con la jurisdicción contable, por lo que únicamente cabe hablar de responsabilidad contable cuando afecta a los que deban rendir cuentas por el manejo de fondos públicos, sin que, en consecuencia, sea posible extender el enjuiciamiento al "extraneus", aunque resulten cooperadores necesarios.

Finalmente, como lo indica el Tribunal Supremo la posibilidad de condenar al "extraneus" en los tipos delictivos específicos previstos para castigar a sujetos activos caracterizados por su especial cualificación, no puede ser aplicable en el ámbito de la Jurisdicción Contable, ante la falta de un precepto específico que permita condenar junto a un cuentadante a un tercero por razón de unos mismos hechos, existiendo concierto de voluntades y un consiguiente alcance de caudales públicos.

## **Relación causal del “extraneus”<sup>240</sup> lejana al vínculo jurídico por el que realiza daño patrimonial al Estado.**

Mediante este concepto pueden contemplarse eventos en los que la intervención del “extranei” trasciende ms allá del vínculo jurídico que dio lugar al daño patrimonial, es tal sentido, se encuentran sentencias, como la Sentencias del Tribunal Supremo, en las que se exonera de responsabilidad a sociedades que fueron subcontratadas por la persona jurídica subvencionada en un contrato con el Estado.

La persona jurídica subvencionada subcontrato la ejecución del contrato a terceros, quienes al incumplir, comprometieron el dinero de los fondos de la subvención y el subvencionado no pudo cumplir con el objeto de esta ayuda estatal.

La relación causal en este tipo de eventos, es lejana, pues las partes contratantes son las únicas que deben responder a las contraprestaciones originadas del pacto o convenio establecido, con lo cual, el recurso de casación ante el Tribunal, fundamentado en la posibilidad de exigir responsabilidad contable a estos sujetos “*extranei*”, más que inadecuada, al analizar que el grado de cooperación del tercero en el detrimento patrimonial pierde consideración alguna en que no puede alegarse su condición de tercero responsable ante la administración, pues solo lo sería el subvencionado, si se acogiera esta tesis, no solo el responsable no contaría con la calidad de gestor de dineros públicos sino que se perdería la relación causal del sujeto con la producción del daño, y así, este tipo de sujetos no pueden ser responsables contables.

---

<sup>240</sup> Al respecto mediante Audiencia Nacional de 19 de septiembre de 2000, se señala, que la responsabilidad de algunos <<extranei>> que fueron condenados por malversación de fondos públicos debía ser fijada por el Tribunal de Cuentas. El Tribunal Supremo aclara el respecto, que en relación con esta cita jurisprudencial, debería entenderse que no dio a una resolución dictada en primera instancia por la Audiencia Nacional el 19 de septiembre de 2000 sino a una de la misma fecha pronunciada por el Tribunal Militar Central, debe decirse que la sentencia dictada por este último Tribunal citado lejos de atribuir al Tribunal de Cuentas la determinación de las responsabilidades civiles no sólo de los autores, strictu sensu, sino también de los denominados extranei (cooperadores necesarios y cómplices), tal como expone el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, lo que en realidad lleva a cabo el Tribunal Militar Central es un mero pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles derivadas de los delitos juzgados, lo que parece contrario al artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982 y al 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, que reservan a la jurisdicción contable la determinación de la responsabilidad civil de los gestores públicos derivada de delitos generadores de responsabilidad contable, ordenando al tribunal penal competente abstenerse de conocer de la misma, y correspondiendo al Tribunal de Cuentas con carácter exclusivo tanto la determinación de dicha responsabilidad civil como la declaración de quienes deben considerarse responsables, así como también la ejecución de la misma. Decide entonces, el Tribunal Supremo, desestimando el recurso, entre tanto, como ha tenido ya ocasión de resolver en varias ocasiones análogas controversias, a través de sus resoluciones de 29 de julio de 1992, 26 de marzo de 1993, 3 de julio de 2000, 28 de febrero de 2001 y 15 de marzo de 2001, que el responsable contable debe tener la calidad de administrador o efectivo ordenador de fondos públicos.

Mediante sentencia del Tribunal Supremo en decisión al recurso de casación<sup>241</sup> considera que no existe legitimación pasiva en los demandados <<ARGOS<sup>242</sup>>>, <<Cáceres Centro de Formación, S.L.>>,<<Sociedad de Formación Badajoz, S.L.>> y D. Eusebio , ya que su participación en los hechos, especialmente tipificados para los que ostentan la condición de funcionario público o autoridad o reúnen la circunstancia de disponibilidad de caudales públicos, declarando que el tercero que coopera al hecho, aunque no sea funcionario o no tenga la disponibilidad de caudales públicos, no podrá cometerlo conforme al nº 1 del artículo 28 del Código Penal, pero sí puede hacerlo según el núm. 2 de este artículo, si es consciente y colabora a que estos caudales, cuya naturaleza conoce, sean dilapidados por la persona encargada de su custodia.

Incluso, no puede dejarse de reconocer que para salvar el principio de legalidad, en cuanto el Tribunal Supremo aplicaba en estos casos la atenuante analógica 6ª del artículo 21 del Código Penal, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, que reforma el Código Penal, añadió un nuevo número al art. 65, contemplándose, ahora de forma expresa, la participación del extraneus en un delito especial propio, y estableciendo que "*cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que*

---

<sup>241</sup> Roj: STS 735/2009: Recurso casación.

<sup>242</sup> En concordancia con la audiencia Nacional de 19 de septiembre de 2000, no es dable no cabe afirmar que los demandados ARGOS, Cáceres Centro de Formación, S.L, Sociedad de Formación Badajoz, S.L. y D. Eusebio ostentaron, en relación con los hechos examinados, la condición de gestores de fondos públicos o de preceptores de subvención u otras ayudas públicas, pues en relación con los mismos aparecen como gestores de sus propios y respectivos patrimonios sin encomienda pública alguna y sin relación jurídica subvencional con el Instituto Nacional de Empleo o con FORCEM que los introdujera en el círculo de cuentadantes obligados a justificar fondos públicos recibidos.

En tal medida, sin perjuicio de otras responsabilidades que en su caso pudieran serles exigidas en otras órdenes jurisdiccionales, resulta incuestionable que a dichos demandados, al carecer de la condición de gestores de fondos públicos o de preceptores de subvenciones, no puede de ningún modo considerárseles sujetos de imputación de posibles responsabilidades contables, ratificándose la falta de legitimación pasiva de los mismos declarada en primera instancia, con desestimación del recurso de apelación planteado por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, Esta sentencia recoge el *VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. EMILIO FRIAS PONCE A LA SENTENCIA DICTADA CON FECHA 4 DE FEBRERO DE 2009 EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 10.683/2004, por el que discrepa el magistrado con al decisión de la sentencia, como lo expreso además, en el voto que hizo a la sentencia de 17 de abril de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 7.452/02, que ya se mencionaron.*

*fundamentan la culpabilidad del autor los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate".*

Pues bien, si la punibilidad del extraneus se admite sin discusión en la actualidad, teniendo ahora el debido soporte legal, no resulta razonable mantener que esta solución no resulta aplicable al ámbito de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, por falta de regulación específica, cuando le corresponde la fijación de la indemnización derivada de delitos que suponen menoscabo de caudales públicos, ante lo que disponen los artículos 18.2 de la **LOT** y 49.3 de la **LFT**.

Además, en el presente caso no hay que olvidar que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en cuanto a la responsabilidad civil, declaró que no procedía hacer pronunciamiento, no sólo por la indeterminación precisa de lo apropiado, sino también para dejar a salvo la responsabilidad que, en su ámbito y, en su caso, determinase el Tribunal de Cuentas, sin excluir la responsabilidad de los terceros.

Por todo ello, no puede compartir el criterio de la mayoría, entendiendo que la Sala debió dar un paso más en la interpretación de la normativa existente, superando su deficiente regulación, sin que todo ello implique desconocer el ámbito subjetivo y objetivo de la jurisdicción contable, puesto que una cosa es que su actuación tenga que circunscribirse a la responsabilidad de quienes reciben caudales públicos para su gestión, y otra que no pueda extenderse también frente a quienes, sin ostentar tal condición, participan en el hecho y colaboran en el menoscabo.

Además, esta solución agiliza la tramitación, evita disfunciones no deseables y sobre todo el peregrinaje jurídico-judicial, máxime cuando la concreción de los daños a los fondos públicos corresponde al Tribunal de Cuentas.

De mantenerse el criterio de la mayoría en caso de indeterminación de lo apropiado en el momento de la sentencia, tendría que ser el Tribunal Penal quien tuviera que proseguir las actuaciones en la pieza de responsabilidad civil, sólo respecto de los

terceros, lo que no resulta lógico.

Además, que tampoco cabe desconocer que el orden civil tampoco podría decidir en estos casos hasta que el Tribunal de Cuentas resolviese conforme a su competencia, al quedar vinculados los tribunales civiles a la decisión que se adopte, como establece el art. 42.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo expuesto, entiende el magistrado que procedía la estimación del recurso interpuesto, y casar la sentencia recurrida, en el extremo impugnado, accediendo a las peticiones que formulaba el Abogado del Estado.

### **Consideración:**

La participación en la actividad económico financiera de un ente público, hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de responsabilidades contables. La responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación sino del menoscabo de caudales públicos. Por tanto el hecho de haber estado el recurrente encargado de la recaudación municipal del ayuntamiento fuera contractual y no funcional, determina que se puedan exigir las responsabilidades contables derivadas de su gestión.<sup>243</sup>

### **Argumentos a favor de la Condición de “*extraneus*” como generación del daño o menoscabo patrimonial**

No se cuestiona<sup>244</sup> que la condición de cuentadante sea un presupuesto para la acción de responsabilidad contable, por lo que, en principio, la jurisdicción contable no tiene por

---

<sup>243</sup> Stcu 26 de noviembre de 1999

<sup>244</sup> Magistrado D. Emilio Frías Ponce hace voto particular a la sentencia dictada con fecha 17 de Abril de 2008 en el recurso de casación nº 7.452/02



finalidad el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad de terceros frente a la Administración, cuando sólo figuran éstos como demandados.

Se considera sin embargo, que si la acción se dirige contra un cuentadante y un tercero por razón de unos mismos hechos, existiendo concierto de voluntades y una malversación de caudales públicos declarada por sentencia penal firme, como ocurre en este caso, debería entenderse que la jurisdicción contable debe ser la competente para conocer de la responsabilidad contable de todos los implicados, incluidos los cooperadores necesarios, aunque no sean cuentadantes, para evitar que se divida la continenencia de la causa.

Por otra parte, estima que subordinar la legitimación pasiva de todos los responsables a que sean cuentadantes, de hecho o de derecho, prescindiendo de quienes no sean parte de la relación jurídico-contable, cualquiera que sea la participación que hayan tenido en el menoscabo que sufran los caudales públicos, supone desconocer la más moderna jurisprudencia penal que admite la participación del extraneus en los tipos delictivos específicos previstos para castigar sujetos activos caracterizados por su especial cualificación.

## **2. Naturaleza de los recursos públicos-Determinación del daño:**<sup>245</sup>

CASANA MERINO<sup>246</sup> concluye de la consagrado en el artículo el artículo 4 lotcu que en cuanto a la definición de carácter público que han de tener los caudales o efectos, son los que pertenecen a estos tipos de entidades y personas jurídicas: A) la administración del estado. b) las comunidades autónomas c) corporaciones locales entidades gestores de seguridad social e) organismos autónomos y sociedades estatales y demás empresas públicas.

---

<sup>245</sup> MENDIZABAL ALLENDE afirma que no existe en España norma alguna que defina el ámbito público de los caudales o efectos. El anteproyecto de la ley orgánica de funcionamiento del Tribunal consideraba como caudales públicos "todos aquellos que cualesquiera fuere su título, fundamento y procedencia hayan ingresado en las cajas correspondientes de las Administraciones, así como a sus bienes, derechos y valores de todas clases".

<sup>246</sup> CASANA MERINO, Fernando." La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la componen". Ídem.

En consecuencia una primera consideración sobre la naturaleza de los dineros y causales públicos es que son públicos los fondos pertenecientes a cualquier entidad perteneciente al sector público incluyendo las sociedades que tengan participación mayoritaria del capital público.

En sentencia como la sentencia 2 de 1996 Tribunal de Cuentas, se indica que no puede exigirse responsabilidad contable al depositario municipal pues se desconoce cuáles son los pagos ordenados e intervenidos a los que hay que imputar los fondos de los que han salido. En definitiva, no resulta posible imputar responsabilidad contable a cuentadante alguno sin precisar a la cuenta cuya rendición pretende”

Además, debe recordarse que son públicos los fondos pertenecientes a cualquier entidad perteneciente al sector público incluyendo las sociedades que tengan participación mayoritaria del capital público, en consecuencia como lo concluye VACAS GARCIA ALOS, la pertenencia del dinero a una sociedad mercantil no desvirtúa su naturaleza jurídico pública, y ello no solo por razón de su origen,” sino también por su finalidad, por su incorporación a las actividades encuadradas en el sector público y por su fiscalización publica en función de la procedencia de los mismos”<sup>247</sup>

### **2.1. Alcance de la determinación de Créditos incobrables en la hacienda publica**

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia del Tribunal de Cuentas como se ha observado, la existencia de caudales o fondos públicos, se ve representado en la adecuada custodia y manejo de dineros. Existen además teorías,<sup>248</sup> que consideran que así los fondos hayan

---

<sup>247</sup> VACAS GARCIA ALOS, Luis. “El Tribunal de Cuentas, enjuiciamiento contable y la jurisprudencia constitucional”

<sup>248</sup> SANCHEZ, Ídem.

salido de la esfera de las arcas públicas, al ser depositados en terceros con la finalidad de su devolución mediante contraprestación y otro forma de obligación, no pierden calidad de dineros públicos hasta que no se justifique y demuestre que fueron efectivamente usados para la finalidad perseguida y que la administración no guarda acreencia alguna al respecto.

Sin embargo, situaciones en las que el ingreso efectivo de dineros al Estado, representado por ejemplo en el cobro de cartera, suscitan consideraciones al respecto del alcance de la responsabilidad de gestores de fondos públicos. Existen posiciones jurisprudenciales como la Sentencia 4 de 2011 Tribunal de Cuentas, en la que se establece que si bien, los títulos no han perdido la calidad de dineros públicos, al no haberse prescrito por ejemplo la oportunidad de ser perseguidos en cobro coactivo, pueden llegar a verse representados en títulos incobrables<sup>249</sup> por el paso del tiempo, u otra razón, con lo cual, solo podrán ser exonerados de responsabilidad contable los gestores fiscales implicados en este cobro, si dan las debidas justificaciones que acreditan la situación de difícil cobro y desgaste administrativo generado, así como soportar el cumplimiento de las acciones tendientes a la labor de cobro oportuno como entidad cuentadante.

Los hechos de la sentencia radican en que las representaciones procesales de Don Julián Felipe M. P. y de los señores P. C. C. y G. L. impugnan también la sentencia de instancia en la declaración de alcance por importe de 7.750 euros por haber dado de baja en contabilidad por incobrables créditos de la empresa Compras2.000, S.L. por ese importe.

La representación de D. Julián Felipe M. P. alega que la declaración como incobrables de los créditos no vulnera ninguna norma presupuestaria o de contabilidad y no supone una extinción de los mismos por condonación ni la renuncia

---

<sup>249</sup> ROSIÑOL I VIDAL, considera que por caudales o efectos no se puede entender cualquier propiedad de un ente público, el término hace referencia solo al dinero y a títulos que lo representan, incluyendo los documentos de crédito.

al ejercicio de las acciones para hacerlos efectivos. Entiende esta parte que el daño patrimonial sólo se daría en el momento de su prescripción. La representación de D. Modesto P. C. C. y D. Esteban G. L. afirma que no se ha demostrado en la instancia que sus representados hubiesen tenido conocimiento de las diferentes reclamaciones o recaudaciones que debía realizar la mercantil Compras 2.000, S.L., de lo que concluye la falta de responsabilidad contable de éstos.

Por su parte, el Ayuntamiento de Marbella y el Ministerio Fiscal se oponen a estos recursos de apelación. El Ayuntamiento de Marbella sostiene que, frente a la prueba constituida por el Informe de fiscalización, no se ha acreditado acto alguno tendente al cobro de los créditos y, por lo tanto, el haberles dado de baja estaría injustificado. Añade, además, que no se han aportado los documentos soportes de los créditos para poder verificar su fecha de vencimiento y prescripción.

Finalmente, el Ministerio Fiscal afirma que no hay justificación alguna de que se hubiere realizado alguna actuación tendente a exigir el pago de estos créditos dados de baja.

En el Diario de Trabajo de la sociedad Compras 2.000, S.L. aparecen contabilizados con el nº de justificante 20000482 a fecha 31 de diciembre de 2.000 varios créditos incobrables anteriores a 1997 por importe total de 7.750 € y que constan relacionados en el Hecho Probado Décimo de la sentencia apelada. En el Informe de fiscalización se señala que se dieron de baja derechos por dificultades de recaudación, sin que se hayan documentado las posibles acciones tendentes a obtener el cobro. No consta en autos ni los documentos de los derechos crediticios ni los documentos donde figure la reclamación de estos importes.

El Tribunal de Cuentas, ha declarado en múltiples resoluciones, por todas las Sentencias 1/2006, de 22 de febrero o 7/2000, de 30 de junio, que es indiferente, al efecto de imputar responsabilidad contable por alcance, que el descubierto obedezca a la simple ausencia de numerario o a la falta de justificación por

falta de soportes documentales. El alcance nace de un descubierto injustificado que surge de una cuenta, en sentido amplio, que deben rendir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales públicos, y su origen puede ser tanto la ausencia de numerario como la ausencia de su justificación por falta de los necesarios soportes documentales.

El contenido de la tutela judicial que se hace efectiva a través de los procesos contables es la declaración y exigencia de responsabilidad contable que trata de lograr la indemnidad de los caudales públicos, es decir, la restitución íntegra de la Hacienda Pública que ha sufrido un daño económico como consecuencia del incumplimiento ilegal y culpable de sus obligaciones por parte del gestor de los fondos públicos menoscabados.

El alcance se define en el art. 72 de la Ley de Funcionamiento 7/88 como “el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos”.

Por tanto, es alcance la ausencia de numerario sin justificación pudiendo deberse esa ausencia de numerario tanto a la realización de un pago como a la falta de ingreso de una cantidad.

El daño determinante de responsabilidad contable debe ser económico, real y efectivo, tal como ha señalado esta Sala en numerosas resoluciones, no bastando para declarar la existencia de responsabilidad contable la expectativa o presunción de que como consecuencia de una determinada acción u omisión del gestor de los fondos públicos se producirá o, menos aún, probablemente, se producirá un daño.

En los casos de pagos sin justificación parece claro que hasta que el dinero público no haya salido de las arcas públicas el daño no se ha ocasionado y en el caso de derechos de crédito o ingresos hasta que ese derecho de crédito no resulte

incobrable por prescripción no se produce daño alguno efectivo para la Hacienda Pública.

No puede olvidarse que la responsabilidad contable es una responsabilidad reparadora, tiene que existir de manera cierta un perjuicio que resarcir y, claramente, en tanto no se ha producido una disminución patrimonial injustificada, no existe quebranto patrimonial alguno que indemnizar.

En el caso de esta sentencia, la prueba obrante en autos ha quedado acreditado que la sociedad Compras 2.000, S.L. reconoció el 31 de diciembre de 2000 como incobrables unos créditos anteriores al año 1997. La declaración de esos créditos en contabilidad como incobrables hace presumir que, salvo que exista prueba en contrario, el derecho a exigir el pago de los mismos ha decaído, lo que da lugar a la existencia de un saldo deudor para la entidad mercantil.

Si ese saldo deudor no está debidamente justificado, habiéndose aportado prueba sobre las gestiones realizadas para el cobro de los créditos o sobre la naturaleza de éstos que permita realizar actuaciones tendentes a obtener su íntegra satisfacción, entonces surge el alcance en los fondos públicos, entendido éste como saldo deudor injustificado.

En el caso de autos, ninguna de las partes ha aportado al proceso prueba alguna sobre las gestiones realizadas por la sociedad para obtener su pago o sobre el título constitutivo de esos créditos que permitiese saber el origen de los mismos y su vencimiento, a efectos de determinar la posible exigibilidad de su pago. Por tanto, ha quedado acreditado que el daño existe para los caudales públicos de la entidad mercantil ya que hay una declaración de créditos incobrables carente de justificación, por lo que procede confirmar la sentencia de instancia en cuanto a la declaración de alcance.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Cuentas, confirma la sentencia de instancia en cuanto a la declaración de esta partida de alcance y desestimar, por ello, los recursos de apelación planteados por las representaciones de D. Julián Felipe M. P. y de D. Modesto P. C. C. y D. Esteban G.L.

Al respecto podría decirse que la justificación más que en advertir la responsabilidad del gestor en su deber de cobro oportuno del título, la orientación del fallo en este evento, así como en supuestos de idéntica connotación, debería fundamentarse en demostrar la existencia del daño, pues como lo consagra la ley el daño debe ser cierto y cuantificable, con lo cual, la expectativa de la ocurrencia efectiva del daño en tanto no ha prescrito el derecho de cobro del título, tendería a desvirtuar la existencia del daño, por lo cual, lo que debe alegarse es que el ocurrencia del daño si bien futura era inminente dada la dificultad del cobro como consecuencia de la omisión en la labor oportuna de adecuado recaudo, pues de esta forma si permitiría la demostración del hecho causal generador del daño y la consecuente declaración de responsabilidad.

## **2.2. Determinación del daño: Dineros que han salido de las arcas publicas**

Si bien el daño patrimonial se entiende como el causado como consecuencia directa de la pérdida de dineros del Estado, es decir, en aquellas situaciones en las que efectivamente el dinero ha salido de las arcas públicas, el Tribunal de Cuentas<sup>250</sup>, considera que la ejecución de lo dispuesto en contratos, acuerdos del pago, o en otra clase de actos que demande obligaciones patrimoniales a cargo del Estado se constituyen en títulos a favor de terceros, cheques, (consignaciones bancarias), involucrando en esta misma lógica un elemento conector inseparable con el daño patrimonial, en la medida que el tesorero o pagador solo cumple lo dispuesto en estos títulos jurídicos por quienes ostentan la calidad de ordenadores del gasto. Indica el

---

<sup>250</sup> Según sentencia de 13 de 2009.

Tribunal de Cuentas al respecto:

*“ ..Desde luego, la participación del Sr. R. C. en la gestión de los fondos de la empresa pública debe considerarse relevante porque firmó el acuerdo de conciliación y a este respecto resulta de particular interés lo señalado por la sentencia de esta Sala 13/2009, de 29 de junio: “Lo cierto, sin embargo, es que la celebración de los contratos sí tiene relevancia jurídica respecto al alcance ocasionado en los fondos de la Empresa Pública demandante.*

*Es verdad que, como sostiene el Sr. R. S. y afirma el Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia de instancia, el contrato celebrado con “W., S. de S. sobre la v., S.A.”, el 10 de abril de 1991, no supuso en sí mismo un perjuicio real y efectivo para las arcas de la Empresa ya que ésta siguió siendo titular de los fondos depositados.*

*(.....) Dichos contratos generaron derechos para esos directivos frente al patrimonio de la Sociedad, y fue la realización de tales derechos lo que, a través de los correspondientes pagos, dio lugar al daño real y efectivo susceptible de reparación en esta vía jurisdiccional..*

*...No debe olvidarse que el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, define el alcance como falta de numerario o “saldo deudor injustificado” de una cuenta. Pues bien, en el presente caso, el saldo deudor es consecuencia del pago realizado el día 23 de febrero de 1999, pero su carácter injustificado deriva de los contratos celebrados el anterior 28 de febrero de 1991.*

*Por lo tanto, la celebración de dichos contratos sí forma parte de la conducta de gestión que ha provocado el alcance producido y, en consecuencia, resulta jurídicamente relevante a los efectos de la responsabilidad contable derivada del mismo.*



*No debe olvidarse que esta Sala de Justicia (por todas, Sentencia 10/02, de 18 de diciembre) ha venido sosteniendo que hay responsabilidad contable cuando el irregular cumplimiento de sus funciones por el demandado desencadena una situación adecuada para que el alcance se produzca.*

*En el caso de autos, la celebración de los contratos provocó el escenario jurídico adecuado para que se produjeran los pagos generadores del saldo deudor lesivo para el patrimonio de la Sociedad.*

*(...) No ofrece dudas, por las razones expuestas, que entre los contratos celebrados por D. Enric R. S. y el alcance enjuiciado existe una conexión jurídicamente relevante para la exigencia de responsabilidad contable y que la intervención del mismo en dichos contratos supuso gestión de caudales públicos en el sentido de los ya citados artículos 15 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo...”*

Por lo tanto, como lo indica el Tribunal de Cuentas, la celebración de dichos contratos son elementos constitutivos y determinantes de la configuración del daño patrimonial al Estado, al generar obligaciones concretas, claras y exigibles, que se presumen legales y validas y dan lugar a la exigibilidad directa a la parte contratista de hacerlas exigibles, mediante la entrega de la erogación pecuniaria acordada. De esta forma, así el dinero con la simple suscripción del contrato no haya salido de las arcas públicas, da lugar a la existencia directa de la ocurrencia del daño, hasta tanto, de manera previa a la entrega de los dineros públicos al tercero, no se advierta la invalidez de lo pactado o el incumplimiento de las obligaciones suscritas.

### **2.3. Daño patrimonial en dineros que no han ingresado a los caudales públicos**

MEDINA GUIJARRO Y PAJARES GIMENEZ<sup>251</sup> consideran que la exigencia de responsabilidad contable se extiende a los caudales o efectos de estos entes desde que son entregados al funcionario o empleado que actúa en representación del sector público. Afirma la sentencia STCU 24 DE 1994 que tienen el carácter de caudales públicos los que integran el presupuesto del servicio nacional de productos agrarios y en consecuencia cabe exigir responsabilidad contable a los encargados de la custodia de estos dineros.

Otro de los aspectos, como puede verse radica en establecer la existencia de daño patrimonial al definirse si efectivamente, estos dineros alcanzan la connotación de públicos. A través de las consideraciones de la Sentencia 17 de 2011 del Tribunal de Cuentas, esta Corte concluye que en relación con la existencia de sumas de dinero que eran depositadas en cuentas de concejales de un municipio por parte de comerciantes que hacían uso del espacio público en actividades de venta de productos, tales dineros fueron recolectados en consideración al uso de espacios públicos, y por lo tanto adquieren esta calidad constituyéndose en caudales del Estado, así el depósito se haya realizado en cuentas personales y no en carteras de naturaleza pública.

El problema jurídico radica en que solo hasta después de este hecho fue reconocido en el municipio la ley del uso de zonas públicas, con lo cual se cuestiona si estos dineros adquirieron la calidad de dinero públicos y por lo tanto la obligación de serles exigibles a estos concejales. Al respecto el Tribunal concluye que dado que tales dineros fueron recolectados en consideración al uso de espacios públicos, adquiere esta calidad y en tal medida, son caudales públicos y no donaciones como lo alegan ellos.

---

<sup>251</sup> MEDINA GUIJARRO Y PAJARES GIMENEZ. Ídem.

Señala la Sala, que la doctrina define los caudales públicos como aquellos que han llegado a poder del funcionario público, entendiendo por éste la persona individual que actúa en nombre y por cuenta de la Administración, en razón de las funciones que normalmente desempeña, pudiendo afirmarse la pertenencia del dinero a los efectos de la Administración a partir de su recepción por el funcionario legitimado sin que quepa exigir una efectiva incorporación al erario público. La justificación de los pagos no puede quedar al libre arbitrio del que gestiona y maneja los caudales o efectos públicos, sino que ha de acomodarse en tiempo y forma a lo legal y reglamentariamente establecido.

Los apelantes, como se ha mencionado, motivan su recurso en el hecho que las cantidades cobradas a diversos quiosqueros o ventorrilleros por la ocupación de la vía pública del municipio, con anterioridad al 1 de enero de 2004, no tenían el concepto de tasas y, por lo tanto, el carácter de ingresos de derecho público puesto que hasta la citada fecha no entró en vigor la Ordenanza reguladora de la tasa por aprovechamiento especial en la ocupación de la vía pública.

Los ingresos tampoco pueden considerarse como de derecho privado, porque en ningún caso existió la intención de los quiosqueros de realizar una donación, ni hubo una percepción o aceptación de la cantidad por el Ayuntamiento en concepto de donatario, por lo que no se puede calificar este ingreso como una donación.

De todo ello, la representación de los apelantes concluye la inexistencia de responsabilidad contable por los ingresos y gastos realizados antes de la indicada fecha de 1 de enero de 2004, por no haber existido perjuicio alguno a las arcas municipales, ni tampoco dolo, culpa o negligencia graves en la conducta de los condenados. Por este motivo, entiende que, de estimarse esta alegación, el importe del alcance quedaría reducido a 1.250,17 €.

Tanto el Ministerio Fiscal como la representación del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua se oponen a la estimación del recurso por este motivo, poniendo de manifiesto que el letrado de los demandados reconoció en el acto del juicio que los ingresos realizados en la cuenta de Caja Canarias tenían el carácter de fondos públicos.

La representación de los demandados negaba el carácter de fondos públicos de los ingresos percibidos en la cuenta de Caja Canarias, por lo que la sala reitera las razones que permiten calificar estos ingresos como caudales públicos.

Indica entonces, tal y como consta en los hechos probados de la sentencia apelada, sin que esta circunstancia haya sido negada por ninguna de las partes, en la cuenta nº 2065-0052-60-3000018667 de la entidad Caja Canarias, cuyos titulares eran D. Juan Ignacio M. H. y D. Francisco Javier R. C., se practicaban ingresos derivados, principalmente, de la colocación de kioscos y ventorrillos en la vía pública durante las fiestas municipales de la Villa de Hermigua. Consta asimismo que los titulares de dicha cuenta eran, respectivamente, Concejal- Tesorero y Primer Teniente de Alcalde y Concejal del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua.

Los ingresos realizados en la citada cuenta procedían por tanto del aprovechamiento especial de la vía pública que se realizaba por determinadas personas con ocasión de las fiestas municipales y previa autorización del Ayuntamiento. Dichos ingresos estaban por ello destinados a entrar en las arcas del Ayuntamiento de la Villa de Hermigua y además eran realizados en una cuenta cuya titularidad ostentaban dos concejales del Ayuntamiento.

Por otra parte, los demandados han reconocido que dichos ingresos fueron empleados para pagar determinados gastos relacionados con la celebración de las fiestas de la localidad, si bien la falta de justificación de parte de los pagos determinó que los

apelantes fueran condenados como responsables directos del alcance.

La representación de los apelantes ha negado el carácter de fondos públicos de estos ingresos basándose fundamentalmente en que, hasta que el día 1 de enero de 2004 entró en vigor la ordenanza reguladora de la tasa por aprovechamiento especial en la ocupación de la vía pública, los ingresos recaudados por ese concepto no podían considerarse tasas y por lo tanto no eran fondos públicos. Añade esta parte que en ningún caso se podía proceder legalmente al cobro de cantidad alguna por la ocupación de la vía pública hasta la entrada en vigor de la ordenanza fiscal, de acuerdo con lo previsto por el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Sin embargo, a pesar de que hasta la citada fecha no se aprobara la ordenanza que dio soporte legal a la exigencia de la tasa, el hecho es que esos ingresos se realizaron por los quiosqueros o ventorrilleros con motivo de la ocupación de la vía pública, que los ingresos tuvieron lugar en una cuenta a nombre de dos concejales del Ayuntamiento y que el dinero ingresado se empleó en el pago de obligaciones del propio Ayuntamiento. Por todo ello, no cabe duda que esos ingresos pasaron a formar parte del patrimonio municipal, con independencia de su consideración o no como tasas o como ingresos de naturaleza pública o privada.

Tampoco es relevante para la consideración de estos ingresos como caudales públicos el hecho de que los concejales estuvieran o no facultados para la recaudación de esos fondos o que la cuenta en que se realizaran los ingresos fuera el instrumento adecuado para su recaudación, sino que lo decisivo es que el dinero estaba destinado a ingresar en el patrimonio municipal dado que la razón de su percepción era la ocupación de la vía pública.

Los recursos y derechos patrimoniales, cobran fuerza pública tanto cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al patrimonio público, tras el cumplimiento de las formalidades prescritas para esto, como cuando, percibidos por el funcionario surge en el

organismo o ente correspondiente el derecho expectante a su entrega y real ingreso en las arcas públicas.<sup>252</sup>

Además habría que agregar, que al respecto de los dineros públicos presentes en las entidades o establecimientos como lo menciona CASANA MERINO<sup>253</sup> el problema podría radicar en dictaminar sobre si tienen la condición de cuentadantes las sociedades mercantiles en las que la participación pública no es mayoritaria, o que incluso es muy pequeña en relación con el total. En su opinión en estos casos habrán de tenerse en cuenta un conjunto de factores desde luego la composición del capital social, pero también la finalidad pública o privada del objeto social, la existencia o no de ánimo de lucro y el régimen presupuestario y contable al que se somete.

#### **2.4. No responsabilidad por el registro inadecuado de la información presupuestal y financiera:**

Analiza la Sala<sup>254</sup> la naturaleza del recurso de apelación y la prescripción señalando que el criterio de dotar de seguridad jurídica a las relaciones jurídicas perfila los caracteres propios de su régimen jurídico y que en el ámbito de la jurisdicción contable se prevén plazos, cómputo y causas específicas de interrupción que difieren de otros ámbitos como el tributario o el sancionador.

Habiéndose alegado la nulidad del procedimiento administrativo a efectos de la prescripción, señala la Sala que el Tribunal de Cuentas goza de competencia, a los solos efectos del ejercicio de su función, para conocer y decidir las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para

---

<sup>252</sup> Auto de la sala de apelación 24 de julio de 1992.

<sup>253</sup> CASANA MERINO. Ídem.

<sup>254</sup> Sentencia 18 de 2011

la declaración de responsabilidad contable y estén con ellas relacionada directamente, y sin que la decisión que eventualmente pudiera pronunciarse produjera efecto alguno fuera del ámbito de esta jurisdicción contable. Continúa afirmando respecto a la alegación de los condenados en la instancia de que no tuvieron conocimiento del procedimiento de verificación de las subvenciones percibidas, que no es necesario el conocimiento formal a efectos de la interrupción de la prescripción en el ámbito contable.

Señala asimismo la Sala que en la jurisdicción contable rige el principio dispositivo que impone al órgano juzgador una cognición ajustada a las pretensiones de las partes. El órgano judicial, en su función de fijar los hechos, puede tomar en consideración cualesquiera elementos probatorios aportados al proceso, con independencia de la parte que los haya aportado en virtud del principio de adquisición procesal.

Se recoge en esta resolución lo dispuesto en el régimen local respecto de las percepciones económicas que pueden obtener los grupos municipales y su debida justificación. Los grupos políticos, mediante acuerdo plenario que así lo disponga, podrán contar con asignaciones económicas para atender su funcionamiento, quedando obligados a su justificación con la presentación de una memoria y extracto de contabilidad, acompañado de facturas o justificantes compulsados.

### **Delimitación de la conducta**

Por ello, no puede prosperar la alegación de que una vez concedidas las ayudas a los grupos, éstos gozarían de una habilitación para disponer discrecionalmente de los fondos con tal de justificar posteriormente el cumplimiento de los requisitos formales. Si bien es cierto que la expresión legal de “gastos de funcionamiento o para atender su funcionamiento” no delimita ni detalla qué gastos pueden sufragarse con las prestaciones recibidas, sin embargo por su propia naturaleza y finalidad, se impide el destino de esos fondos públicos a otros fines que no sean los municipales.

Reitera la Sala que la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba compete originariamente al juez de instancia, no obstante la Sala puede valorar las practicadas y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez a quo si ha actuado de forma ilógica, arbitraria, contra las máximas de experiencia o las reglas de la sana crítica.

Continúa señalando la Sala que deben justificarse los gastos en que incurrieron los grupos municipales del Ayuntamiento por cada una de las anualidades por las que recibieron las prestaciones económicas, ya que éstas fueron dotadas ejercicio por ejercicio en los correspondientes presupuestos anuales de la Corporación Local.

Se afirma también que la culpa o negligencia consiste en la omisión de aquella obligación que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, debiendo partirse de que en el ámbito contable al gestor de fondos públicos debe exigírsele una especial diligencia en el ejercicio de sus funciones para preservar el patrimonio de la comunidad.



La previsibilidad es un elemento esencial a la hora de valorar la posible conducta culposa, de forma que no puede calificarse de tal si el daño no era previsible en la esfera normal de los acontecimientos. En cuanto a la legitimación pasiva a efectos de la responsabilidad contable, afirma la Sala que los perceptores de las prestaciones económicas fueron las personas que integraron los distintos grupos municipales en el mandato corporativo que les concierne, y no los grupos políticos, por carecer éstos de personalidad jurídica.

Finalmente se analiza el cálculo de los intereses señalando que se realiza con arreglo a los tipos legalmente establecidos y vigentes el día en que se consideren producidos los daños y perjuicios

### **3. Perspectiva de la naturaleza del gestor fiscal y del daño en Colombia**

#### **3.1 Contratistas y particulares como responsables fiscales**

El Consejo de Estado<sup>255</sup>, la más alta la instancia jurisdicción-contenciosa administrativa en Colombia, ha confirmado la posición de la Contraloría General de la República como máximo órgano de control y enjuiciamiento fiscal en sede administrativa del Estado, al determinar la configuración de daño patrimonial al Estado, así como, establecido conceptos que en este ámbito se deben tener en cuenta.

Observa el Consejo de Estado, que al tenor del artículo 83 de la Ley 42 de 1993, la responsabilidad fiscal podrá comprender “... *también a los contratistas y particulares que, vinculados al proceso, hubieren causado perjuicios a los intereses patrimoniales del Estado, de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal*”, y que

---

<sup>255</sup> Sentencia agosto veintinueve (29) de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicación número: AC-3860

*según el artículo 86 ibídem, “cuando en un proceso fiscal un contratista resultare responsable...”.*se solicitará la caducidad del contrato.

Enseñan pues, las anteriores disposiciones que los contratistas y particulares sí pueden vincularse a una investigación de carácter administrativo por parte de la Contraloría General de la República, en cuyo caso, de conformidad con el artículo 3o. del Decreto 306 de 1992, se entiende que no se encuentra amenazado un derecho fundamental.

Por auto del 5 de julio de 1996, la Unidad de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República dispuso confirmar el auto recurrido, elevó a \$44.101.400 el faltante de fondos públicos atribuido al accionante en solidaridad con el Gobernador de Guainía. Advierte que la entidad fundamenta su competencia en el artículo 267 de la Constitución Política y en los artículos 25, 26 y 83 de la Ley 42 de 1993. Hizo también referencia al artículo 52 de la Ley 80 de 1993, la cual señala que los contratistas responden civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual. Igualmente alude a la Resolución 3466 de 14 de julio de 1994. Consideró el ente fiscalizador que el accionante sí participó en la celebración de un contrato para el cual suministró información falsa al entregar a la Gobernación una cotización no ajustada a la realidad.

Para controvertir el acto administrativo referido mediante la acción de nulidad de que establece el código Contencioso Administrativo para reclamar no sólo la nulidad del acto respectivo (artículo 84), sino para demandar la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho cuando a ello hubiere lugar (artículo 85).”

Es evidente, que el contratista al entregar a la administración la cotización falsa hizo incurrir en error a la entidad afectada, otorgándole el contrato, que posteriormente al no contar con la solvencia económica o mejor aún con la debida capacidad jurídica para ello, incumplió.

Mas allá de valorar la validez del contrato, al contratar con una persona que carecía aparentemente de la capacidad jurídica para contratar, la decisión jurisprudencial entiende que comprometió su responsabilidad, al recibir dineros del Estado que le fueron erogados con ocasión de una actividad de gestión fiscal como es la Contratación Estatal.

### **3.2. Calidad de Gestores Fiscales:**

El art. 29 de la Constitución de Colombia, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

En los aspectos no previstos para el proceso de responsabilidad fiscal la Ley 42 de 1993, en el artículo 89, remite, en lo no regulado, a las disposiciones de los códigos contencioso administrativo y de procedimiento penal, según el caso, y en el artículo 72 consagra que para el establecimiento de responsabilidades fiscales, las actuaciones relacionadas con el ejercicio del control fiscal se adelantarán de oficio garantizando el debido proceso.

Así las cosas, sentencias del Consejo de Estado, ponen de presente que en el juicio de responsabilidad fiscal cabe la aplicación del principio de la duda - o in dubio pro

reo -, consecuencia ineludible de la presunción de inocencia que le impone al juzgador la carga de la prueba.

Advierte el Consejo de Estado que la conducta que se les imputó a las demandantes como generadoras de daño en el auto de cierre de investigación no fue el conocimiento de la clave de acceso al módulo de modificaciones del sistema, tampoco su uso, y menos aún la supresión directa de los datos referidos a deudas de usuarios morosos.

La conducta que se imputó a las demandadas y cuya declaración sirvió de fundamento al fallo con responsabilidad fiscal en su contra fue el presunto incumplimiento de las funciones de control, coordinación y gestión fiscal relacionadas con el uso de las claves de acceso al módulo de modificaciones (ver folio 555 y siguientes). (...) “... Con relación a las empleadas que por contrato actuaban en esta División como Asistente y digitador al participar en la elaboración de formatos o recibos, de utilizar el sistema, de conocer la clave de los mismos, necesariamente su conducta merece reparo porque tenían relación directa con el mecanismo de tesorería, actualización de cobros, elaboración de bonos, consultaban el sistema entonces las dos empleadas por virtud del artículo 63 del Código Civil sin ser las protagonistas del desfalco, con su conducta generaron detrimento patrimonial..(fs. 721 y siguientes). (...)

Sin embargo, en suma, no está probado en el proceso que las demandantes tuvieran las funciones de control, coordinación y gestión fiscal, relacionadas con el uso de las claves de acceso al módulo de modificaciones, cuyo incumplimiento se le imputó para derivarles responsabilidad fiscal.

A lo anterior debe agregarse el hecho de que las demandantes, tal como lo señalan todos los actos acusados y, como consta en el proceso, fueron quienes denunciaron los hechos que dieron origen a la investigación y al juicio fiscal referidos a la supresión

irregular en el sistema de las deudas de usuarios que no las habían pagado (fs. 3 y 4 ibídem); indicio indiscutible de su falta de responsabilidad y prueba de su diligencia, que no de la negligencia que se les enrostró en el auto de cierre de investigación y apertura de juicio fiscal.

Luego si las demandantes no se les imputó en el juicio fiscal la modificación de las deudas de usuarios que no las habían pagado, y esa conducta tampoco se probó en el proceso, y si el cargo de incumplimiento de las funciones de control, coordinación y gestión de las claves que sí se les imputó no se demostró porque dichos deberes le correspondían al Jefe de la División de Sistemas, se debe concluir que, en el peor de los casos, las demandantes debieron ser beneficiadas por la duda y, en rigor, debieron ser absueltas dado que no se probó su responsabilidad.

De esta forma, el Consejo de Estado, observa más allá de aplicar al proceso de responsabilidad fiscal principios del proceso penal, como el de la duda a favor del procesado, que la calidad de gestor fiscal debe probarse adecuadamente, pues el caso de la demanda, si bien estas personas tenían acceso a la base de datos contables de la entidad afectada, no está probado dentro del proceso que hayan sido ellos quienes hayan desaparecido las cuentas de deudores, y mayor aún, que tuvieran funciones de gestión fiscal en relación con este manejo de contabilidad, como si lo podría tener el Jefe de la Oficina de Sistemas, mediante funciones de control y coordinación de los datos contables, pues la labor del asistente y digitador puede entenderse verse, como una función operativa y sin facultad de decisión en la órbita efectiva del manejo de la información de dineros y caudales, que si podría cobijarse en el concepto de gestión fiscal de la ley 610 de 2000, al establecer esta gestión, como el conjunto de actividades, económicas, tecnológicas y jurídicas que implican destinación y erogación de recursos públicos o pérdida patrimonial.

Habría que mencionar que lo determinante en este evento, es que estas personas al servicio de la administración-asistente y digitador- no tenían la calidad de gestores fiscales, pues de probarse su responsabilidad en la adulteración de los datos de la entidad,

si se les podría haber imputado responsabilidad fiscal, de conformidad con lo que establece la ley 610 de 2000, al ser personas que contribuyeron de forma directa a la realización del daño patrimonial.

### **3.3. Contrato de Interventoría: Responsabilidad fiscal con dolo en la celebración de dos contratos con el mismo objeto dolo**

Al analizar el Consejo de Estado<sup>256</sup>, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se impugna un fallo de la contraloría, no solo ratifica que la responsabilidad fiscal puede estar en cabeza de personas que ejerzan interventoría del contrato, sino también que la existencia de daño fiscal se puede presentar en aquellos eventos en los que se pague por contraprestaciones no realizadas por observa que hubo inexistencia real del objeto del contrato y en tal medida el actor habría obrado con dolo, entre tanto cobro dos veces por este concepto. En tal sentido el Consejo de Estado considero:

Al analizar la conducta endilgada a la demandante encuadra dentro de lo que ella denomina tipicidad cierta. Pues bien, en el expediente se encuentra el Acta de Liquidación del contrato número 0249-2-97, celebrado entre Ferrovías y Asesorías Jurídicas Especializadas de Colombia, correspondiente a la última adición del primer contrato que fue objeto de interventoría por parte de la demandante TERESA SÁNCHEZ DE DIAZ.

De igual manera, en el expediente también obra el Acta de Liquidación del Contrato de Interventoría 04-0021-0-96 celebrado entre Ferrovías y TERESA SÁNCHEZ DE DÍAZ, la cual se ejerció sobre el contrato 0249-0-95 y sus adiciones celebrados entre Ferrovías y Asesorías Jurídicas Especializadas de Colombia.

Surge de lo anterior que la conducta de la actora encuadra dentro de lo que ella denomina tipicidad cierta y, por tanto, la declaración de responsabilidad fiscal que sobre

---

<sup>256</sup> Sentencia de Consejo de Estado-2007-Radicación número: 25000-23-24-000-2001- 90038-01

ella recayó se encuentra ajustada a derecho, pues si en el acta de liquidación del contrato 0249-2-97, última adición del contrato 0249-2- 95 celebrado entre Ferrovías y Asesorías Jurídicas Especializadas de Colombia, que fue objeto del contrato de interventoría 04-0021-0-96 suscrito por aquella, se dio cumplimiento al objeto en él estipulado y el cual la demandante no discute que coincide con el del contrato 02-0269-0-97 suscrito el 5 de enero de 1998, es obvio que el contrato de interventoría 04-0010-0-98 era innecesario, circunstancia que se tradujo en un detrimento patrimonial para el Estado que bien pudo evitar la actora, no obstante lo cual ésta procedió a suscribirlo, conducta que califica la Sala como dolosa, si se tiene en cuenta el concepto que de interventor trae el Diccionario de la Real Academia Española: “2. Empleado que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones a fin de que se hagan con legalidad”.

En consecuencia, como a la señora Teresa Sánchez se le declaró fiscalmente responsable por haber actuado como interventora en dos contratos cuyo objeto fue el mismo, lo cual ella no contradice, es indudable que tal circunstancia se tradujo en detrimento patrimonial para el erario público, con pleno conocimiento de la actora, quien en su condición de interventora del primero de los contratos suscritos debió abstenerse de suscribir un segundo contrato de interventoría, cuestión que no hizo.

#### **3.4.No exclusión de responsabilidad fiscal en representante de entidad territorial por funciones de subalternos u otras entidades**

Observa el Consejo de Estado que el Alcalde como máximo representante de la circunscripción territorial, debe responder fiscalmente en eventos en los que se le exija revisión y control de actos que profiera en virtud de sus funciones. Es así, como si bien, cuanta con funcionarios que realizan una revisión previa a su autorización disposición de gastos y erogaciones, cuenta con la obligación de verificar de cuenta propia actuaciones que puedan llegar a comprometer su responsabilidad, máxime si la ley establece, para el caso de la contratación, que no exime de responsabilidad al delegante. Expone el Consejo de Estado:

Forzoso es concluir que el actor, Alcalde de la Localidad de Engativá, para la fecha en

que se liquidó y pagó el mencionado contrato, era fiscalmente responsable, sin que pueda constituir eximente de responsabilidad la actuación de sus subalternos o de otras entidades, pues en su condición de tal le corresponde en forma directa el manejo y administración de los recursos públicos, lo que le impone la obligación de una estricta vigilancia de los bienes a su cargo, en orden a impedir el detrimento patrimonial del Estado, que en este caso se produjo, al haberse hecho una erogación que no tenía causa pues, como ya se dijo, el objeto del contrato de consultoría, porque el que se pagó, ya había sido satisfecho en virtud de otro contrato.

### **3.5. Contrato mutuo en títulos de ahorro educativo constituyen patrimonio constitutivo de fondo público al no tener carácter de depósito**

El Consejo de Estado, como máxima Corte de la jurisdicción contenciosa-administrativa, a través de esta sentencia<sup>257</sup> habla al respecto de los recursos o fondos, que adquieren la naturaleza de recursos públicos dentro de la Hacienda Pública.

Al analizar la existencia del menoscabo patrimonial al Estado ocasionado con irregularidades en la administración de recursos de créditos de educación otorgados por la Institución de Crédito de Educación Exterior de Colombia- ICETEX, el Consejo de Estado esclarece la existencia de recursos públicos, en dineros que así entren a las arcas del Estado, a título de dineros captados del público y si bien deben reintegrarse a terceros, son recursos que adquieren la naturaleza de públicos hasta tanto se reembolsen nuevamente al ahorrador , con fundamento en las siguientes consideraciones:

Los conceptos de recursos o fondos públicos, como tales, se han de entender como los elementos o medios de carácter financiero o que tienen expresión económica

---

<sup>257</sup> Jurisprudencia del Consejo de Estado Sentencia de Consejo de Estado, 2007, radicado: Radicación número: 25000-23-24-000- 2001-01039-01.



y patrimonial o que son susceptibles de una conversión monetaria, de los cuales el Estado es su titular, de allí que sean parte de su patrimonio, y pueda disponer de los mismos para su funcionamiento y el desarrollo de sus actividades.

Parte importante de esos recursos o fondos son los dineros públicos. Se ha estimado que los dineros públicos -en plural- son el género y hacen relación a su representación 'porque la Hacienda Pública se nutre de dineros provenientes de los impuestos, las tasas, las contribuciones, las cuotas parafiscales, los recursos provenientes del crédito interno y externo, entre otros, y todos estos dineros pueden estar representados en moneda, nacional o extranjera, en recursos financieros o en bienes y servicios.....'". De modo que es válido señalar que hacen parte de los fondos públicos todos los dineros que ingresan a las arcas del Estado, sea cual fuere la fuente o mecanismo constitucional y legal para su obtención, y de los cuales él puede disponer para sufragar los gastos, costos y erogaciones que le imponen sus fines esenciales, funciones y actividades.

Entre esos mecanismos o fuentes están los relativos al crédito interno y externo, que corresponde a un rubro de los recursos de capital, que a su vez tienen diversas formas, entre ellas las de captar ahorros del público mediante títulos de deuda pública.

En cuanto al carácter de los recursos de ICETEX, se tiene que de entrada el fallo con responsabilidad fiscal No. 0024 de 30 de junio de 2000, de la Contraloría General de la república de Colombia, resuelve el punto dentro del acápite titulado "MARCO NORMATIVO" diciendo: Que el ICETEX, establecimiento público de orden nacional, *"en desarrollo y cumplimiento de su objeto administra fondos públicos destinados a cubrir los gastos de estudios en el exterior de los funcionarios del Estado y de personas naturales."*

En virtud de la Ley 18 de 1998 capta ahorro interno, que es además, una entidad receptora de recursos apreciables, tanto de aquellos que tienen la calidad

de propios y con los cuales se conceden créditos, como los que obtienen en virtud de captación de recursos del público, que por autorización de la ley lleva a cabo mediante la emisión de títulos de ahorro educativo y la administración de fondos de terceros.

En igual orden de ideas concluye, que el Instituto de Crédito Educativo y estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX maneja tres clases de portafolios de inversiones a saber: Portafolio de Tesorería: integrado por recursos propio, Portafolio con recursos de Título de Ahorro Educativo; integrado por recursos captados del público y Portafolio de Fondos en Administración; integrado por recursos que recibe para su administración mediante la constitución de fondos dirigidos a la financiación de actividades relacionadas con la educación superior.

Y en tal sentido que los recursos que fueron utilizados para realizar las inversiones cuestionadas por la Contraloría General de la República pertenecen a los captados del público en virtud de la emisión y colocación de los Títulos de Ahorro Educativo y a los recursos que recibe en administración mediante los mecanismos y fines citados anteriormente.”.

De modo, que según lo antes transcrito, los recursos objeto de las aludidas inversiones sí tienen origen en captación o recepción de dinero de terceros por el ICETEX, pero ello no descarta su condición de fondos públicos, pues por el contrario, atendiendo lo dicho en el acto acusado, lo cual corresponde a lo que consta en autos y viene aceptado y aducido por el actor, esos recursos, una vez recibidos por el ICETEX en la forma anotada y haber quedado a su disposición, con el pleno derecho de usarlos para los fines correspondientes a sus funciones y cometidos, adquirieron de manera inequívoca la condición de fondos públicos a cargo de ese establecimiento público, por cuenta o a título de recursos obtenidos mediante crédito, que como atrás se precisó es una de las varias fuentes de los ingresos del Estado.

**a) Contrato mutuo en títulos de ahorro educativo constituyen patrimonio constitutivo de fondo público al no tener carácter de depósito**

El contrato de mutuo, es una de las formas de financiación de las actividades de ese establecimiento público, y es sabido que el que es el celebrado en los casos de tales depósitos, transfiere la propiedad de la cosa al prestatario, pues se trata de cosas fungibles, dentro de las cuales se encuentra el dinero, de allí que se denomine préstamo de consumo y que la obligación del prestatario sea restituir otras tantas del mismo género y calidad.

Ello está claramente consignado en los artículos 221 y 222 del C.C., y la Corte Suprema de Justicia así lo ha reiterado, entre otros, en el siguiente rubro jurisprudencial: “Son de la esencia del contrato de mutuo la calidad de cosa fungible que corresponde legalmente a lo que se recibe a título de tal; la tradición del dominio del dinero por medio de la entrega real, y la obligación del mutuario de restituir cosas del mismo género y calidad. Estas son las cosas de la esencia del mutuo, sin las cuales, como lo dice la ley, no produce ningún efecto o degenera en un contrato distinto”.

Cuando se coloca una suma en un banco (para este caso entiéndase ICETEX), ganando interés y con plazo fijo, el contrato es de mutuo y no de depósito”. De modo que sobra decir que la obtención de crédito, interno o externo, por el Estado como una de sus fuentes de ingresos, que en el sub lite vienen a ser los TAE y FONDOS DE ADMINISTRACIÓN en comento, configura justamente contratos de mutuo, cuyo objeto es el dinero recibido por el Estado, luego ese dinero pasa a ser del Estado, parte de su patrimonio y constitutivo de fondos o recurso públicos.

En tal medida los títulos de ahorro educativo constituyen fondos públicos y objetos de gestión fiscal, pues es claro que los dineros objeto de las inversiones en cuestión son fondos públicos y por ende su manejo por los funcionarios del ICETEX relacionados con la disposición de los mismos constituye gestión fiscal, tal como la define el artículo 3º de la Ley 610 de 2000.

En estas circunstancias la alzada resulta infundada sobre dicho tema. Sobre el particular

conviene recordar que al tenor del artículo 83 de la Ley 42 de 1993 “La responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso, hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal.

Así las cosas, el cargo fiscal esta sustancial o materialmente acorde con el carácter de los recursos comprometidos en los hechos que fueron materia del juicio fiscal en comento, y en lo que ello tenga relación con la competencia, cabe decir que el ente fiscalizador demandado sí actuó con competencia sobre tales hechos y respecto del manejo o inversión de esos recursos. Ahora bien, como el memorialista hace derivar los demás vicios que le atribuye al acto acusado de esa inexistente incompetencia, y que se resumen en i) infracción de las normas en que debían fundarse; ii) falta de competencia en los términos atrás expuestos; iii) expedición irregular de los actos enjuiciados; iv), falsa motivación y v), desviación de las atribuciones propias de los funcionarios que los expedieron, de cuyo éstos resultan igualmente infundados, por consiguiente, el recurso no prospera.

### **3.6 Análisis del aporte sustantivo y jurisprudencial a la determinación de la responsabilidad contable y fiscal**

El numero de los fallos de procesos de responsabilidad fiscal que en Colombia se profieren resulta considerablemente inferior al número de procesos que se aperturan a efectos de investigar la existencia de esta responsabilidad, existe un numero relevante de procesos que culminan con el archivo de las actuaciones o simplemente con el cierre y archivo de indagaciones preliminares. Lo que invita a considerar y determinar cuáles podrían ser los posibles factores que indiquen en este comportamiento.

Al analizar los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, se observa que la misma debe recaer en el agente generador del daño o menoscabo fiscal, la calidad de gestor fiscal, en términos de la ley 610 de 2000, indica que es gestor fiscal quien tenga la responsabilidad del adecuado manejo, administración, disposición de bienes o recursos públicos, con lo cual y de acuerdo a la experiencia y criterio institucional del ente de control fiscal en Colombia, tiene la calidad de gestor fiscal todo aquel servidor público o particular respecto del cual indique en el manual de funciones de su cargo o contrato, este tipo de funciones.

Como se observó, en sentencia 22 de 18 de noviembre de 2010, el Tribunal de Cuentas considera que la calidad de gestor contable puede llegar a presentarse en el ejercicio de labores de hecho en la administración y disposición de caudales y fondos públicos se realice, sin que medie la asignación formal de las mismas. Observándose así la capacidad efectiva de disposición e inversión y sin que esté relacionado con las labores propias de cargo o puesto de trabajo, pues el funcionario que recibe los dineros puede obrar además como mero poseedor, pues se tiene en cuenta que lo haya recibido sin que haya ingresado al erario público.

La **determinación del daño** a los recursos y causales públicos, es como se mencionado, otro de los elementos necesarios para la configuración del daño contable o daño fiscal, el daño debe ser cierto, concreto y no basarse en meras expectativas de beneficio económico, este debe ser real y efectivo. En sentencias del Tribunal de Cuentas español, se pronuncian sobre la existencia de fondos públicos al establecer que así no hayan ingresado al patrimonio público, si el origen con el que se recaudaron corresponde al uso de bienes y zonas públicas, pues tiene tal naturaleza y por lo tanto pueden ser objeto de enjuiciamiento. Con lo cual se observa la importancia de los pronunciamientos jurisprudenciales al momento de dar claridad al respecto del alcance pueda llegar a tener e concepto de dineros públicos para determinar así la responsabilidad patrimonial que sobre el mismo pueda recaer.

## VI. CONSIDERACIONES SOBRE LAS FACULTADES JURISDICCIONALES Y SU ORBITA DE COMPETENCIA

### 1. Sobre la viabilidad de aplicar funciones jurisdiccionales a regímenes administrativos de sanción

#### Finalidad de la jurisdicción

Es preciso partir de la idea de que el concepto de jurisdicción no queda limitado a la potestad de aplicar leyes a casos concretos, sino que se extiende al aspecto funcional de la satisfacción de pretensiones. La jurisdicción es una potestad derivada de la soberanía del Estado, que se ejerce con exclusividad por tribunales independientes y un documento que pueda ser de influencia notoria en el pleito.

La jurisdicción y el proceso mismo, que es su instrumento fundamental, sólo encuentran su razón de ser en la pretensión, entendida como «declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración. Y mejor aún que en la pretensión misma, en la satisfacción o denegación de pretensiones, o, lo que es lo mismo, en la consecución o el rechazo de una situación favorable a un sujeto de derecho, público o privado, en sus intereses jurídicos, obtenida por medio de una resolución judicial que aplique y actúe el contenido de un precepto jurídico.<sup>258</sup>

Después de cuanto acaba de decirse, habrá que concluir, pues, que la jurisdicción contable actuará o denegará pretensiones de responsabilidad contable. Y si esto es así, la más elemental lógica conducirá, así mismo, a la

---

<sup>258</sup>Teoría del Derecho Civil, Guasp. Ídem.

conclusión de que siempre que no medie el ejercicio de una pretensión de esta naturaleza no se estará en presencia del ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Tribunal de Cuenta.

Como se ha visto, el sistema de fiscalización de los recursos y bienes públicos obedece a una clasificación definida en razón a su independencia como institución de control hacia la gestión de los recursos públicos, y a las facultades jurisdiccionales con las que cuentan estos organismos para sancionar y procurar el resarcimiento y pago del daño contable o fiscal causado al erario público.<sup>259</sup>

En este contexto, la doctrina ha clasificado la organización de los organismos de control en instituciones colegiadas<sup>260</sup>, como es el caso del Tribunal de Cuentas de España donde la máxima responsabilidad y representación del ejercicio de fiscalización se encuentra en un número colegiado de magistrados que ejercen temporalmente. La Court des Comptes- La Corte de Cuentas de Francia, así como la Corte dei Conti – Tribunal de cuentas en Italia, cuentan también con esta estructura funcional que divide sus funciones en labores de fiscalización y en funciones de juzgamiento de la responsabilidad contable, con las consideraciones propias que respecto al concepto de

---

<sup>259</sup> En relación con la independencia del Tribunal de Cuentas, y la procedencia de facultades propias en el para ejercer función jurisdiccional, además de lo expuesto, puede considerar que han existido argumentos jurídicos alrededor de la improcedencia de tales funciones. En relación a este tema existen tres argumentos que defienden esta posición doctrinaria y radican en los siguientes. Argumento Sistemático, Argumento histórico, argumento jurídico. En primero guarda relación con lo expuesto por DE LA OLIVA al considerar que no puede considerarse como una causal que la constitución española regulara el tribunal de cuentas en su título VII Economía y hacienda, en lugar del título VI correspondiente al poder judicial. El segundo radica en lo planteado por FERNANDEZ CARNICERO GONZALES, basado en la interpretación de la evolución histórica, en su opinión lo que el artículo 136 atribuía al tribunal de cuentas no era “potestad jurisdiccional” sino “función jurisdiccional” entendiéndose esta como una vertiente de la histórica función fiscalizadora de la fase de fiscalización consistente en la emisión de dictámenes sobre la gestión al sistema económico-financiera del Estado. Y el último, el argumento jurídico, consiste en la incompatibilidad de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y el ordenamiento jurídico vigente entre tanto implica vulneración de los principios de unidad y exclusividad de jurisdicción, vulneración de los requisitos de independencia exigibles a los titulares de la potestad jurisdiccional y vulneración del derecho constitucional al juez natural.

<sup>260</sup> Según MUÑOZ ALVAREZ, Ramón. “Reflexiones sobre la situación actual del control”. Jornadas sobre la intervención y el control de gastos públicos en las Comunidades Autónomas. Valladolid 1994. casi todos los estados modernos poseen un órgano de control económico-financiero que más allá de entenderse como un instrumento de administrativo, se configura como un Órgano Constitucional, formado por parte de la estructura primaria del Estado y así se incorpora a la propia constitución de un país a otro de acuerdo con los condicionamientos históricos, culturales políticos, etc en que cada uno se desenvuelve, lo que da lugar a la multitud de particularidades de los diferencian de forma considerable.

responsabilidad contable se albergan en el seno de su propia legislación y jurisprudencia interna.

En el escenario europeo, además, se observa la presencia de órganos de control, en los que la función de juzgamiento de la responsabilidad contable, se deposita en la justicia ordinaria, es decir, instituciones de control, que con ocasión de su ejercicio de fiscalización detectan o evidencian la presencia de hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad contable, pero que dejan el juzgamiento de tales conductas en la justicia ordinaria de su país. Un claro ejemplo de estos países se encuentra en países como Alemania, Países Escandinavos, Reino Unido y Estados Unidos de América.<sup>261</sup>

Es de anotar que, algunos de estos países como puede observarse obedecen a al sistema judicial del Comun-Law. Los jueces de países como el Reino Unido, Estados Unidos, resuelven las controversias jurídicas bajo el sistema de análisis y aplicación de antecedentes jurisprudenciales, los fallos judiciales son las celeros, respecto del tradicional sistema de derecho occidental.

Sin embargo, Alemania comparte rasgos del sistema jurídico de países de origen latino, como se ha mencionado la forma en que se procesan las conductas de responsabilidad contable se deposita en la justicia ordinaria del país.

En países como España, Francia e Italia, así como en otros de la esfera mundial, los Tribunales de Cuentas ostentan funciones jurisdiccionales con lo cual se encuentran facultados para sentar principio de *cosa juzgada* sobre los hechos de que han sido

---

<sup>261</sup> Para MUÑOZ ALVAREZ existen tres criterios fundamentalmente que permiten agrupar a los órganos de control según sus finalidades. Criterio de independencia del poder político: hace posible distinguir dos categorías de instituciones de control externo según sea o no independiente del sector público controlado y autónomo desde el punto de vista de su organización y presupuesto. Criterio de estructura del órgano: permite distinguir dos tipos de entidades fiscalizadoras superiores: las unipersonales y las colegiadas. Criterio de alcance de competencias: diferencia a unos tribunales de cuentas según estén dotados o no de competencias fiscalizadora o, además, de otras como son las de asesoramiento o las jurisdiccionales.



materia de su conocimiento y juzgamiento. Sin embargo, la justicia ordinaria o contenciosa administrativa, según corresponda, puede conocer en recurso extraordinario de casación de casos de responsabilidad contable que cuenten con los requisitos para su revisión.<sup>262</sup>

En tal sentido, y expresamente lo establece la constitución de Italia, contra las resoluciones de la Corte du Conti- Corte de Cuentas-procede el recurso de cazaccione- que se interpone ante la Corte dei Cazaccione- Corte de Casación- que conoce de la casación en asuntos de jurisdicción civil, penal y de los demás de señale la constitución y la Ley.

Al respecto de Francia, el recurso de casación también abre las puertas para el conocimiento de vía jurisdiccional independiente a la jurisdicción contable. Los posibles recursos contra las resoluciones jurisdiccionales del tribunal de cuentas son el de revisión, ante la propia Cour des Comptes, siempre que hayan aparecido nuevos hechos que se desconocieran al momento de haberse dictado la sentencia definitiva y el de casación, ante el consejo de estado, cuando la resolución impugnada presente vicios formales, se haya dictado por órgano incompetente o constituya vulneración del ordenamiento jurídico. Siendo el recurso de casación el único vinculo entre la jurisdicción contable y la jurisdicción administrativa.

De acuerdo a los registros de la Cour des Comptes, en memoria de su gestión del año 2012, el Consejo de Estado no varió la decisión jurídica de 4 de las sentencias de responsabilidad contable que habían sido presentadas ante este tribunal<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> De acuerdo a la ley del Tribunal de Cuentas de España, procede el recurso de casación en los eventos en los que se presente vicios formales en el fallo y vulneración del sistema jurídico

<sup>263</sup> En 2012, el Consejo de Estado no tomó ninguna decisión sobre una casación recurso de casación contra una Sentencia del CDBF. 31 de diciembre 2012, cuatro recurso De casación Son

La Corte di Conti italiana, presenta también en memorias de su gestión de los últimos años, variaciones en los sentencias de responsabilidad contable en solo de algunas de estas, lo que indica un grado de fortaleza considerable en la debida aplicación de las herramientas jurisdiccionales y grado de competencia de los jueces de los Tribunales de enjuiciamiento contable.

Con lo cual el término el que duran los procesos de enjuiciamiento contable corresponde al o tiempo el que incurra el Tribunal de Cuentas para proferir sentencia al respecto de responsabilidad contable, y como se ha mencionado para que la sentencia constituya cosa juzgada, se requiere que esta sentencia del tribunal haya quedado en firme es decir que sobre la misma se hayan resuelto del recursos ordinarios y extraordinarios correspondientes, dentro del que cabe el recurso de casación como se ha hecho mención.

En Colombia, el juicio de responsabilidad fiscal, corresponde como lo determina la Ley 610 de 2000, en un conjunto de actuaciones administrativas tendientes a determinar la existencia de responsabilidad fiscal de los presuntos implicados en la comisión de tales conductas. La responsabilidad fiscal se presenta como consecuencia de una indebida *gestión fiscal* en cabeza de quienes administren, dispongan, custodien y tengan bajo su responsabilidad recursos y bienes del erario público, ejerciendo una conducta, antieconómica, ineficiente, inequitativa en el manejo de los mismos.<sup>264</sup>

---

pendiente de examen ante el Consejo de Estado (contra las sentencias Nos. 176-655, 178-655-179 I-655-II "Instituto Geográfico Nacional" de 17 de junio y 28 de noviembre de 2011, contra la sentencia N.º 182-682 Consejo "Económico y social" 30 de marzo de 2012).

<sup>264</sup> El concepto de responsabilidad fiscal se ha analizado respecto del de responsabilidad contable anteriores capítulos.

Como se ha mencionado, las etapas o diligencias que presenta la ley para adelantar el juicio de responsabilidad fiscal corresponden a la etapa de indagación preliminar, que dura seis meses y mediante la cual se demuestra la existencia del daño fiscal y la determinación de los presuntos responsables fiscales. Posteriormente, mediante el proceso de responsabilidad fiscal y con este, a partir del auto de apertura del proceso, la administración cuenta con cinco años para determinar la responsabilidad del investigado, bajo el cumplimiento de los tres requisitos que exige la ley para estos eventos; que esté debidamente comprobado el daño fiscal, que el investigado lo haya cometido bajo dolo o culpa grave y que exista conexidad entre la conducta del investigado y el daño patrimonial al Estado<sup>265</sup>.

Así las cosas, el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia es una actuación administrativa, que de acuerdo a la legislación interna, puede ser demandada ante la justicia contenciosa administrativa mediante acción de nulidad del acto administrativo por el que se declaró la responsabilidad fiscal y el restablecimiento del derecho. Con lo cual los hechos que dan lugar a la responsabilidad fiscal pueden llegar a decidirse en márgenes muy amplios de tiempo, al carecer la Contraloría General de la República, de facultades jurisdiccionales que constituyan materia de cosa juzgada.

Los Tribunales de Justicia y dependencias judiciales del país, cuentan con un número considerable de procesos represados, y el promedio de tiempo que puede llegar a durar un fallo puede oscilar entre cinco a diez años, Razón por la que se han expedido medidas de descongestión de despachos judiciales como la ley de descongestión

---

<sup>265</sup> Este régimen administrativo reúne como requisitos la demostración de dolo o culpa grave al igual que lo exigen regímenes que establecen responsabilidad por el manejo de fondos públicos en vía judicial, pues como lo establece la sentencia del Tribunal de Cuentas. Sentencia 8 de 1992, sería absurdo que fuera un requisito el dolo o la culpa grave, solo al exigir cuando se tratara de responsabilidades contables declaradas en vía administrativa y no lo fueran cuando se decidieran por la jurisdicción contable, sin embargo como es natural del concepto de la independencia del juez, los fallos administrativos pueden variar en la calificación de la conducta, pues al ser impugnados el juez puede valorar las pruebas o conceptualizar de manera diferente encontrando un tipo de culpa más grave o menormente grave o la inexistencia de la misma, que en el último caso denotaría desgaste administrativo.

judicial de 2010, sin embargo un porcentaje de casi el 90 % de los procesos de la contraloría son demandados y en este momento la contraloría general de la República cuenta con más de 600 demandas en contra por motivos de procesos de responsabilidad fiscal que se encuentran en trámite en la jurisdicción contenciosa administrativa.

### **1.1. Independencia de decisión y especialidad:**

El Tribunal de Cuentas y la Contraloría General de Colombia, cuentan con un grado propio de especialidad en su función jurisdiccional, entre tanto procuran el resarcimiento del daño o menoscabo patrimonial, pero bajo la condición de gestión de fondos o caudales públicos, con lo cual, el sujeto pasivo de la acción radica en quien ejerza funciones de gestión y manejo de fondos y caudales públicos, así como en los particulares o terceros que sean destinatarios de estos dineros y se encuentren sujetos a obligaciones las contraprestaciones correspondientes que demanden esta erogación. Como se ha mencionado el resarcimiento al patrimonio debe reunir estos requisitos, pues de lo contrario se estará frente a un evento de responsabilidad civil de un tercero a la administración.

La responsabilidad contable es una especie de la responsabilidad civil, no de la penal. Así se desprende inequívocamente de la legislación de vigor y en este sentido la entiende el Tribunal de Cuentas. Mediante auto se estableció el contenido privativo de esta variante de responsabilidad, en la que pueden incurrir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.<sup>266</sup>

Si bien, el insumo de las materias o procesos de responsabilidad contable pueden originarse en informes de fiscalización de auditorías realizadas por funcionarios de este mismo órgano de control, como consecuencia de la naturaleza de entidades fiscalizadoras superiores que desarrollan a la vez tareas de fiscalización y enjuiciamiento, en curso de los

---

<sup>266</sup> Auto Tribunal de Cuentas 16 de diciembre de 1993.

procesos adelantados cuenta con la sujeción a los principios de autonomía judicial e independencia decisoria.

En atención a estas consideraciones, es como en sentencias del Tribunal de Cuentas, manifiesta su grado de especialización al mencionar que el hecho que deniegue una prueba pericial contable no implica que necesariamente se deba practicar una fiscalización, quiere únicamente decir que su jurisdicción -por ser especializada- no precisa de dictamen pericial alguno para valorar la fiabilidad de la documentación contable incorporada a los autos y la virtualidad de las alegaciones vertidas por el demandado para poner en tela de juicio dicha fiabilidad<sup>267</sup>. Sin desconocer que la iniciativa para el desarrollo de un procedimiento fiscalizador no se reconoce a los particulares en el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo.

Es así, como por ejemplo, en el caso de un arqueo, para que un acta de arqueo pueda ser considerada como prueba suficiente de la existencia de un perjuicio en los fondos públicos es preciso que las conclusiones que refleja estén amparadas por un estudio serio, por completo del examen y verificación de las cuentas.

De otra parte, en el ámbito de la responsabilidad contable cuyo contenido es el de una responsabilidad civil y no sancionadora, es de aplicación el principio civil de carga de la prueba establecido en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en virtud del cual, el demandante debe probar que se ha producido el descubierto del que deriva la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios causados, siempre

---

<sup>267</sup> Sentencia 28 de enero de 2000." La Jurisdicción contable, en virtud de su especialización, puede apreciar si los resultados de las revisiones practicadas por el Servicio Municipal de Aguas por la Intervención del Ayuntamiento y por los peritos de la Junta de Andalucía, resultan base documental probatoria suficiente para fundamentar la existencia de un alcance y, en el presente caso, los argumentos a favor de este punto de vista manifestados por el Juzgador de instancia en el Fundamento Jurídico quinto de la Sentencia apelada y en su Auto de inadmisión de la pericial propuesta, de 13 de enero de 1997, así como los expuestos por esta Sala de Justicia en su Auto de 25 de febrero de 1998, constituyen fundamento argumental sobrado como para aceptar que, como el propio demandado reconoció en su momento, existe un alcance en los fondos sujetos a su gestión, sin que para llegar a tal conclusión la Jurisdicción contable precise de dictamen pericial alguno.

que se den los demás requisitos de la responsabilidad contable, indemnización que no es sino el efecto jurídico correspondiente a su pretensión de demanda y al demandado le corresponde probar los hechos que impiden, desvirtúan o extinguen dicha obligación.

El principio de carga de la prueba es de aplicación en las contiendas en que efectuada una actividad probatoria, los hechos han quedado inciertos y en tal caso las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de probar.<sup>268</sup> Con lo cual la parte activa o demandante que tiene la carga de la prueba debe contar con un grado de conocimiento y manejo del alcance jurídico económico y financiero que comprende la responsabilidad contable.

## **1.2. Actuaciones administrativas en España:**

Como lo resume Casana Merino en su obra,<sup>269</sup> Las conductas calificadas como alcance o malversación se rigen por un procedimiento denominado reintegro por alcance, que sigue los tramites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance o malversación. Las acciones que den lugar a simples infracciones administrativas en materia contable se depuran con arreglo a un procedimiento llamado juicio de cuentas, que sigue los trámites propios del proceso contencioso administrativo.

De acuerdo, a lo establecido, en el Artículo 41 de la ley 2 de 1982, ley orgánica del Tribunal de Cuentas, en los casos en que las responsabilidades a que se refiere el

---

<sup>268</sup> Stcu 15 de marzo de 2001

<sup>269</sup> CASANA MERINO, Las conductas calificadas como alcance o malversación se rigen por un procedimiento denominado reintegro por alcance, que sigue los tramites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance o malversación. Las acciones que den lugar a simples infracciones administrativas en materia contable se depuran con arreglo a un procedimiento llamado juicio de cuentas, que sigue los trámites propios del proceso contencioso administrativo.

artículo treinta y ocho, esto es el menoscabo de los caudales o efectos públicos, sean exigibles con arreglo a normas específicas en vía administrativa, la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto.

Las resoluciones que se dicten por la Administración en que se declaren responsabilidades contables serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la Sala correspondiente.

De otra parte, prevé además la ley art 43 ley 82 de 1982. que toda persona sujeta a obligación de rendir, justificar, intervenir o aprobar cuentas que dejare de hacerlo en el plazo marcado o lo hiciere con graves defectos o no solventara sus reparos, será compelido a ello mediante requerimiento conminatorio del Tribunal de Cuentas.

Si el requerimiento no fuere atendido en el improrrogable plazo señalado al efecto, el Tribunal de Cuentas podrá aplicar las medidas siguientes:

- a) La formación de oficio de la cuenta retrasada a costa del moroso, siempre que existieran los elementos suficientes para realizarlo sin su cooperación.
- b) La imposición de multas coercitivas en la cuantía que legalmente se establezca.
- c) La propuesta a quien corresponda para la suspensión, la destitución, el cese o la separación del servicio de la autoridad, funcionario o persona responsable.

El Tribunal de Cuentas, en su caso, pasará el tanto de culpa al Fiscal general del Estado por el delito de desobediencia.

En este orden de ideas, se observa que en el ordenamiento jurídico español abre la

posibilidad que en vía gubernativa o administrativa se adelanten actuaciones administrativas, a efectos de determinar la responsabilidad contable, por parte de los órganos de control externo, que serán recurridas ante el Tribunal de Cuentas, como en efecto ocurre en Colombia, con la diferencia que existen procesos que pueden ser adelantados directamente en España en vía judicial por el Tribunal de Cuentas.

MEDINA GUIJARRO,<sup>270</sup> considera que se hace preciso que el Tribunal de Cuentas, asuma todas las competencias jurisdiccionales en la materia avocando la delegación legislativa que en el TRLGP, y en las demás normas autonómicas, existe a favor de las administraciones públicas, lo que suprimiría la declaración de responsabilidad contable en vía administrativa y mayor seguridad jurídica evitándose al tiempo posibles duplicidades e incluso hechos excluibles de enjuiciamiento por alguna de las dos vías.

### **1.3. Funciones de supervisión de los requisitos de calidad en las actuaciones administrativas.**

La violación al debido proceso, como se conoce puede llevarse a cabo a través del desconocimiento de actuaciones que implican contradicción y debida defensa técnica, es así como la indebida notificación al investigado o vinculado, así como no pronunciarse ni motivar la denegación de pruebas, la omisión de términos para el descargo a acusaciones o imputaciones, dan lugar a las configuraciones de nulidades del proceso, que en instancias superiores de revisión es en donde más se evidencian.

El sistema de calidad para la gestión y realización de productos, a través de normas de estándares internacionales de calidad, permite en algunas organizaciones gubernamentales que adopten sus normas de auditoría, con las cuales puedan realizar control a sus procesos y actividades misionales de manera complementaria a las labores propias que ejercen las oficinas de control interno. En algunos países como se ha mencionado, los órganos de control ejercen la sanción al daño patrimonial

---

<sup>270</sup> MEDINA GUIJARRO, "Presente y futuro del Tribunal de Cuentas". Ídem.



ocasionado al Estado, a través de funciones o actuaciones administrativas que no alcanzan la connotación de funciones jurisdiccionales, el ministerio público a través de la procuraduría en el trámite de estos procesos disciplinarios también cuenta con esta limitación funcional, sin embargo las oficinas de control interno pueden realizar seguimiento al cumplimiento de aspectos formales del procesos, como lo son los términos procesales y verificación de notificaciones, y demás actuaciones que no implican revisión de los aspectos sustanciales del proceso, así como de la reserva procesal que se debe garantizar.

De esta forma la labor preventiva y de seguimiento de los procesos y requisitos legales y reglamentarios de las entidades, puede generar beneficios oportunos que permitan advertir posibles nulidades que lleguen a ser saneadas oportunamente y eviten la prescripciones de las acciones sancionadoras, pero solo podrán ser utilizados en los procesos administrativos que se surtan a efectos de determinar responsabilidad en vía administrativa, pues en vía judicial este tipo de control no tendría cabida, ya que el juez es autónomo e independiente en el curso de los procesos que adelanta.

#### **1.4 Consideración preliminar**

Podría considerarse entonces, la viabilidad de otorgar facultades jurisdiccionales a órganos de control fiscal que carecen de ella, con el propósito de hacer más eficaz el desempeño de la administración de justicia en Colombia, pues permitiría además de procurar de una forma mas celera la declaración en firme de responsabilidad fiscal y la recuperación del daño al patrimonio público, evitando la insolvencia patrimonial, en la que pudieran incurrir los responsables fiscales, que se propicia con el transcurso del tiempo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las funciones administrativas brindan algunas ventajas, como se ha mencionado, relacionadas con el grado de supervisión y control de

los tramites que de adelantan, a efectos de procurar un debido proceso, que si bien no se afirma se vea menguado en alguna forma en el proceso judicial de responsabilidad, si llega a denotar, que la defensa de los intereses patrimoniales podría presentar en cierta medida limitaciones, entre tanto, la parte actora del proceso es la que tiene la carga de demostrar la ocurrencia del daño, y los apoderados de los entes afectados pueden no contar con la suficiente especialidad en la materia como si lo tendrían los operadores jurídicos de entes de enjuiciamiento fiscalizador, pero que obrarían sin embargo, por decirlo, como juez y parte acusatoria en el proceso.

## **2. Revisión De Actos Administrativos del Tribunal De Cuentas**

El Tribunal de Cuentas encuentra definida la competencias que asume el respecto de actos de la administración de los que debe conocer la jurisdicción contencioso administrativa, dado que no le es dado la “revisión de actos administrativos”, sin que se declare previamente la lesividad, sin embargo decide al respecto de la prejudicialidad que pudieren tener estos actos, pero solo a efectos de la responsabilidad contable.

Al revisar algunas sentencias del Tribunal de Cuentas que resuelven recurso de casación sobre sentencias del Tribunal de Cuentas desde 1994 hasta 2012, se observa que el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia en aspectos relativos a algunos temas en los que ha sentado declarado responsabilidad contable de actos que no son declarados lesivos previamente ni impugnados por la jurisdicción contenciosa administrativa, si bien ha habido algunos votos particulares al respecto, al respecto específicamente de presuntas extralimitaciones de la jurisdicción contable pocas han sido desestimadas en recurso de casación ante el tribunal supremo, como es el caso de la reciente sentencia del municipio de Boadilla de 2012, que se analizara posteriormente.

En tal sentido, se expondrán a continuación las consideraciones que ha tenido el

Tribunal de Cuentas, relacionados con actos de la administración en los que se ha valorado la existencia de perjuicios a caudales públicos, en los siguientes temas reintegro de subvención, perjuicios de valores y presuntos gastos indebidos. No obstante se hará previamente una descripción del ámbito de actuación que corresponde a la jurisdicción contable para una mayor comprensión del tema.

## **2.1 Ámbito de competencia funcional del Tribunal de Cuentas:**

Al respecto de la competencia y delimitación funcional del Tribunal de cuentas, en lo que corresponde al enjuiciamiento contable, la Ley 2 de 1982, ley orgánica del Tribunal de Cuentas, a través de sus artículos 15 a 18, establece la naturaleza de actos enjuiciables a través de esta jurisdicción así como los que corresponden a otra función jurisdiccional.

La ley orgánica establece, como se ha mencionado, que son funciones propias del Tribunal de Cuentas: La fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. De otra parte en el inciso segundo del artículo cuarto, consagra que al Tribunal de Cuentas corresponde la fiscalización de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas.

La ley indica además que el enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. De otra parte también que la jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión.

De otra parte debe recordarse que no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de: a) Los asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional, b) Las cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, c) Los hechos constitutivos de delito o falta y d) Las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial.

La jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena. Se extenderá, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable.

La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.

Estarán legitimados para actuar ante la jurisdicción contable quienes tuvieran interés directo en el asunto o fueren titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso. Las Administraciones públicas podrán ejercer toda clase de pretensiones ante el Tribunal de Cuentas, sin necesidad de declarar previamente lesivos los actos que impugnen. Será pública la acción para la exigencia de la responsabilidad contable en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas. En ningún caso se exigirá la prestación de fianza o caución, sin perjuicio de la responsabilidad criminal y civil en que pudiera incurrir el que ejercite la acción indebidamente.

En Sentencia de 13 de diciembre de 1999 relativa al recurso de casación 329/1994, el Tribunal Supremo indica que el artículo 136 CE alude, al referirse al Tribunal de Cuentas, a las dos funciones de este órgano de relevancia constitucional: la fiscalizadora y la jurisdiccional. Y, utilizando términos del Tribunal Constitucional, mientras en aquélla el Tribunal de Cuentas (TCu, en adelante) es supremo pero no único, en ésta es único pero no supremo ( STC 187/1988, de 17 de octubre ), ya que sus resoluciones son susceptibles de los recursos de casación y revisión ante este Alto Tribunal en los términos establecidos en su legislación específica ( arts. 49 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas , LO 2/1982, de 12 de mayo , **LOTCu**, en adelante, y 80 y ss. de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7/1988, de 5 de abril , **LFTCu**, en adelante).

Como se observa puede accederse a la jurisdicción contable sin que se declare lesivo el acto de la administración con el cual se produce el daño patrimonial al Estado, pues como se entiende de la jurisdicción contable, persigue el resarcimiento efectivo y cuantificable del daño, sin embargo debe tenerse presente que la jurisdicción contenciosa administrativa es la facultada para pronunciarse sobre la legalidad del acto.

En sentencia de casación de 2006, establece el que Tribunal de Cuentas *en modo alguno el Tribunal de Cuentas ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de actos de las Administraciones Públicas. La Ley Orgánica 2/1.9982 , que establece como funciones propias del Tribunal de cuentas, la de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, en relación con el artº. 15.1, de esa Ley Orgánica, que desarrolla la función del Tribunal de Cuentas con respecto al enjuiciamiento contable, y a tal fin concreta.*

*"El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos". Por ello, la Ley Orgánica citada dedica el Título IV, a la responsabilidad contable de quien por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos. Unido a lo anterior, el artº. 11.1 de la Ley 7/1988 de 5 de Abril, de Funcionamiento del*

*Tribunal de Cuentas, al regular la Sección de Enjuiciamiento de ese Tribunal afirma que la corresponde conocer de los procedimientos jurisdiccionales.*

*En los artsº 49 y siguientes, desarrolla esa jurisdicción contable, concretando el artº 49 , que la Jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos y cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencias graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones o omisiones contrarias a las leyes...*

*El artº 128 c) y el Título VII de la Ley General Presupuestaria regula el régimen de responsabilidades, el artº 12 del RD 700/1988 de 1 de Julio, se pronuncia sobre expedientes administrativos de Responsabilidad Contable derivados de las infracciones previstas en el Título VII de la Ley General Presupuestaria.*

*"Contra la resolución de los expedientes de responsabilidad contable se podrá recurrir ante el Tribunal de Cuentas, dentro del plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución".*

*Pues bien, dicha función jurisdiccional del TCu, referida a la responsabilidad contable, ha de ser interpretada restrictivamente y dentro de los justos límites para poder hacerla compatible con la unidad y exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción que reconoce el artículo 117 CE . Por ello se le atribuye, el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que se deduzcan contra quienes teniendo a su cargo el manejo de caudales públicos e interviniendo dolo, culpa o negligencia grave originan menoscabos en los mismos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicada a las Entidades del sector público o a las personas o entidades beneficiarias o receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas provenientes de dicho sector. Y están excluidos del enjuiciamiento contable:*

- a) Los asuntos atribuidos al Tribunal Constitucional.*
- b) Los atribuidos a los Jurisdicción Contencioso-administrativa.*
- c) Los hechos constitutivos de delito o falta.*
- d) Las cuestiones*

*de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial ( art. 49 LFTCu ).*

*El enjuiciamiento contable está configurado como una actividad de naturaleza jurisdiccional; la **LOTCu** le califica como jurisdicción propia del TCu ( art. 15.1 ), atribuyéndole las notas de "necesaria e improrrogable, exclusiva y plena". La actividad de dicho Tribunal consiste en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndole o condenándole y, en esta última hipótesis ejecutando su decisión. Todo esto a través de un procedimiento regulado en el Título V LFTCu, en el que se consagran los elementos subjetivos, objetivos y formales que caracterizan el proceso.*

La jurisprudencia constitucional ha declarado en repetidas ocasiones -al interpretar el artículo 136.2 CE y los artículos 1 , 2 y 15 de la LOTCu- que, en los ámbitos que les son propios, tanto la jurisdicción del Tribunal de Cuentas como la jurisdicción del Tribunal Constitucional constituyen excepciones previstas en la propia Constitución al principio de exclusividad de la función jurisdiccional ( artículo 117.3 CE ) que la Norma Fundamental encomienda, en forma exclusiva, a los jueces y Tribunales que integran el poder judicial [sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante STC)

185/2012, de 17 de octubre , FJ 2.].

En el mismo sentido la STC 126/2011, de 18 de julio , recuerda que: "*además de las funciones de fiscalización atribuidas al Tribunal de Cuentas por el art. 136 CE , éste tiene también relevantes funciones de enjuiciamiento contable que poseen un indudable carácter jurisdiccional reconocido por este Tribunal (STC 215/2000, de 18 de septiembre ) . Es precisamente el reconocimiento de tal carácter lo que dota de sentido a la previsión incorporada al art. 49 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, según el cual "[l]as resoluciones del Tribunal de Cuentas, en los casos y en la forma que determine su Ley de Funcionamiento, serán susceptibles del recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo."* Y es también la naturaleza jurisdiccional de las funciones de enjuiciamiento contable que tiene atribuidas dicho Tribunal la razón que explica que el art. 31.2 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo , de conflictos jurisdiccionales, considere a los órganos de la jurisdicción contable como comprendidos, a estos efectos, en el orden

*jurisdiccional contencioso-administrativo" [...] "Se constata así la doble naturaleza de las funciones ejercidas por el Tribunal de Cuentas.*

*Pues mientras que el Tribunal de Cuentas ejerce funciones de fiscalización actúa como órgano constitucional dependiente de las Cortes Generales ( art. 136.1 CE ), cuando ejerce funciones de enjuiciamiento contable lo hace como órgano jurisdiccional, y sus resoluciones son recurribles ante el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, esto es, ante el Tribunal Supremo ( art. 123.1 CE ) " (FJ 10).*

Esa misma naturaleza la declaró, en forma inequívoca, la ya citada STC 215/2000, de 18 de septiembre, en un caso en el que se ponía en duda precisamente su carácter jurisdiccional, afirmando que: "*El enjuiciamiento contable que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas constituye el ejercicio de una función jurisdiccional, plena y exclusiva, en un proceso especial por razón de la materia*".

*..No debemos olvidar tras lo expuesto precedentes también claros, aunque más lejanos en el tiempo: [ SSTC 18/1991, de 31 de enero (FFJJ 2 b ) y 4); 187/1988, de 17 de octubre (FFJJ 2, 5, 8 y Fallo) y ATC312/1996, de 29 de octubre , FJ 2].*

*...La doctrina jurisprudencial del Tribunal de Cuentas ha matizado, no obstante, [Cfr., por todas sentencias de 13 de junio de 2008 (en Cuestión de competencia 2/2006 ) que la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, órgano lateral constitucional de las Cortes Generales, referida a la responsabilidad contable, ha de ser interpretada restrictivamente y dentro de sus justos límites para poder hacerla compatible con la unidad y exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción que reconoce el artículo 117 CE , como recoge la propia Exposición de Motivos de la LFTCu.*

## **2.2. Jurisprudencia sobre la improcedencia de la revisión de actos administrativos por el Tribunal de Cuentas**

### **2.2.1 Revisión de acuerdos o convenios administrativos**



El Tribunal de Cuentas, decidió al respecto del convenio suscrito entre el Pleno Municipal del Ayuntamiento de Boadilla del Monte por el que aprobó, por Acuerdo de 25 de mayo de 1998, el Convenio colectivo suscrito entre dicho Ayuntamiento<sup>271</sup> y su personal funcionario con fecha 26 de febrero anterior, en que presuntamente se les reconocía incrementos salariales que estaban fuera del máximo permitido legalmente.

El Tribunal de Cuentas, declaro la existencia de responsabilidad por alcance de la alcaldesa y quien le sucede en el transcurso de los años 1998, 1999 y 2000. Sin embargo el Tribunal Supremo declara nula la sentencia y casa el recurso de los apelantes declarando la inexistencia de responsabilidad patrimonial por esta fijación salarial.

El Tribunal Supremo señala que no se reúnen los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad contable por alcance, entre tanto, el acto o convenio mediante el que se reconoce el incremento salarial de los funcionarios, se encontraba plenamente válido al momento en el que se hicieron los pagos por este concepto por lo cual no se configuraba el ilícito contable. En este orden de ideas el Tribunal Supremo, señala lo siguiente:

“Basta comprobar que los actos administrativos que autorizaron el abono de los complementos retributivos eran válidos y eficaces al tiempo en que fueron dictados y que se fundamentaron en el artículo 33 de un Convenio colectivo aprobado por el Pleno de la referida Entidad Municipal, por cierto sin ningún voto en contra (folios 215 y 216 del procedimiento en primera instancia), para estimar ambos motivos de casación. (*motivos consistentes en la solicitud de declaración de inexistencia de responsabilidad contable*)”

La parte recurrente alegaba que la nulidad del convenio colectivo no era en este caso antecedente lógico-jurídico de la declaración de *alcance de cuentas* por lo que su examen, que no condicionaba la resolución del proceso principal, correspondía a la jurisdicción del orden contencioso- administrativo, ante la que no consta que haya sido impugnado y no al ámbito de la jurisdicción contable como *cuestión prejudicial no devolutiva*.

---

<sup>271</sup> Sentencia Roj: STS 8506/2012-Sentencia relativo al procedimiento de reintegro por alcance nº B-41/03 del ramo de Corporaciones Locales [Ayuntamiento de Boadilla del Monte (Madrid). Sentencia gastos indebidos.

Sin embargo, la falta de jurisdicción no es la que conlleva a la declaratoria de nulidad de la decisión del Tribunal de Cuentas por parte del Tribunal Supremo, pues reconoce que el Tribunal de Cuentas era procedente para conocer del tema efectos prejudiciales. Lo que incidió en la casación de la sentencia fue como lo denomina el Tribunal Supremo, que el error en el que incurrió la sentencia fue un error *in iudicando* y no un error *in procedendo*, esto es sobre lo fallado, y sin cuestionar su facultad para hacerlo. Indica además el Tribunal Supremo:

*“No puede dejar de subrayarse que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, la declaración de nulidad del artículo 33 del convenio colectivo de funcionarios, incluso en el caso de ser aceptable, resultaría inane porque no alcanzaría a los actos administrativos de aplicación de dicho convenio que autorizaron en puridad el abono de los complementos retributivos de los funcionarios que se hicieron al amparo de normas -las dimanantes del Convenio colectivo- que además estaban en vigor, y resultaban plenamente válidas y efectivas al tiempo en que se dictaron y ejecutaron.*

En consecuencia, encuentra el Tribunal Supremo que el Tribunal de Cuentas, es obligado apreciar la falta de uno de los presupuestos determinantes de la eventual comisión de un ilícito presupuestario y contable por los dos recurrentes, lo que impide apreciar la concurrencia de responsabilidad contable sin que sea necesario entrar en el examen de si se debe apreciar o no una conducta dolosa o gravemente negligente en la actuación de los responsables, de acuerdo con los términos preceptuados en el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas .

El Tribunal Supremo da la razón a los recurrentes, cuando alegan que no se han dado en este caso todos los requisitos legales exigidos para la existencia de responsabilidad contable. En tal sentido afirma el Tribunal Supremo:

*—La existencia de un alcance de cuentas dimana necesariamente, de un ilícito contable del artículo 141.1 a) de la LGP de 1988 Y el Tribunal de Cuentas, no debió extender, por*

*ello, el ejercicio de su jurisdicción hasta el punto de declarar -" incidenter tantum"- la ilegalidad del artículo 33 del Convenio colectivo ( cuestión prejudicial ) porque esa ilegalidad condiciona la existencia de un ilícito presupuestario del artículo 141.1 d) de la misma Ley General Presupuestaria , pero no guarda la relación directa que exige el artículo 17.2 in fine de la LFTCu con la cuestión principal resuelta , que es un reintegro por alcance.*

*a) Posición jurisprudencial del tribunal de cuentas sobre la revisión prejudicial de actos:*

El Tribunal de Cuentas considera que aunque la jurisdicción contable no es la competente para revisar actos administrativos, como en el caso de la sentencia Sentencia Roj: STS 8506/2012; revisar el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que adoptó el Convenio Colectivo que obviamente corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa, puede sin embargo valorar si dicho acuerdo se ajustó a Derecho pero como cuestión prejudicial, esto es, en los términos y con los límites previstos en el artículo 17 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo.

De acuerdo con el apartado segundo del citado precepto: "se extenderá (la Jurisdicción Contable), a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente". El apartado tercero de este mismo precepto añade: "La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del ámbito de la Jurisdicción Contable."

Si bien, en el caso de la sentencia en mención, no puede decidirse si los pagos objeto de la controversia fueron indebidos y generaron responsabilidad contable si, previamente, no se valora la legalidad del complemento de paga extra en virtud del que se hicieron, y que se recogía en el Convenio Colectivo, siendo asumido por el Pleno de la Corporación Local a través del correspondiente Acuerdo. La decisión sobre si dicho complemento retributivo se ajustaba o no a Derecho constituye, en el caso enjuiciado, lo que el legislador ha

descrito como " *elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y que está relacionado con ella directamente* "

Valorar la legalidad del "complemento de paga extra" previsto en el Convenio Colectivo y asumido por Acuerdo del Pleno de la Corporación Local, corresponde hacerse a los exclusivos efectos de la depuración de posibles responsabilidades contables, con una influencia jurídica limitada al ámbito de la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas, y sin necesidad de un previo pronunciamiento en sede contencioso- administrativa. Criterio se ajusta tanto al artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas , como a la doctrina manifestada por esta Sala en diversas resoluciones.<sup>272</sup>

Así las cosas, al confrontar el Tribunal de Cuentas, el citado Convenio colectivo con la Ley 30/1984 y los límites de incrementos retributivos establecidos por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años cuestionados, concluye que el denominado " *complemento de paga extra* " de los años 1998, 1999 y 2000 del personal funcionario del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, a que se ciñó el litigio, no tiene la adecuada cobertura legal en la normativa básica del Estado aplicable ( *ex artículo 149.1.13ª CE* ) y, por ello, se habrían efectuado *pagos indebidos*.

#### **a) Alcance del análisis prejudicial de actos administrativos**

Dos son cuestiones se dilucidan al respecto de este tipo de facultad prejudicial que entra el Tribunal Supremo a valorar a través de vía jurisprudencial. Esto es la naturaleza jurisdiccional de los procedimientos de enjuiciamiento contable y si el ejercicio de dicha función por la Sala de apelación del Tribunal de Cuentas ha incurrido en un exceso de jurisdicción en este caso. Menciona el Tribunal:

“En este enjuiciamiento no se ha declarado la nulidad del Convenio colectivo. La declaración prejudicial de la disconformidad a Derecho de su artículo 33, que sí se hace,

---

<sup>272</sup> Sentencia 4/05, de 13 de abril.

no produce efecto fuera del enjuiciamiento contable, por lo que no se ha invadido la esfera jurisdiccional que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. La potestad de examen prejudicial que se ha ejercido corresponde a la jurisdicción contable conforme al citado artículo 17 de la LOTCu.”

De otra parte, observa el Tribunal Supremo, que de conformidad con el artículo 88.1 a) de la LRJCA - y en el mismo sentido el artículo 88.2.1.1º de la LFTCu- al esgrimirse las decisiones que desconocen los límites de la jurisdicción respecto de la de otros órdenes jurisdiccionales, permite controlar errores de fondo del juzgador -errores " *in iudicando* " - aunque hayan sido cometidos en la aplicación de la Ley procesal.

En tal sentido, dada la existencia del artículo 17.2 de la LOTCu, y el alcance prejudicial de la decisión que se enjuicia, no se estaría ante casos excepcionales en los que se aprecia abusos de jurisdicción.<sup>273</sup>

No obstante, en los términos estrictos del juicio de cuentas en respeto de sus garantías procesales (artículo 71 *inciso inicial* de la LFTCu), el mismo debe ser entendido, conforme a lo que dispone el artículo 72 de la LFTCu, la nulidad a efectos prejudiciales de un Convenio colectivo u otro acto bilateral de la administración, de hacerse sería indebido, pues además de no aplicar su viabilidad en actos que no han sido declarados nulos por la jurisdicción correspondiente, no podría hacerse por la Jurisdicción de Cuentas al carecer de total competencia para ello.

#### **b)Concepto y abuso de jurisdicción**

Al respecto de la existencia de un vicio de *abuso y exceso en el ejercicio de la jurisdicción* , al amparo de lo que dispone el artículo 88.1.a) de la LRJCA en relación, para la *jurisdicción contable*, con el artículo 82.1.1º de la LFTCu ( artículo 86.5 LRJCA ). Podría pensarse en sentencias de este tipo, que se pronuncian sobre actos administrativos, como es la revisión del Acuerdo del Pleno municipal de 26 de febrero de 1988 por el que se aprobó el

---

<sup>273</sup> Ver en tal sentido sentencias de esta Sala de 29 de abril de 2011 ( Casación 1755/2007), de 2 de febrero de 2012 ( Casación 4509/2009 ) o de 8 de marzo de 2012 ( Casación 6056/2008)].

Convenio Colectivo de funcionario del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, que habría *exceso de jurisdicción* porque la jurisdicción contable no es competente para pronunciarse sobre consecuencias patrimoniales de actos en los que no se ha sido desvirtuada su legalidad.

El Tribunal Supremo, como lo ha dicho, en sentencias<sup>274</sup>, indica al respecto del *abuso de jurisdicción*, consagrado en el artículo 88.1 a) de la LRJCA, que implica una clara dificultad lógica y gramatical para diferenciar lo que es " *abuso* " de lo que sea " *exceso* " de jurisdicción, que no ha dejado de suscitar polémica en la doctrina. Existe abuso, o mal uso, por exceso de la jurisdicción cuando un Tribunal ha conocido de un asunto careciendo de jurisdicción para hacerlo.

Se diferencia el *abuso por exceso de jurisdicción* -que algunas resoluciones denominan simplemente exceso de jurisdicción- del *abuso por defecto de jurisdicción*, que se produce cuando un Tribunal deja de conocer de un asunto poseyendo jurisdicción para conocerlo (por todas, Sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 2002 (Casación 3846/1999)).

El *abuso de jurisdicción* es uno de los denominados *vicios in procedendo*: El Tribunal de instancia ha de atemperar su actividad a las normas procesales imperativas que le señalan el camino que ha de recorrerlo que, en algunos casos, impone que ejerza una actividad (lo que debe hacerse) y en otros la prohibición de ejercerla o de conducirla por una senda que no sea la marcada imperativamente por la ley (lo que ni puede ni debe hacerse).

El *error in procedendo* es un vicio de actividad cuya corrección lleva, en la mayor parte de los casos, a reponer las cosas al estado que tenían cuando se cometió el error, sin entrar en el fondo: Se infringe, por acción o por omisión, una ley procesal por obra de una actividad irregular, defectuosa o incompleta. Por eso el artículo 95.2 a) de la LRJCA, primer inciso, dispone que "de estimarse -la casación- por el motivo del artículo 88.1 a), se anulará la sentencia o resolución recurrida, indicándose el concreto orden jurisdiccional que se estima competente".

---

<sup>274</sup> Sentencia de 29 de abril de 2011 (Casación 1755/2007)

No existe en el presente caso exceso o defecto de jurisdicción como *vicio in procedendo*. La Sala " *a quo* " ha ejercido una jurisdicción funcionalmente correcta al conocer, como consecuencia del ejercicio de una acción pública (artículo 47.3 LOTCu y 56.2 LFTCu) de un procedimiento jurisdiccional de reintegro por alcance y ha ejercido su potestad de controlar la responsabilidad que se desprende de las cuentas que deben rendir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, con respeto a las normas imperativas que señalan el cauce del proceso.

### **2.2.2. Revisión de actos administrativos que deciden al respecto del reintegro de subvenciones:**

En vía jurisdiccional se ha establecido que Responsabilidades previstas por los arts. 145 y 146 de la Ley 30/1992, de 20 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC) cuando originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, como en el caso presente, a las personas o entidades preceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Con lo además de la responsabilidad contable<sup>275</sup> pueden adelantarse tipo de acciones para procurar un resarcimiento al patrimonio público.

El Tribunal Supremo mediante Sentencias Roj: STS 1733/2010 y Sentencia 2459 de 2004 decide sobre la facultad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas a efectos de conocer sobre el reintegro de subvenciones, en tal sentido encuentra facultades en el Tribunal de Cuentas para ello.

---

<sup>275</sup> La ley orgánica del tribunal de cuentas, establece como responsables fiscales a aquellos que manejen fondos públicos así como a quienes tuvieren lugar con ocasión al otorgamiento de créditos avales o subvenciones.

En tal sentido el Tribunal Supremo<sup>276</sup>, considera al respecto de la procedencia de la subvención en vía administrativa por parte del ente administrativo afectado con decisión recurrible frente de la jurisdicción contenciosa administrativa y en vía judicial por parte del Tribunal de Cuentas, que son compatibles y pueden ejercitarse teniendo en cuenta, lo siguiente:

“La Responsabilidad contable con obligación de reparar el daño a la Hacienda Pública que, por tanto, corresponde exclusivamente enjuiciar al Tribunal de Cuentas ( art. 143 LGP ) en el correspondiente proceso cuando se trate de una de las acciones u omisiones culpables tipificadas en el apartado a) del art. 141.1 LGP . Mientras el resto de las infracciones contenidas en los apartados b),c),d)f) y g) del citado art. 141 LGP<sup>277</sup> se dirimirán en el correspondiente procedimiento administrativo sancionador dirigido contra el sujeto infractor siguiendo las normas contenidas en el mencionado RD 700/1988, de 1 de julio.

El procedimiento de reintegro de subvenciones, cuya legalidad examina este orden jurisdiccional, sólo exige el incumplimiento por el beneficiario de la obligación de justificación del destino de la subvención. Por ello la resolución acordando la procedencia sobre la devolución de los fondos entregados se adopta por el órgano que concedió la subvención, en este caso el INEM, con la expresión motivada de las causas objetivas que la originan. Estamos, pues, ante un puro acto administrativo cuya anulación, en su caso, incumbe exclusivamente a la jurisdicción contencioso- administrativa. Incumbirá al ente subvencionado probar el adecuado destino de los fondos recibidos mientras el ente subvencionador estará gravado con la carga de probar el incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas.

---

<sup>276</sup> Sentencia del Tribunal Supremo que resuelve Recurso de Casación 2459 de 2004

<sup>277</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 177 de la ley general de presupuesto, constituyen infracciones contables las siguientes: a) haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos. B) administrar los recursos y demás derechos de la hacienda pública sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el tesoro. c) comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar gastos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la ley o en la de presupuestos que le sea aplicable. d) dar lugar a pagos reintegrables de conformidad con lo establecido en el artículo 77(pagos indebidos).e) No justificar la inversión de los fondos a que se refieren los artículos 78 y 79(anticipos de caja y pagos a justificar) y la ley general de subvenciones. F) cualquier acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurran los supuestos establecidos en esta ley (requisitos generales de responsabilidad). También es infracción contable cualquier cualquier acto o resolución con infracción de las leyes reguladoras de la normativa presupuestaria y contable de las comunidades autónomas y de las haciendas locales.



Mientras el proceso de responsabilidad contable tiene como requisito ineludible que el menoscabo de caudales se produzca por dolo, culpa o negligencia grave del sujeto o entidad receptora de la subvención. Por tanto la sentencia condenatoria respecto al alcance de fondos o, en su caso, otra resolución que suponga la terminación del proceso, como el auto de sobreseimiento, se dicta por el Tribunal de Cuentas como jurisdicción responsable del enjuiciamiento contable, con el razonamiento motivado acerca de la concurrencia de aquel dolo, culpa o negligencia grave. Es decir requiere la concurrencia de una causa absolutamente subjetiva como es la realización de una conducta con conciencia y voluntad o una omisión grave. El fin último es la eliminación del perjuicio económico causado al otorgante de la subvención transfiriendo la responsabilidad al causante sin incidencia alguna sobre el acto administrativo del que pueda traer causa fiscalizable ante este orden jurisdiccional. También las partes deberán aportar al proceso el material probatorio pertinente “

Con lo cual, se concluye que estos dos tipos de procesos no son excluyentes pues pueden llegar a conocerse por el Tribunal de Cuentas. Como lo afirma el Tribunal Supremo, los hechos derivados del incumplimiento de las obligaciones generadas en el otorgamiento de una subvención, pueden tener efectos en el proceso administrativo como en el juicio contable de responsabilidad por alcance.

“Observamos, pues, que en el ámbito de reintegro de subvenciones además del procedimiento de alcance el presunto responsable o beneficiario de la subvención puede ser objeto de un expediente administrativo sancionador por la comisión de alguna de las infracciones previstas en el apartado primero del art. 82 LGP el enjuiciamiento de cuya legalidad administrativa corresponde exclusivamente a este orden jurisdiccional.

Es, por tanto, perfectamente compatible la dualidad del procedimiento administrativo sancionador y del procedimiento de reintegro, del mismo modo que lo es la potestad disciplinaria y la jurisdicción contable o la actuación de la jurisdicción penal y la jurisdicción contable (Art. 18 **LOTCu** , STS 25 de octubre de 2002 ) al ostentar categorías jurídicas distintas y bienes jurídicos protegidos de diferente naturaleza.”

Lo anterior puede explicar entonces porque el reintegro de los dineros que fueron entregados en subvención hayan sido conocidos de manera simultánea por la jurisdicción contable y en recurso ante el Tribunal Supremo,<sup>278</sup> con ocasión de la sentencia adelantada en vía ordinaria contenciosa administrativa por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, como se presentó efectivamente en los hechos que dieron origen a la Sentencia 2459 de 2004 del Tribunal Supremo en recurso de casación<sup>279</sup>

En, este orden de ideas, en **Sentencia 2459 de 2004**, la parte recurrente, sustentó el recurso de casación en principio alegando "*abuso, exceso o defecto de jurisdicción*", invocado al amparo del art. 88 1 a) LJCA 1998, por el que alega que el reintegro de subvenciones corresponde a la jurisdicción contable, con fundamento en los arts. 136.2 CE y 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas ( LFTCu ) y Ley 7/1988, de 5 de abril, que consagra esta jurisdicción como necesaria, improrrogable, exclusiva y plena a tenor del art. 17 de su Ley Orgánica ( **LOTCu** ) Ley 2/1982, de 2 de mayo .

Alegó el recurrente que no es posible que misma pretensión de reintegro se ejercite a través de un acto administrativo recurrible en vía contencioso-administrativa y a través de una demanda de reintegro ante el Tribunal de Cuentas. Menciona que en el presente caso parte del reintegro de la subvención fue solicitado a través del acto administrativo que dio lugar a la sentencia impugnada, pero también ha sido solicitado y resuelto, antes de recaer la sentencia de instancia, en el procedimiento de reintegro A 98/98 finalizado por auto del Tribunal de Cuentas (TCu) 11 de octubre de 2001.

Observa además, el recurrente que de la demanda del Abogado del Estado ante el Tribunal de Cuentas se entiende que se trata del reintegro de la misma subvención que dio lugar al recurso contencioso-administrativo con la peculiaridad de que ante el Tribunal de Cuentas el Abogado del Estado se limitó a solicitar el abono de los intereses

---

<sup>278</sup> Recurso contencioso administrativo núm. 1937/02, respecto de la sentencia con fecha 28 de enero de 2002.

<sup>279</sup> Por la cual el Tribunal Supremo resolvió recurso de casación.

correspondientes a la cantidad de 5.542.663 pesetas (33.312,08 euros) que el Ayuntamiento había reintegrado al ser la única que había reconocido adeudar por no utilización de parte de la subvención. En tal sentido, considera que si el Abogado del Estado solo interesó aquella cantidad ante el Tribunal de Cuentas ello implica un reconocimiento implícito de que el acto administrativo impugnado ante el Tribunal Supremo era improcedente.

Situación que fue contrastada en el recurso ante el Tribunal Supremo encontrándose, comprobado que hubo proceso de reintegro por alcance ante el Tribunal de Cuentas, A98/1998, y que este proceso terminó mediante archivo por sobreseimiento.<sup>280</sup>

Con lo cual, el Tribunal Supremo considera que no puede desconocer el efecto prejudicial del pronunciamiento de la jurisdicción contable archivando un procedimiento de reintegro por alcance tras el correspondiente sobreseimiento ya que, en caso contrario, podría producirse un claro enriquecimiento injusto del INEM en la cuantía de 5.542.663 pesetas. Menciona el Tribunal Supremo:

“Debemos, pues, acoger el motivo de casación reputando exceso de jurisdicción el conocimiento por el Tribunal de instancia<sup>281</sup> del procedimiento de reintegro de subvención en lo que se refiere a la suma de 5.542.663 pesetas. Sin embargo tal pronunciamiento no podemos extenderlo respecto al resto del importe reclamado por cuanto, aunque en ambos procedimientos -el de alcance contable y el de reintegro de subvenciones- el sujeto o entidad contra quien se dirija debe justificar adecuadamente el destino de los fondos- para evitar aquellos lo cierto es que existe una sustancial diferencia.”

---

<sup>280</sup> No obstante la Audiencia Provincial de Granada en sentencia dictada el 20 de marzo de 2000 , y declarada firme por auto del 6 de junio siguiente , absolvió al Presidente de la Escuela Taller, a la sazón Alcalde del Ayuntamiento de Albolote y a otros funcionarios, del delito contra la Hacienda Pública de que venían siendo acusados, por cuanto las pruebas periciales contables practicadas en la causa penal llevaron a entender inacreditados los hechos por falta de prueba al atribuir imprecisiones al contenido del informe definitivo de la Intervención Territorial.

<sup>281</sup> Esto es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo pues el Tribunal de Cuentas ya había encontrado responsabilidad por este importe y archivó el proceso en tal sentido por sobreseimiento, al obtener el pago efectivo de este dinero, como lo mencionan los hechos de la sentencia.

En este orden de ideas, se observa que el Tribunal Supremo reconoce jurisdicción en el Tribunal de Cuentas, al validar el cobro que este órgano de fiscalización a través de su labor de enjuiciamiento había realizado y que dio lugar al sobreseimiento del proceso por pago, y más sin embargo, avala además, la labor jurisdiccional que había venido realizando el Tribunal de Andalucía en el cobro por vía contenciosa administrativa de este mismo monto de dinero, en lo que concierne a la diferencia de lo ya pagado:

“Tras lo declarado hasta ahora hemos de examinar el resto de los motivos de casación en lo que se refiere a la diferencia resultante entre la cantidad de 53.493.391 pesetas reclamadas y la cifra de 5.542.663 pesetas respecto a las que hubo pronunciamiento expreso por parte de la jurisdicción contable.”

Finalmente, el Tribunal Supremo casa la sentencia aduciendo que dentro del proceso no se tomaron las pruebas conducentes a demostrar el otro importe de la cifra adecuada, por lo tanto, invalida lo actuado desde el momento que se produjo esta irregularidad procesal dentro de este proceso, con lo que devuelve el expediente al Tribunal de Andalucía para sanear lo actuado y fallar en observancia con este mandato.

Ante estas situaciones se puede concluir, que el cobro del reintegro de subvenciones puede ser adelantado mediante el proceso de responsabilidad contable y a través de proceso contencioso administrativo, pues de acuerdo a lo decidido por el Tribunal, las actuaciones adelantadas por estas dos instancias jurisdiccionales contaron con plena validez. No obstante, esta posición, supone dudas en razón a la vulneración de principios del debido proceso, dado que podría quebrantarse el *non bis in ídem*, ya que como se observa, el proceso administrativo además de la sanción por el quebrantamiento a la normatividad contable, puede derivar en el cobro efectivo del monto menoscabado o disminuido en el patrimonio como ocurre también en el proceso de responsabilidad contable.

Así las cosas, el problema más que en aceptar que exista conocimiento de los mismos hechos por dos jurisdicciones diferentes que persiguen el mismo objetivo o sanción, se

encuentra en que la ley cuenta con un vacío normativo que permite en cierta forma esta concurrencia de actuaciones al no delimitar la finalidad y pretensión que diferencie una de otra. En tal sentido, pareciera que el Tribunal Supremo insinuara esta limitación normativa, al expresar:

“Su delimitación es compleja, ante la ausencia de regulación legal alguna tomando en consideración la tramitación paralela de un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones contra los órganos de una determinada administración y la instrucción de una causa de responsabilidad contable por alcance dirigida contra un sujeto presunto responsable del alcance en discusión, aunque tiene elementos definitorios distintos.”

De otra parte, mediante posterior pronunciamiento y con el ánimo de exponer la posición jurisprudencial del Tribunal Supremo al respecto de la limitación del Tribunal de Cuentas de ejercer revisión de legalidad a los actos de la administración salvo a efectos de prejudiciales derivados de las consecuencias responsabilidad contable en los procesos del cobro del reintegro de dineros por subvenciones, debe mencionarse lo expuesto en sentencia STS 1733/2010.

A través de esta sentencia, el Tribunal Supremo observa al respecto de la existencia de responsabilidad contable, y del reintegro de la subvención<sup>282</sup> en que aquella no requiere que se declare previamente lesiva, y que la prejudicialidad que se predica del tipo de responsabilidad contable solo lo es respecto de los efectos que se derivan de su naturaleza como tal.

Considera además, que la administración evidencio que no obstante no hubo una justificación adecuada por parte del subvencionado,<sup>283</sup> no apertura el expediente para

---

<sup>282</sup> PASCUAL GARCIA, la subvención es un acto de disposición de fondos públicos a título gratuito, concedidos por una administración pública, que se entregaran con un fin publico comprendido en el ámbito de las competencias materiales de la entidad competente., de acuerdo a la previsto en la ley 38 de 2003.

<sup>283</sup> FERNANDEZ FARRERES. “La subvención: concepto y régimen jurídico”. Instituto de Estudios Fiscales. 1983. En un sentido restringido de la subvención esta queda reducida a las entregas de dinero a fondo perdido y que debe ser

declarar la lesividad del acto, lo que da aún más, muestras de la existencia de responsabilidad en el subvencionado a título de negligencia, configurándose de esta forma los requisitos necesarios para encontrar demostrada la existencia de responsabilidad contable, sin embargo no haber impugnación de actuación administrativa previa.

En tal sentido se observan planteamientos como el siguiente en el que encuentra ajustado a derecho, el enjuiciamiento del reintegro de subvenciones por cuanto:

*— La labor de enjuiciamiento contable es perfectamente viable aun en el caso de existir un acto administrativo previo que no haya apreciado responsabilidad en la actuación de la entidad demandada y sin necesidad de promover su declaración de lesividad, pues como acertadamente señala la sentencia del Tribunal de Cuentas y hemos de recordar también ahora, el artículo 47.2 de la Ley Orgánica 2/82 y el artículo 55.1 de la Ley 7/88 establecen de forma coincidente que la legitimación activa ante el Tribunal de Cuentas corresponderá, en todo caso, a la Administración o entidad pública perjudicada, que podrá ejercer toda clase de pretensiones de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas " sin necesidad, en su caso, de declarar previamente lesivos los actos que impugne".*

A la función jurisdiccional le corresponde el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que se deduzcan contra quienes teniendo a su cargo el manejo de caudales públicos e interviniendo dolo, culpa o negligencia grave, originan menoscabos en los mismos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicada a las Entidades del sector público o a las personas o entidades beneficiarias o receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas provenientes de dicho sector.

Están excluidos del enjuiciamiento contable, entre otros supuestos, los asuntos atribuidos a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Por eso, lo que corresponde al Tribunal de Cuentas es la exigencia de la responsabilidad contable a través de los procedimientos de

---

utilizado a una determinada finalidad.es obvio que por lo que respecta a la fiscalización se entiende en este segundo sentido, según CASINO MERINO.

reintegro por alcance y de juicio de cuentas que no se articulan como procesos impugnatorios de una decisión administrativa previa, sino que se ejerce directamente sobre las cuentas, alcances y cancelaciones de fianzas (art. 15 LOTCu), pero el Tribunal de Cuentas, no ejerce en modo alguno una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de disposiciones y actos de las Administraciones públicas que corresponde a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 LJ).

Así las cosas, encuentra el Tribunal Supremo que no ha habido en la actuación del Tribunal de Cuentas ninguna intromisión en el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, pues:

*—no ha versado el litigio sobre la revisión de una decisión administrativa (es decir, el Tribunal de Cuentas no ha realizado ninguna actuación revisora de la conformidad a derecho de un acto administrativo), sino sobre una exigencia de responsabilidad contable directamente ejercida sobre las cuentas aquí concernidas,<sup>284</sup> que no se ha configurado como impugnación de una decisión administrativa previa.*

En esta misma línea jurisprudencial se encuentran sentencias<sup>285</sup>, en las que puntualiza que el procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones y el procedimiento de responsabilidad contable no son mutuamente excluyentes, pues tienen distinta naturaleza y significación, habida cuenta que:

*—a) el procedimiento de reintegro de subvenciones, cuya legalidad examina este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sólo exige el incumplimiento por el beneficiario de la obligación de justificación del destino de la subvención. Por ello la resolución*

---

<sup>284</sup> El Tribunal de Cuentas ha venido concluyendo de la naturaleza de sus funciones que la determinación de responsabilidad contable Sentencia 3 de julio de 2000 TCU. “ Y en lo que a la exigencia de estas responsabilidades se refiere, como consecuencia de aquel perjuicio o menoscabo económico de la subvención, es el juez de lo contable, como juez predeterminado por la ley el competente para proceder a su enjuiciamiento conforme a la normativa presupuestaria y contable.

<sup>285</sup> Como la sentencia de 21 de julio de 2004 (RC 1937/2002)

*administrativa sobre la procedencia o improcedencia de la devolución de los fondos entregados se adopta por el órgano que concedió la subvención, en este caso el INEM y es un puro acto administrativo cuya anulación, en su caso, incumbe exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>286</sup>. Incumbirá al ente subvencionado probar el adecuado destino de los fondos recibidos mientras el ente subvencionador estará gravado con la carga de probar el incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas.*

*b) en cambio, el proceso de responsabilidad contable tiene como requisito ineludible que el menoscabo de caudales se producta por dolo, culpa o negligencia grave del sujeto o entidad receptora de la subvención. Por tanto la sentencia condenatoria respecto al alcance de fondos o, en su caso, otra resolución que suponga la terminación del proceso, como el auto de sobreseimiento, se dicta por el Tribunal de Cuentas como jurisdicción responsable del enjuiciamiento contable, con el razonamiento motivado acerca de la concurrencia de aquel dolo, culpa o negligencia grave. Es decir, requiere la concurrencia de una causa absolutamente subjetiva como es la realización de una conducta con conciencia y voluntad o una omisión grave. El fin último es la eliminación del perjuicio económico causado al otorgante de la subvención transfiriendo la responsabilidad al causante, sin incidencia alguna sobre el acto administrativo del que pueda traer causa fiscalizable ante este orden jurisdiccional..*

En tal sentido, el Tribunal observa que, el hecho de que en su día el INEM hubiera concluido que no procedía reclamar el reintegro de las cantidades objeto de la subvención no impide en modo alguno el ulterior inicio de las actuaciones propias de la Jurisdicción contable.

Además, considera el Tribunal Supremo, que si la Administración demandante no exigió ese reintegro en el seno del procedimiento subvencional no fue porque considerara

---

<sup>286</sup> STCu 25 de 1992, rechaza la petición de infracción de reserva legal, pues la no justificación de la inversión dada a una subvención es tanto contraria a la LGP, como a normas inferior rango como es el caso del asunto las relativas a las normas de presupuestos de las federaciones deportivas. STCu 20 de 1998, entiende que ha producido una vulneración de la normativa presupuestaria como la orden que rige la convocatoria de la subvención. Con lo cual, además de vulnerarse preceptos presupuestarios y financieros de recaudo o destinación en el momento de irregularidades en la gestión de fondos de subvenciones, se está dando en primera medida es el incumplimiento de un acuerdo bilateral que la entidad y la parte subvencionada deben aclarar en primera medida y dar lugar al reconocimiento de incumplimiento por parte de la administración, más allá del cobro directo del presunto menoscabo patrimonial por parte del tribunal de cuentas.



debida y definitivamente justificado el destino dado a los fondos públicos que CEOE había recibido en concepto de subvención. Pues al contrario:

*—Como lo reconoce la misma parte recurrente en su escrito de interposición del recurso de casación, aun cuando la propia Administración en un primer momento declaró concluso el procedimiento de reintegro entendiendo justificada la subvención concedida, luego rectificó su criterio al apreciar una falta de justificación, si bien no culminó su intento de reabrir el expediente de reintegro al concluirse que tal actuación requeriría de los trámites propios de la declaración de lesividad de sus iniciales resoluciones.*

*Y aun no se iniciaron esos trámites propios de la declaración de lesividad y ulterior impugnación ante el Orden contencioso- administrativo, el dato es relevante porque indica la falta de conformidad de la Administración sobre la justificación dada por la CEOE. De cualquier modo, ya se ha mencionado que la acción de responsabilidad contable no exige la declaración de lesividad de los actos que se impugnen.*

Finalmente, al respecto de la existencia de dolo o culpa en la entidad subvencionada, encuentra el Tribunal que la jurisdicción del Tribunal está condicionada y supeditada a la existencia de dolo, culpa o negligencia grave en la actuación examinada, pero la sentencia impugnada se aparta de esta premisa, al considerar que la concurrencia de dolo, culpa o negligencia graves son circunstancias que pueden moderar la gravedad de la responsabilidad contable, pero no circunstancias de obligada concurrencia para que pueda apreciarse responsabilidad contable.

Frente a tal argumentación, considera la parte recurrente que en el presente caso no hay ni una sola prueba acerca del dolo o grave negligencia de CEOE, lo que sin más excluye - dice- la competencia del Tribunal de Cuentas "*La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos...."*

Ante esta apreciación de la parte recurrente, sin embargo, el Tribunal considera al respecto que no ignora ese precepto ni desconoce o minusvalora la exigibilidad de dolo, culpa o negligencia grave para apreciar la responsabilidad contable; al contrario, tiene expresamente en cuenta tal exigencia y razona acerca de su concurrencia en el fundamento jurídico cuarto "in fine" de su sentencia. Lo que pasa es que concluye afirmando que en este caso no hay razones para dudar de la negligencia de la CEOE, lo que sitúa la cuestión en torno al tema de fondo, que es ajena al motivo casacional al que se ha amparado la parte recurrente.

En conclusión, como lo observa el Tribunal de Cuentas y es corroborado por el Tribunal Supremo en la decisión del recurso de casación, el Tribunal de Cuentas puede conocer mediante el proceso de reintegro por alcance el cobro del dinero concedido a través de subvenciones, sin que la administración haya declarado previamente la lesividad del acto, por el que se manifiesta el cumplimiento del subvencionado.

El cobro del dinero objeto de la subvención se surte de acuerdo a la ley solo a efectos de la responsabilidad contable, que tiene como finalidad el resarcimiento del daño o perjuicio patrimonial ocasionado. No obstante, esta posición jurisprudencial, lleva a considerar dos aspectos. El primero, recae sobre el hecho del pronunciamiento sobre el grado de culpabilidad con el que obró el responsable contable.

Como lo indica el recurrente, la sentencia del Tribunal no indica claramente el grado de culpabilidad con el que obró el responsable contable y el hecho de concluir el Tribunal Supremo que al manifestar escuetamente el Tribunal de Cuentas que no tenía dudas que el subvencionado había obrado con "*negligencia*", no cumple el presupuesto legal que indica la norma.

Pues la ley establece claramente, que serán responsables quienes cometan la conducta a título de *dolo, culpa o negligencia grave*, con lo cual el grado de determinación de la *negligencia* si es relevante. Si bien, existen posiciones doctrinales que consideran como se

ha mencionado<sup>287</sup>, que el régimen jurídico español en materia de responsabilidad contable, excluye la *culpa leve* y otros que la integran en los eventos de responsabilidad subsidiaria, si es necesario que se determine expresamente al momento de calificar la conducta.

De lo contrario, no solo reforzaría el planteamiento de esta tesis, que pretende demostrar que el grado de responsabilidad desde el que se puede entrar al calificar la conducta de responsabilidad contable y responsabilidad fiscal para el ámbito colombiano, sea el de *culpa leve*, dado la naturaleza de los actos que involucra la gestión de fondos públicos así como el grado de planeación y previsión que se debe realizar en este tipo de tareas, entre otras motivos, que ya se han venido exponiendo<sup>288</sup>, sino que permitiría concluir como también se ha subrayado, que dado precisamente el ámbito de los eventos que pudiera llegar a contemplar la gestión contable, la demostración del daño y del sujeto que lo ha ocasionado, lleva implícitamente, por regla general, a confirmar la responsabilidad de este sujeto o gestor de fondos públicos.

Sin embargo, además de lo expuesto, lo que también podría explicar esta afirmación del Tribunal de Cuentas en la que no delimita el grado de negligencia del responsable, encuentra explicación, en la naturaleza propia del proceso de reintegro de subvención en vía administrativa, pues como lo ha expuesto el Tribunal Supremo, la diferencia radical entre el proceso de reintegro de subvención por vía administrativa del que se realiza en el Tribunal de Cuentas a través del proceso de alcance, además del trámite por diferente vía jurisdiccional, se orienta a la finalidad que precisamente estas persiguen y que les brinda especificidad, con lo que, mientras el grado de culpabilidad no requiere demostrarse en el proceso de sanción administrativa, si es requisito en el de jurisdicción contable.<sup>289</sup>

---

<sup>287</sup> CASANA MERINO. Ídem.

<sup>288</sup> Ver al respecto, capítulo “Consideraciones sobre la culpabilidad en la acción de responsabilidad contable y de responsabilidad fiscal”.

<sup>289</sup> Recuérdese que de acuerdo a lo expuesto por la jurisprudencia —.a) el procedimiento de reintegro de subvenciones, cuya legalidad examina este orden jurisdiccional contencioso- administrativo, sólo exige el incumplimiento por el

En este sentido, teniendo en cuenta, que como se ha advertido, a través del proceso de responsabilidad contable se debe valorar la culpabilidad del sujeto, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas, al establecer que en los casos de existencia de responsabilidades exigibles en vía administrativa, la autoridad que incoe el expediente comunicara el Tribunal de Cuentas que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto, podría pensarse que sería más adecuado, en observancia del debido proceso y otros principios de derecho, que el conocimiento directo lo pudiera tener en todos los casos el Tribunal de Cuentas, en este tipo de casos de reintegro de subvenciones.

Sin embargo, el Tribunal de Cuentas, en el evento de presentarse esta posibilidad normativa, deberá observar que sobre el acto la administración no haya declarado previamente la lesividad y que como consecuencia de esta declaración, en caso de recurrirse, lo esté conociendo la jurisdicción contenciosa administrativa, o que no obstante, no haberse impugnado previamente en vía contenciosa administrativa, si el presunto detrimento patrimonial se ocasiona como consecuencia de una erogación que supera los límites o montos legales, deberá en todo caso tener un control de legalidad previo por parte en vía contenciosa con la que se desvirtúe la presunción de legalidad del acto.

Así mismo, en caso de presunto incumplimiento de la subvención, deberá observar el Tribunal de Cuentas, si la administración la reconoce como tal, mediante acto en firme, pues no necesariamente, la no contraprestación de la subvención por parte de quien ha recibido la erogación patrimonial o subvencionado, debe verse como incumplimiento, pues en muchos eventos, las cláusulas que fijan los convenios de subvención pueden llegar a contemplar eventos de pérdida del equilibrio patrimonial, de la relación jurídica, o aspectos que imposibilitan el incumplimiento del subvencionado, u otros que deben ser

---

*beneficiario de la obligación de justificación del destino de la subvención. Incumbirá al ente subvencionado probar el adecuado destino de los fondos recibidos mientras el ente subvencionador estará gravado con la carga de probar el incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas. ..b) en cambio, el proceso de responsabilidad contable tiene como requisito ineludible que el menoscabo de caudales se produzca por dolo, culpa o negligencia grave del sujeto o entidad receptora de la subvención*

dilucidados, de todas formas, en vía contenciosa administrativa, con lo cual, la revisión de actos administrativos de subvenciones y en términos generales en contrataciones públicas, sería, por decirlo, casi que residual en cabeza del Tribunal de Cuentas, dado que tendría cabida básicamente en eventos en los que se observen, obligaciones lo mas posiblemente expresas, claras y exigibles a favor del Estado, casi que constitutivas de *títulos ejecutivos*, aspecto que se desarrollara más detenidamente en las partes considerativas de esta tesis relativas a las alternativas de mejora regulatoria.

Finalmente, podría también mencionarse, aunque con menor trascendencia jurídica, sobre la naturaleza de las subvenciones en cuanto a su eficiente enjuiciamiento, pues que pesar de la amplitud probatoria de la que podría contar el Tribunal de Cuentas o las secciones de fiscalización que dan traslado de este tipo de hallazgos contables, habría que considerar, que en muchos de los casos las subvenciones están dirigidas a proyectos científicos y de innovación, que requieren de un considerable grado de pericia y experticia para comprobar su cumplimiento, tanto así, que estos convenios se encuentran generalmente vinculados a interventores o supervisores específicos, que ha tenido que contratar o designar la administración para realizar estas labores de verificación.

### **2.2.3. Definición de la competencia de la jurisdicción contable-Perjuicio de valores**

El Tribunal ha considerado la existencia de alcance, en perjuicios ocasionados por la pérdida de valores, representadas en recibos y certificaciones de descubierto procedentes de multas e impuestos de circulación<sup>290</sup> Ha expresado el Tribunal de Cuentas, que es indispensable la declaración administrativa de juicio de valores que no han sido cobrados en los plazos reglamentariamente previstos.<sup>291</sup>

Con lo cual el Tribunal Supremo ha decidido mediante recurso de casación que el Tribunal de Cuentas no tiene competencia<sup>292</sup>, para conocer al respecto de los perjuicios

---

<sup>290</sup> Sentencia 15 de 1996 del Tribunal de Cuentas.

<sup>291</sup> Sentencia 5 de 1995 del Tribunal de Cuentas.

<sup>292</sup> Sentencia número STS 2079/2006, recurso de casación número 5580/2003

patrimoniales que se derivan del perjuicio de valores, sin embargo mediante recurso de casación de 2005, el Tribunal de Supremo, si ha llegado a reconocer competencia al Tribunal de Cuentas en este tipo de materias.

Considera que el Tribunal de Cuentas es competente para enjuiciar a meros efectos prejudiciales los daños patrimoniales derivados del perjuicio de valores al pronunciarse si existe responsabilidad en la función recaudatoria como consecuencia de la prescripción de valores atribuible. Señala el Tribunal este conocimiento prejudicial no implica "litispendencia" con respecto al recurso planteado ante la Jurisdicción contenciosa, ni solapamiento de las funciones jurisdiccionales, como el recurrente alega en el motivo que se analiza".

“En recurso de casación núm. 1010/2005, esta Sala del Tribunal Supremo revisa sentencia del TCu por la que se había desestimado recurso formulado contra acuerdo municipal que declaraba responsable de la prescripción de valores "originada por administrar valores cuya gestión tenía encomendada" el recurrente. Concretamente, este Alto Tribunal tiene ocasión de pronunciarse en relación con un motivo de casación formulado, precisamente, al amparo de la letra a) del apartado 1 del artículo 88 LJCA, en relación con el artículo 82.1.1º de la Ley 7/1988, por aplicación errónea del núm. 2 del artículo 17 en detrimento de lo dispuesto en el artículo 1, ambos de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del TCu, que, a juicio del recurrente, provocaba un exceso de jurisdicción (Sentencia número STS 2079/2006, recurso de casación número 5580/2003)

“..El recurrente alegaba que el TCu incurría en un exceso de jurisdicción desconociendo el alcance del artículo 17.2 de su Ley. Y esta Sala considera que la sentencia impugnada no incurría en exceso jurisdiccional cuando afirma: "En consecuencia y, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 2/82 citado, el Tribunal de Cuentas es competente para enjuiciar, a meros efectos prejudiciales, el acto de iniciación de dicho expediente, a fin de llevar a cabo un pronunciamiento sobre la responsabilidad contable

imputada al recurrente, lo que constituye la competencia propia y exclusiva del Tribunal de Cuentas."

Indica el Tribunal Supremo, que ha de entenderse que lo que el TCu decide es acerca de si existe la responsabilidad en la función recaudatoria como consecuencia de la prescripción de valores atribuible. Esto y solo esto es lo que conforma la cuestión sometida a enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, aunque como cuestión prejudicial, el TCu tenga que pronunciarse sobre la validez del acuerdo que declaraba la caducidad del primer expediente incoado y sobre la iniciación del segundo, *"pero este conocimiento prejudicial no implica "litispendencia" con respecto al recurso planteado ante la Jurisdicción contenciosa, ni solapamiento de las funciones jurisdiccionales, como el recurrente alega en el motivo que se analiza"*.

Sin embargo, como se mencionó, el Tribunal supremo decide en una sentencia, la incompetencia del Tribunal de Cuentas para conocer del perjuicio de valores, entre tanto, la jurisdicción contenciosa administrativa ya se había pronunciado sobre la validez de los decretos de la alcaldía de Burgos que declaraban este tipo de responsabilidad en cabeza del recaudador. En tal sentido el Tribunal indica:

*—Dicho en otros términos, antes de recaer las sentencias podía suscitarse el dilema de si el perjuicio de valores era una responsabilidad contable, cuya competencia material, en el orden jurisdiccional, se atribuye al TCu, o no lo era y se trataba de la revisión de un acto administrativo municipal, competencia material del órgano jurisdiccional contencioso-administrativo. Pero dictadas dichas sentencias sólo cabe decidir sobre la competencia funcional para su ejecución conforme a la regla clara establecida en el referido artículo 103 LJCA que, en este caso, la atribuye a la Sala del TSJCL.*

*Dicha declaración de responsabilidad por perjuicio de valores fue realizada por Decreto de 28 de diciembre de 1999, con referencia al ejercicio 1987 e importe de 17.071.314 pts., y por Decreto de 11 de febrero de 2000, con referencia al ejercicio de 1988 e importe de 18.858.873 pts.; Decretos, con respecto a los cuales no podía plantearse cuestión de*

*competencia porque habían sido objeto de revisión jurisdiccional y confirmados por sentencias del TSJCL de 27 de febrero de 2003.*

Así las cosas, concluye el Tribunal que procesalmente, solo cabía formalizar la cuestión de competencia con respecto a los mencionados Decretos de la Alcaldía de 20 de 5 de mayo de 2003, confirmados por los de 20 de noviembre de 2003, que no declaran la responsabilidad debatida, sino que, dictados con posterioridad a las sentencias, y, teniendo a éstas como premisas, se inscriben en su ejecución mediante el requerimiento al recaudador y demandado, de ingreso de determinadas cantidades, como diferencia entre las declaraciones de responsabilidad por perjuicio de valores ya confirmadas en sentencias y los depósitos existentes. Expresa el Tribunal:

*—Siendo ello así, el criterio para decidir, en este caso, la Sala competente no puede ser el de la naturaleza de la responsabilidad por perjuicio de valores, ya resuelta en sentencia firme, sino la consideración del órgano jurisdiccional competente para el ejercicio de la potestad para hacer ejecutar las sentencias.*

*Y en este sentido, la misma previsión normativa (arts. 31.2 de la LO 2/1987, de Conflictos Jurisdiccionales, 50 LFTCu y 51.1 LOPJ) que, a efectos de las cuestiones de competencia, considera comprendidos los órganos de la jurisdicción contable en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lleva a resolver el objeto de debate aplicando los artículos 7.1 y 103.1 LJCA que atribuyen a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia para la ejecución de sus sentencias, y, en concreto, al que haya conocido del asunto en primera o única instancia.*

Considera además, esta Alta Corte, que si las responsabilidades contables son competencia del Tribunal de Cuentas, este no ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de actos de las Administraciones Públicas. Lo que corresponde al TCu es la exigencia de la responsabilidad contable a través de los procedimientos de reintegro por alcance y de juicio de cuentas que no se articulan como procesos



impugnatorios de una decisión administrativa previa, sino que se ejerce directamente sobre las cuentas, alcances y cancelaciones de fianzas ( art. 15 **LOTCu**). En modo alguno, ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de disposiciones y actos de las Administraciones públicas que corresponde a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ( Art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 LJ ), como es el supuesto de que se trata".

Agrega el Tribunal , lo relativo a la línea jurisprudencial que ha seguido al respecto, que se inicia en sentencia de 13 de diciembre de 1999 (recurso de casación 329/1994) pero que se prolonga hasta la reciente sentencia de 28 de marzo de 2006 (recurso de casación 5580/2003), ha considerado, al analizar el motivo de casación que se ampara en el artículo 88.1.a) LJCA ("por exceso en el ejercicio de la jurisdicción"), que el perjuicio de valores no constituye, necesariamente, un supuesto de responsabilidad contable a los efectos de la delimitación de la competencia de los tribunales del orden contencioso-administrativo con respecto a la que ostenta el TCu. La función jurisdiccional del TCu, referida a la responsabilidad contable, ha de ser interpretada restrictivamente y dentro de los justos límites para poder hacerla compatible con la unidad y exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción que reconoce el artículo 117 CE. Con lo cual concluye el Tribunal:

*—Lo que corresponde al TCu es la exigencia de la responsabilidad contable a través de los procedimientos de reintegro por alcance y de juicio de cuentas que no se articulan como procesos impugnatorios de una decisión administrativa previa, sino que se ejerce directamente sobre las cuentas, alcances y cancelaciones de fianzas (art. 15 **LOTCu**). En modo alguno, ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de disposiciones y actos de las Administraciones públicas que corresponde a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 LJ), como es el supuesto de que se trata.”*

Así las cosas, si bien la Sala de Justicia del TCu. justifica su competencia para conocer de los procesos acumulados en que se está ante una responsabilidad por perjuicios de

valores que es un supuesto de responsabilidad contable y como tal objeto improrrogable de su jurisdicción, frente a ello, la Sala del TSJCL alude, para mantener su competencia, a la jurisprudencia de esta Sala que interpreta considerando que, según ella, no se está ante un supuesto de responsabilidad contable, que no puede interpretarse de una forma extensiva que justifique "una ilegal invasión de las esferas competenciales de las demás jurisdicciones ordinarias, con el vaciamiento de competencias del resto de dichas jurisdicciones, en beneficio de la contable, lo que además de no tener amparo legal, sería contrario a lo establecido en el artículo 117 de la Constitución, de ahí que el artículo 16 de dicha Ley 2/1982 delimite negativamente la competencia de la jurisdicción contable al indicar que no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de: a) asuntos atribuidos al Tribunal Constitucional. b) Las cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. c) Los hechos constitutivos de delito o falta. d) Las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial" (sic).

Al respecto puede decirse que dada la naturaleza del perjuicio de valores , en materia tributaria, que implica que se declare mediante decreto que prescribieron las sumas a cobrar por lo cual, se hace exigible al agente recaudador de manera subsidiaria el cobro de tales títulos, es cuestionable que pueda ser conocida directamente por el Tribunal de Cuentas así sea a modo prejudicial y sea no exigible en vía de jurisdicción contenciosa administrativa, dado que el acto sobre el cual recae el análisis de daño perjuicios patrimoniales a la administración requiere en primera medida de una análisis de legalidad de las condiciones en las que se suscitó y dieron lugar a decidir este tipo de incumplimiento por parte del recaudador.

*Nótese bien, que el Tribunal de Cuentas no desconoce la competencia del Tribunal de Cuentas para conocer al respecto del perjuicio de valores, lo que menciona no obstante indicar la prohibición de revisión de actos de la administración, es que el primero medida no discute que esta clase de materias puedan llegar a ser valoradas en el Tribunal de Cuentas, sino que para el caso particular dado que el acto que se demanda corresponde a un acto de la administración con el recaudar anterior a la nueva legislación en materia*

tributaria, pues debe ser por lo tanto este caso recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa. Al respecto el tribunal indica:

—A la argumentación expuesta, que se reitera en ulteriores pronunciamientos de esta Sala (SSTS de 7 de noviembre de 2003-rec. cas. 1297/1998- y de 21 de julio de 2004 - rec. cas. 1937/2004-), la mencionada sentencia de 28 de marzo de 2006 añade que "es claro que la nueva regulación que introdujo el Reglamento General de Recaudación, Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, hoy sustituido por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, desterró de nuestro Ordenamiento la figura del recaudador afianzado encomendando de modo directo la recaudación de los tributos a las distintas Administraciones Públicas, y, en concreto, a los Entes Locales, art. 12.3, del Real Decreto 1684/1990, valiéndose para ello de sus medios personales, poniendo al frente de esa tarea al Tesorero de la Corporación con la fiscalización que es consustancial al Interventor, tal como dispuso ya el Real Decreto Legislativo 781/1986, art. 193, y con posterioridad los artículos 177 y 185 de la Ley de Haciendas Locales, Ley 39/1988, de 28 de diciembre, y poniendo de ese modo las tareas de recaudación en voluntaria y en vía de apremio en manos de funcionarios públicos que integran los distintos servicios.

Es cuestionable que pueda ser conocida directamente por el Tribunal de Cuentas así sea a modo prejudicial y sea no exigible en vía de jurisdicción contenciosa administrativa, dado que el acto sobre el cual recae el análisis de daño perjuicios patrimoniales a la administración requiere en primera medida de una análisis de legalidad de las condiciones en las que se suscitó y dieron lugar a decidir este tipo de incumplimiento por parte del recaudador.

De modo que si las responsabilidades contables son competencia del competencia atribuida para resolver por vía prejudicial en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas se extralimite y se ejercite en realidad una potestad jurisdiccional que corresponde al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción y no a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, en el espacio de esa extralimitación se estaría incurriendo por el

Tribunal de Cuentas en un exceso de jurisdicción, como el motivo analizado, y rechazado, en la Sentencia sostiene. La vulneración del artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas lleva así, ínsito el exceso de jurisdicción.

Planteada así la cuestión, indica que debe partirse del dato de la existencia en la Constitución de un principio de reserva de la potestad jurisdiccional a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, bajo el principio de unidad jurisdiccional ( Artículo 117. 3 y 5 CE ); conduce a poder cuestionar si una norma infraconstitucional, (y lo es la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas) por la vía de la prejudicialidad, puede atribuir a un órgano no integrado en el Poder Judicial una potestad jurisdiccional, no estrictamente atribuida, por la excepción constitucional del artículo 136.2 párrafo 2º, según se ha venido entendiendo, y que corresponde con arreglo al artículo 122.1mCE y a la Ley Orgánica del Poder Judicial a los órganos del orden jurisdiccional Contencioso-administrativo (Artículo 21 , 3.1 . y 9.4 ).

El mecanismo de la prejudicialidad, previsto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , tiene como base el hecho de que todos los órganos a los que se refiere son constitucionalmente titulares de potestad jurisdiccional, tratándose en definitiva de un temperamento del rigor de la distribución interna de la jurisdicción entre los titulares de la potestad jurisdiccional.

En tal sentido, no se observa inconveniente existente en que la norma infraconstitucional (la Ley Orgánica del Poder Judicial) que distribuye la potestad jurisdiccional entre los diversos órdenes que estructura, pueda extender la potestad de los órganos competentes de cada orden en materias propias de otro, a efectos meramente prejudiciales, pues, al hacerlo, no se extralimitan los límites constitucionales del artículo 117, 3 y 5 CE).

El magistrado menciona que problema constitucional que se suscita es el de si una norma infraconstitucional puede ampliar ese ámbito, aunque sea por vía de prejudicialidad, para atribuir al Tribunal de Cuentas una potestad jurisdiccional que, con arreglo al artículo 117.3 CE y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, está reservada a los órganos de la jurisdicción integrados en el poder judicial.

Puede advertirse así con claridad que el juego de la prejudicialidad tiene un sentido constitucionalmente muy diferente según opere en el ámbito de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial y en relación con el Tribunal de Cuentas. Considera que existe un óbice constitucional para que pueda atribuirse al Tribunal de Cuentas por una norma infraconstitucional potestad jurisdiccional para decidir por vía prejudicial cuestiones que la Constitución Española y la Ley Orgánica del Poder Judicial reservan a la potestad jurisdiccional de los órganos integrados en el Poder Judicial. Por ello, en mi criterio, el artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas en su apartado 1 entra en contradicción con el artículo 117, 3 y 5 CE , debiendo ser la solución constitucionalmente adecuada respecto de las cuestiones prejudiciales que, en su caso, puedan suscitarse en la distribución interna de la jurisdicción entre los titulares de la potestad jurisdiccional.

En tal sentido, no se observa inconveniente existente en que la norma infraconstitucional (la Ley Orgánica del Poder Judicial) que distribuye la potestad jurisdiccional entre los diversos órdenes que estructura, pueda extender la potestad de los órganos competentes de cada orden en materias propias de otro, a efectos meramente prejudiciales, pues, al hacerlo, no se extralimitan los límites constitucionales del artículo 117, 3 y 5 CE ).

El magistrado menciona que problema constitucional que se suscita es el de si una norma infraconstitucional puede ampliar ese ámbito, aunque sea por vía de prejudicialidad, para atribuir al Tribunal de Cuentas una potestad jurisdiccional que, con arreglo al artículo 117.3 CE y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, está reservada a los órganos de la jurisdicción integrados en el poder judicial.

Puede advertirse así con claridad que el juego de la prejudicialidad tiene un sentido constitucionalmente muy diferente según opere en el ámbito de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial y en relación con el Tribunal de Cuentas. Considera que existe un óbice constitucional para que pueda atribuirse al Tribunal de Cuentas por una norma infraconstitucional potestad jurisdiccional para decidir por vía

prejudicial cuestiones que la Constitución Española y la Ley Orgánica del Poder Judicial reservan a la potestad jurisdiccional de los órganos integrados en el Poder Judicial. Por ello, en mi criterio, el artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas en su apartado 1 entra en contradicción con el artículo 117, 3 y 5 CE , debiendo ser la solución constitucionalmente adecuada respecto de las cuestiones prejudiciales que, en su caso, puedan suscitarse en el

### **2.3 Análisis al respecto de la posición jurisprudencial sobre la revisión de actos administrativos y la responsabilidad contable**

La ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, Ley 2 de 1982, y la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7 de 1988, consagran como se ha descrito y reiterado a través de las sentencias mencionadas, elementos que hablan al respecto del grado de relación que puede llegar a existir entre los actos que expide la administración, la revisión de legalidad de los mismos, y los efectos de esta revisión.

En este sentido, la ley en materia de responsabilidad contable establece, que el Tribunal de Cuentas podrá resolver al respecto de aspectos prejudiciales e incidentes, de asuntos que infieran menoscabo de los caudales y recursos públicos, con lo cual solo tendrá efectos para la responsabilidad contable, y de otra parte establece que no le corresponde a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas la revisión de actos administrativos, así como de los que tienen jurisdicción independiente en asuntos penales, civiles y administrativos.

Sin embargo, este concepto de jurisdicción independiente, que además de ser un elemento común e importante en los asuntos de jurisdicción propia que se resuelvan en cualquier ordenamiento jurídico, se desdibuja, por decirlo así, al momento de analizar la connotación y trascendencia que pueden llegar a tener tales preceptos de la norma de responsabilidad contable.

Como se observa, el Tribunal de Cuentas, y el Tribunal Supremo, a través de recurso de casación, se han pronunciado en diversas sentencias, al respecto de la improcedencia de revisión de actos de la administración por parte del Tribunal de Cuentas, pues este tipo de prerrogativa le corresponde únicamente a la jurisdicción contenciosa administrativa, dado

que es a esta jurisdicción a quien le corresponde revisar mediante acción de nulidad y demás, la lesividad y validez de los actos que profiere la administración pública.

Sin embargo, en algunas sentencias de fallos recientes de los últimos dos años, como las expuestas en este trabajo, se observa que el Tribunal de Cuentas, ha llegado a pronunciarse sobre la validez de actos administrativos que tienen repercusiones patrimoniales. En este orden de ideas, la sentencia del Tribunal Supremo, que casa los argumentos del recurrente contra la sentencia del Tribunal de Cuentas, al respecto de gastos indebidos en el ayuntamiento de Boadilla, es tal vez recientemente la más representativa al respecto, puesto que anula los efectos de la sentencia del Tribunal de Cuentas que declaraba la existencia de responsabilidad contable en alcaldes de este municipio que habían reconocido a través de decreto el incremento salarial de funcionarios de esa entidad.

Al respecto el tribunal supremo concluye;

*—Basta comprobar que los actos administrativos que autorizaron el abono de los complementos retributivos eran válidos y eficaces al tiempo en que fueron dictados y que se fundamentaron en el artículo 33 de un Convenio colectivo aprobado por el Pleno de la referida Entidad Municipal, por cierto sin ningún voto en contra (folios 215 y 216 del procedimiento en primera instancia), para estimar ambos motivos de casación.”*

Cabe recordar que los motivos consistentes del recurso de casación se encontraban orientados a la solicitud de declaración de inexistencia de responsabilidad contable, en tal sentido, como puede estimarse, el Tribunal de Cuentas, al momento de declarar la responsabilidad contable de estos actos, se estaba pronunciando sobre la validez del acto administrativo, a través del cual ese municipio había reconocido aumentos de conceptos salariales, denominándolo *gastos indebidos*.

El Tribunal de Cuentas, concluyó que tenía facultad para pronunciarse sobre el tema en los siguientes términos:

*Por tanto, esta Sala de Justicia puede entrar a valorar la legalidad del "complemento de paga extra" previsto en el Convenio Colectivo y asumido por Acuerdo del Pleno de la Corporación Local, si bien a los exclusivos efectos de la depuración de posibles responsabilidades contables, con una influencia jurídica limitada al ámbito de la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas, y sin necesidad de un previo pronunciamiento en sede contencioso- administrativa.*

Sin embargo, el Tribunal Supremo, considera lo siguiente sobre la facultad de juzgamiento del tribunal de cuentas en esta sentencia de apelación:

*—La existencia de un alcance de cuentas dimana necesariamente, como hemos dicho, de un ilícito contable del artículo 141.1 a) de la LGP de 1988. La Sala de apelación no debió extender, por ello, el ejercicio de su jurisdicción hasta el punto de declarar -" incidenter tantum"- la ilegalidad del artículo 33 del Convenio colectivo ( cuestión prejudicial ) porque esa ilegalidad condiciona la existencia de un ilícito presupuestario del artículo 141.1 d) de la misma Ley General Presupuestaria , pero no guarda la relación directa que exige el artículo 17.2 in fine de la LFTCu con la cuestión principal resuelta , que es un reintegro por alcance. (subrayado aparte del texto original)."*

De otra parte, en las sentencias relativas al reintegro de subvenciones y perjuicio de valores, se observa que el Tribunal de Cuentas, considera que existe responsabilidad por alcance, de las sumas de dinero, que derivan de actos administrativos. En tal medida en el reintegro de subvenciones como se observa, el Tribunal de Cuentas, considera que el proceso de reintegro de subvenciones así como el proceso de cobro por alcance, como tipo de proceso de responsabilidad contable, no son excluyentes. De hecho la ley establece que el Tribunal de Cuentas, podrá fiscalizar contratos y convenios y recursos derivados de subvenciones.

No obstante, el reintegro de subvenciones está establecido explícitamente como un proceso de cobro por la jurisdicción contenciosa, en este sentido, si bien los argumentos



que expone el Tribunal de Cuentas se orientan en que lo resuelto no alcanza otro efecto más allá de la responsabilidad contable, sin embargo debe considerarse que la trascendencia del cobro de estos dineros, se encuentra ligado a la efectivo cumplimiento del convenio, y en tal sentido, que su incumplimiento además de ser declarado por la administración y puede ser conocida posteriormente por la jurisdicción contencioso administrativa. El Tribunal de Cuentas manifestó:

*—La labor de enjuiciamiento contable es perfectamente viable aun en el caso de existir un acto administrativo previo que no haya apreciado responsabilidad en la actuación de la entidad demandada y sin necesidad de promover su declaración de lesividad, pues como acertadamente señala la sentencia del Tribunal de Cuentas y hemos de recordar también ahora, el artículo 47.2 de la Ley Orgánica 2/82 y el artículo 55.1 de la Ley 7/88 establecen de forma coincidente que la legitimación activa ante el Tribunal de Cuentas corresponderá, en todo caso, a la Administración o entidad pública perjudicada, que podrá ejercer toda clase de pretensiones de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas " sin necesidad, en su caso, de declarar previamente lesivos los actos que impugne".*

*...El fin último es la eliminación del perjuicio económico causado al otorgante de la subvención transfiriendo la responsabilidad al causante, sin incidencia alguna sobre el acto administrativo del que pueda traer causa fiscalizable ante este orden jurisdiccional.*

Además el Tribunal argumenta, que la administración reconoció dentro del proceso de alcance que había motivos para declarar la lesividad del convenio, sin embargo el expediente se había archivado anteriormente. Con lo cual, la validez del acto es algo que puede cuestionarse, pues si bien el Tribunal de Cuentas, puede fiscalizar la legalidad, así como la gestión económica eficiencia de los actos, esto no implica que el Tribunal pueda decidir directamente de los perjuicios patrimoniales, de actos en los que requiere establecerse el incumplimientos, y que queden efectivamente en firme en vía administrativa o gubernativa.

A través del perjuicio de valores, mediante el cual la administración declara responsabilidad del recaudador, por la prescripción de valores de cartera, a título de responsabilidad subsidiaria, el Tribunal de Cuentas, reconoce que efectivamente, esa corporación ha tenido fallos en los que observa que este tipo de responsabilidad es sancionable como responsabilidad por alcance.

Sin embargo el Tribunal de Cuentas, no reconoce en este caso responsabilidad, en la medida que tiene en cuenta, que el análisis de este perjuicio había sido analizado en vía contenciosa administrativa y que al ser la regulación anterior que regulaba este perjuicio de valores anterior a la ley del Tribunal de Cuentas, el competente para conocer del caso era la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime que la jurisdicción- contencioso administrativa se había pronunciado sobre la validez de sentencias de este municipio que declaran perjuicios de valores para estas mismas vigencias anuales analizadas. El Tribunal Supremo en este sentido considera:

*Ha de entenderse que lo que el TCu decide es acerca de si existe la responsabilidad en la función recaudatoria como consecuencia de la prescripción de valores atribuible. Esto y solo esto es lo que conforma la cuestión sometida a enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, aunque como cuestión prejudicial, el TCu tenga que pronunciarse sobre la validez del acuerdo que declaraba la caducidad del primer expediente incoado y sobre la iniciación del segundo, "pero este conocimiento prejudicial no implica "litispendencia" con respecto al recurso planteado ante la Jurisdicción contenciosa, ni solapamiento de las funciones jurisdiccionales, como el recurrente alega en el motivo que se analiza.*

*.... Dicho en otros términos, antes de recaer las sentencias podía suscitarse el dilema de si el perjuicio de valores era una responsabilidad contable, cuya competencia material, en el orden jurisdiccional, se atribuye al TCu, o no lo era y se trataba de la revisión de un acto administrativo municipal, competencia material del órgano jurisdiccional contencioso-administrativo. Pero dictadas dichas sentencias sólo cabe decidir sobre la competencia funcional para su ejecución conforme a la regla clara establecida en el referido artículo 103 LJCA que, en este caso, la atribuye a la Sala del TSJCL."*

Si bien hay pronunciamientos de voto particular, como puede observarse, respecto del alcance que la expresión de prejudicialidad, puede tener en el ordenamiento jurídico, bajo la tesis de considerar que el Tribunal de Cuentas, no tiene una jurisdicción propiamente dicha, debe analizarse la repercusión de la declaración de responsabilidad en actos que no han sido revisados por la jurisdicción competente, como ocurrió en el caso de la sentencia del municipio de Boadilla, por ejemplo. En tal medida, puede decirse entonces que se observan algunas ambigüedades en los criterios del Tribunal de Cuentas y Tribunal Supremo de Justicia sobre la facultad de decisión prejudicial otorgada por la Ley al Tribunal de cuentas a efectos de determinar la responsabilidad contable, sin que llegue a incurrirse mediante el ejercicio de esta prerrogativa en la revisión de la legalidad de actos administrativos sobre los que recae la revisión exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa.

## VIII. OTROS ASPECTOS QUE INTEGRAN EL ALCANCE DE LA GESTIÓN FISCAL

### 1. Sobre la Acción de regreso y acción de responsabilidad contable.

Como se ha mencionado la *acción de regreso* que consagra la ley 30 de 1992 en la legislación española, es un mecanismo del que puede hacer uso la administración para exigir al funcionario o servidor, que haya ocasionado mediante su conducta dolosa o gravemente culposa un daño antijurídico a un tercero, el pago de los perjuicios ocasionados, y que han sido previamente reconocidos y cancelados por parte del Estado al perjudicado. De esta forma puede evidenciarse que los requisitos para que proceda la acción, consisten en que la administración haya indemnizado el daño al tercero y que el funcionario que ocasiono la conducta lo haya cometido con dolo o culpa grave.

De otra parte, conforme lo establece la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas<sup>293</sup>, no podría la responsabilidad contable identificarse con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que pudiera incurrir, frente a la administración, quienes sin ser vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o caudales públicos, causen daños a estos, bien directamente o determinando la obligación de la administración de indemnizar a terceros.

En estos casos no se estará bajo el supuesto de responsabilidad contable sino ante una situación de responsabilidad civil frente a la administración pública, para cuya determinación ésta, a falta de precepto legal que la habilite, habrá de acudir ante la jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho, o ante un caso también de responsabilidad de autoridades y personal al servicio de la administración, respecto de

---

<sup>293</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas 7 de junio de 1999

cuya determinación esta última se encuentra no solo habilitada, sino obligada a tenor de lo establecida en la ley 30/1992 el art. 145.3, régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común,. En tales eventos, la resolución declaratoria que pone fin a la actuación administrativa es impugnada mediante el oportuno recurso contencioso administrativo y no es materia de la competencia de la jurisdicción contable.

En este orden de ideas, la ley 678 de 2001, en el caso colombiano, al regular el tema de lo que en su legislación interna se denomina *acción de repetición*, exige el cumplimiento de requisitos similares, pues la *acción de regreso* reúne otros aspectos que permiten determinar la responsabilidad en el pago de los perjuicios que ha asumido el Estado previamente a favor del tercero afectado. De esta forma, la ley 30 de 1992, establece, que una vez demostrado el dolo o culpa grave, se podrá considerar a efectos de graduar la sanción, el grado de afectación del daño, la responsabilidad profesional del servidor en la generación de la conducta, así como grado de inculpabilidad del agente en la generación del daño, mientras que la ley de repetición<sup>294</sup> en Colombia, consagra que una vez demostrada la culpabilidad del agente, se le hará exigible el pago de la totalidad de los perjuicios causados sin considerar otro tipo de factor de disminución del valor de la condena representativo del monto a reintegrar al Estado.

---

<sup>294</sup> La Dirección de estudios Sectoriales de la delegada del sector justicia y defensa de la Contraloría general de la república, evidencio en el estudio sectorial realizado a los resultados de la acción de repetición para el periodo 2011-2015 que De los 282 siniestros por valor de \$9.631 millones reportados en el periodo 2011-2015 por las 37 entidades seleccionadas de la Contraloría Delegada de Gestión Pública, cuatro casos por \$84.5 millones, condujeron a la acción de repetición, es decir, solamente el 0.8%, sin que se reportara los resultados de esta.

Al respecto, se destaca la conclusión a la que llegó la Contraloría Delegada del Sector Defensa, Justicia y Seguridad de la CGR en el estudio sobre la aplicación de la acción de repetición en las vigencias 2010-2014 en los siguientes términos: A pesar de haber transcurrido más de 10 años desde la expedición de la Ley 678 de 2001, con la cual el Estado procuraba llevar a cabo la recuperación de los dineros por condenas en su contra, originados por los daños antijurídicos causados con dolo o culpa grave por las acciones u omisiones de sus agentes, hasta la fecha se ha demostrado que esta herramienta jurídica ha sido ineficaz en el alcance de su objetivo, y por tanto, no se ha constituido en un mecanismo eficiente tendiente a la recuperación de los cuantiosos recursos y el desmedro de las finanzas del Estado por las condenas proferidas en su contra.

Al respecto, puede decirse que resulta particular, el hecho que se considere la inculpabilidad del funcionario o agente generador del daño, pues como lo indica además la norma, responderá si se observa que su conducta fue cometida con dolo o culpa. Entonces resulta contradictorio después de encontrar demostrada la existencia de responsabilidad, graduar la sanción en atención al grado de inculpabilidad, tal vez pudo haber sido más preciso para el legislador al respecto, al manifestar en el precepto legal, que la condena del pago se determinaría teniendo en cuenta, el grado de culpabilidad con el que obro el agente, y en tal sentido, al parecer, lo que se analizaría sería si se cometió la conducta con dolo o culpa grave, exigir en esa medida mayor resarcimiento pecuniario cuando la conducta fuera mayormente predeterminada o más intencionada, y menor en la que, aún, conociendo el agente las consecuencias de su conducta, pudiera creer que no necesariamente se producirían las consecuencias lesivas de la misma.

El tribunal se ha pronunciado al respecto<sup>295</sup>: *“Pues bien, si la punibilidad del extraneus se admite sin discusión en la actualidad, teniendo ahora el debido soporte legal, no resulta razonable mantener que esta solución no resulta aplicable al ámbito de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, por falta de regulación específica, cuando le corresponde la fijación de la indemnización derivada de delitos que suponen menoscabo de caudales públicos, ante lo que disponen los artículos 18.2 de la LOTCU y 49.3 de la LFTCU.”*

Este es un aspecto relevante a considerar respecto de la acción de responsabilidad contable, o en términos generales de acciones que procuran la determinación de responsabilidad patrimonial de los servidores que administran recursos del Estado, como es el caso de la acción de responsabilidad fiscal, para el caso colombiano. La “matización” de los factores determinantes en la sentencia del pago, como lo denominan algunos tratadistas del tema<sup>296</sup>, trae como consecuencia que el pago que deba hacer el

---

<sup>295</sup> Voto particular del magistrado Conde de Hijas del Tribunal Supremo.

<sup>296</sup> BARCELONA LLOP, Javier. “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 105 (enero-marzo 2002), págs. 37-57.

agente como consecuencia de responsabilidad por el daño antijurídico ocasionado a un tercero, se pueda ver disminuido, en consideración a factores tales como el grado de afectación del daño y el grado de responsabilidad que le era exigible al servidor público.

De esta forma, la acción de regreso tendría una desventaja frente a la acción de responsabilidad contable, puesto que el agente generador del daño, podría no llegar a responder por el total de monto que el Estado sí ha tenido que reconocer y pagar al tercero perjudicado, respecto de la totalidad del dinero que como consecuencia del proceso de responsabilidad contable o fiscal debiera pagar, pues recuérdese bien que el responsable contable o fiscal debe responder por *todo* el daño patrimonial causado al erario y caudales públicos, tanto así, que si llegaren a ser más uno los responsables, responderán todos de manera solidaria, dado que la finalidad de la acción es meramente resarcitoria.

Otro aspecto que merece la atención sobre el tema, es el concepto de dolo y culpa grave desde los que se determina la responsabilidad de los agentes. De acuerdo a lo que se ha consolidado en la doctrina y práctica jurisprudencial, si bien la *ley de regreso o repetición*, no establece expresamente los criterios y legislación auxiliar que oriente conceptos sustantivos para la determinación en la responsabilidad del dolo o la culpa, se ha entendido, que al ser la acción de regreso una acción derivada de la acción de reparación civil extracontractual, el concepto de dolo o culpa sería el que concierne a los asuntos civiles.<sup>297</sup>

---

<sup>297</sup> **ARQUILLO COLET**, sostiene que aunque existe una sujeción especial del funcionario a la Administración, que determina la posibilidad de ser sancionado en determinados casos de infracción, el hecho de que la responsabilidad civil contra la administración sea directa aumenta considerablemente el riesgo moral y tiene unos efectos muy negativos en la prevención del daño, ya que el personal de la Administración no soporta generalmente las consecuencias de sus actuaciones: la indemnización por responsabilidad civil la paga la compañía aseguradora y las primas han sido pagadas previamente por la Administración. Además, en la práctica apenas hay litigiosidad en este tipo de seguros, por lo que la opción de las pólizas españolas desactiva todavía más la acción de regreso de la Administración Pública o de su compañía aseguradora contra el funcionario -en caso de dolo o culpa grave de éste que ya en la actualidad es escasamente utilizada a pesar del mandato del art. 145.2 de la Ley 30/1992, después de la reforma de la Ley 4/199968: la misma compañía aseguradora es la garante de la Administración Pública y del funcionario contra el que, teóricamente, debería repetir. Con todo, tampoco es económicamente rentable que cada funcionario contrate su propio seguro; por ello, para resolver los problemas que se plantean, es más adecuado que una parte de la prima del seguro sea asumida por el funcionario.

Así las cosas, el dolo o culpa se valoraría teniendo en cuenta el grado de diligencia en la administración de negocios ajenos, en el deber ser del buen *pater familia*,<sup>298</sup> sin ir hasta el grado de intencionalidad de culpabilidad del derecho penal, que como se ha mencionado, se constituye además del derecho civil, en fuente auxiliar de interpretación de las acciones de resarcimiento patrimonial de la conducta de agentes que disponen con ocasión de sus funciones de dineros públicos, pues este tipo de responsabilidad, corresponde el ejercicio del poder sancionatorio administrativo del Estado en procesos administrativos como lo es el proceso de responsabilidad fiscal de Colombia<sup>299</sup>, y que para el caso de la responsabilidad contable la jurisprudencia no desconoce esta orientación.

En todo caso, en una u otra clase de acción, entendiéndose acción de regreso o acción de responsabilidad contable, al momento de determinar la culpabilidad de los sujetos pasivos de la acción, es el operador jurídico o juez, quien a través del grado de discrecionalidad e independencia que le legitima el *Estado de Derecho, la racionalidad en el análisis de la prueba* y demás principios del debido proceso, el que determinara si existe o no culpabilidad.

En este sentido, como se ha mencionado, cobra importancia el tema de la necesidad de la delimitación de la conducta y demás factores de la tipificación del acto generador del daño. En la ley 678 de 2001, acción de repetición de Colombia, no

---

<sup>298</sup> GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos en su trabajo "Paso a nivel", destaca que uno de los problemas del aseguramiento de la Administración Pública, tal y como se configuran las pólizas de seguro que ofrecen cobertura también al funcionario, es que éste pierde incentivos para evitar el accidente.

<sup>299</sup> En la sentencias **SU -620 de 1996** la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó la jurisprudencia de la Corporación en torno a las garantías debidas a quienes fueran objeto de investigación y juicio fiscal por parte de las Contralorías y en la sentencia C-540 de 1997.. Considera que el 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.. Así entonces, en el juicio de responsabilidad fiscal cabe la aplicación del principio de la duda - o *in dubio pro reo* -, consecuencia ineludible de la presunción de inocencia que le impone al juzgador la carga de la prueba.



obstante ser como se ha expuesto, una acción de naturaleza civil, se describen conductas que pueden llegar a cometerse a título dolo y otras bajo el grado de culpa grave, la privación ilegal de un ciudadano, así como la violación del debido proceso, son conductas, como puede observarse que define la ley como presuntivas de la comisión de dolo y culpa grave, correspondientemente, con lo cual el legislador ha tenido en cuenta los eventos o escenarios en los que puede llegar a realizarse el daño antijurídico, y de esta forma ha previsto descriptivos legales que permiten tipificar con mayor precisión la conducta, pues recuérdese, que actos militares así como también errores judiciales y actos administrativos lesivos son entre otras actuaciones por las que el Estado puede llegar a afectar a terceros.

Se puede mencionar que existen más diferencias entre estos dos tipos de acciones, esto es, entre la acción de regreso y acción de responsabilidad contable o fiscal, que se han evidenciado en este trabajo. De esta forma, respecto de la *calidad del agente* que comete el daño, puede decirse, que en la acción de responsabilidad contable debe corresponder a una persona que funja como cuentadante o gestor contable, a diferencia del agente de acción de reparación civil por parte del Estado, que puede recaer en cualquier funcionario.

En este mismo sentido, puede decirse desde el análisis de la naturaleza de los actos que en cada acción se sancionan, correspondiendo como se ha dicho, actos un poco más imprevistos en las acciones de reparación de terceros por parte del Estado, como es el caso de muertes de civiles por acciones militares, por ejemplo, y actos en los que ha podido haber un poco más de preparación o planeación en la disposición de recursos, como por ejemplo los derivados de contratación pública, que corresponderían a la acción contable o fiscal.<sup>300</sup>

---

<sup>300</sup> Eduardo GAMERO CASADO, "Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas", op. cit., pág. 375, y por Alejandro HUERGO LORA, El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, op. cit., págs. 79-85. HUERGO LORA, Alejandro. "El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", op. cit., pág. 30, analiza aspectos como la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de los delitos o faltas de los funcionarios y del personal al servicio de la Administración (con más detalle en el Capítulo IV de esta tesis en relación con los profesionales de la Administración Pública Sanitaria), o la presión de determinados

Otro de los elementos a valorar, como lo mencionan los tratadistas al respecto de la acción de regreso, es que no es muy utilizada por el Estado, a pesar de la modificación realizada mediante la ley 4 de 1999, a la ley 30 de 1992,<sup>301</sup> por la que se hace exigible el uso de este tipo de acción por parte de la administración en los eventos en los que se presenten los elementos constitutivos de responsabilidad en el servidor que genere el daño.

Lo anterior se presenta no solo en razón de la dificultad de demostrar la existencia de dolo o la culpa grave,<sup>302</sup> sino también por motivos de insolvencia de los servidores públicos, así como también, en razonamientos consistentes en desestimar<sup>303</sup> el ejercicio de la función pública que lleva implícita un riesgo en la prestación del servicio por parte de quienes muestren interés en ejercer cargos públicos.

En este sentido, puede decirse que el tema de la insolvencia es otro aspecto a analizar en el grado de diferenciación que pueden llegar a tener la acción de regreso y acción de responsabilidad contable, pues si bien al momento de declarar la responsabilidad en estos dos tipos de acciones o de interponer las medidas cautelares que pudieren llegar a adelantarse, se presente que los servidores públicos no cuentan con bienes y recursos suficientes para respaldar el monto de daño, hay mayor probabilidad de rastrear bienes o deshacer negocios jurídicos en servidores que sean investigados por

---

colectivos como los médicos, ingenieros, arquitectos y personal docente público por asegurarse, especialmente desde que el art. 145.2 de la Ley 30/1992 (según la redacción de la Ley 4/1999) obliga a ejercitar una acción de regreso.

<sup>301</sup> Oriol MIR PUIGPELAT, "La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC", en Revista Jurídica de Catalunya, Vol. 1999, núm. 4, (1999), págs. 49-90.

<sup>302</sup> El panorama internacional, como es el caso de Italia y otros países enmarca la imposibilidad de asegurar las consecuencias derivadas de la responsabilidad civil extracontractual de la administración, en los casos de dolo o culpa grave, pues al respecto el art. 28 D.P.R. 761/1979, de 20 de diciembre de 1979, que prevé la obligación de la Administración Sanitaria italiana de concertar una póliza de seguro que cubra la responsabilidad de sus dependientes (médicos, enfermeras, auxiliares, etc.) por los actos que realicen en el ejercicio de su actividad dentro del servicio sanitario nacional italiano. La posibilidad de asegurar la responsabilidad civil frente a terceros está excluida en el caso de culpa grave o dolo.

<sup>303</sup> AQUILLO considera que el primer supuesto que prevé la regulación del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro es el caso e conducta dolosa del asegurado: si no hubiera repetición, los asegurados inocentes pagarían (por los dolosos) primas aún más caras, con lo cual la repetición eventual de la aseguradora al funcionario asegurado podría desmotivar el ejercicio de la función pública en cierta manera.

responsabilidad contable o fiscal, que en servidores o agentes de la acción de repetición, por razón a la misma naturaleza daño, esto es, que en quienes causan daño patrimonial al Estado al mismo tiempo se observa generalmente la presencia de conductas relativas a la apropiación de estos dineros, con lo cual, al momento del cobro coactivo, como lo establece la ley civil, usualmente pueden deshacerse negocios que hayan realizado estos sujetos dentro de los últimos años para insolventar su patrimonio.

Como puede observarse de este análisis, la acción de responsabilidad contable reviste algunas ventajas al momento de procurar el resarcimiento efectivo del daño, en razón a la misma finalidad que busca y los elementos que la integran, respecto de otras acciones de resarcimiento pecuniario sobre servidores públicos como lo es la acción de regreso o repetición.

## **2. Respecto de la revisión de actos administrativos**

### **Recurso de unificación de jurisprudencia**

La ley 1437 de 2011 de Colombia, crea el recurso de Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia, como lo expresa la ley, habrá lugar a este recurso, cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado, valga pena anotar que el Consejo de Estado, es la máxima corte que en Colombia conoce de las controversias contencioso administrativas.

El Artículo 256 establece como fines del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia; asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales. Este recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos. Tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena o, en su defecto,

de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda los siguientes montos vigentes al momento de la interposición del recurso:

1. Noventa (90) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad.

2. Doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad.

3. Doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales.

4. Cuatrocientos cincuenta (450) salarios mensuales legales vigentes, en los procesos sobre contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes.

5. Cuatrocientos cincuenta (450) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de reparación directa y en las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que de conformidad con la ley cumplan funciones públicas.

Vale también anotar que este recurso además procede en vía gubernativa respecto de decisiones administrativas anteriores que haya tomado la administración.

El Tribunal Constitucional de España como lo anota el Tribunal de Cuentas en 1983, 1984 y 1985 entre otras sentencias de estos y posteriores años,<sup>304</sup> ha manifestado que el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico del ordenamiento jurídico,

---

<sup>304</sup> Sentencia del Tribunal de Cuentas. STCu 30 de septiembre de 1992.

no es menos cierto que unos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”. Como lo expresa el Tribunal no puede aceptarse la firmeza de resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y que una misma persona fue su autor o no lo fue, no puede brindar firmeza de actos contradictorios.

Con lo cual el criterio de unificación jurisprudencial puede ser un elemento determinante al momento de valorar el Tribunal de Cuentas, que decisiones ha tomado con anterioridad el Tribunal Supremo en lo Contencioso Administrativo al decidir respecto de actos de la administración que tengan trascendencia económica por inadecuados manejos o disposiciones de gestores de fondos públicos, con el propósito de determinar si avoca el conocimiento de estos hechos en materia de responsabilidad contable, sin que pueda después a declararse la inexistencia de consecuencias jurídicas en esta misma serie de actos por parte del Tribunal de Cuentas, generándose además de abuso o extralimitación de competencias desgaste administrativo en el órgano judicial.

### **2.1 Determinación de posibles criterios para el conocimiento directo de actos administrativos por el Tribunal de Cuentas**

La revisión de actos administrativos es una función que en razón en las facultades jurisdiccionales solo se encuentra en cabeza de la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo, en sentencias del Tribunal de Cuentas y Contraloría General, se observa que la instancia superior *ad quem*, ha declarado la nulidad de fallos en los que estos órganos de fiscalización han encontrado la existencia de daño patrimonial al Estado, como consecuencia de la disposición de dineros y caudales públicos, con lo cual, no solamente, estos órganos de fiscalización, habrían incurrido en extralimitación de jurisdicción, con consecuencias jurídicas, que pudieren limitar en cierta medida, el resarcimiento efectivo del daño, así como, vulnerar principios del debido proceso y del Estado de derecho, como son el del juez competente, la seguridad jurídica, etc..

En tal sentido, tales estas consecuencias se observan, además por ejemplo, en posibles prescripciones del término concedido en la ley para acceder a la revisión de tales actos ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto el tiempo que han tenido en el trámite adelantado por los órganos de fiscalización, no habría dado lugar a la suspensión de la caducidad de los hechos generadores del daño.

Al analizar la naturaleza de los actos administrativos que pueden llegar a ser objeto de revisión por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa como consecuencia de la disposición de dineros públicos, se encuentra, que estos corresponden generalmente a actos de adjudicación y liquidación de contratos, así como, actos administrativos de carácter particular o general por medio del cual la administración reconoce derechos de contenido patrimonial a terceros o miembros de la administración.<sup>305</sup>

CORTELL GINER, expone cuatro supuestos bajo los cuales se da vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público:

El primer supuesto es que uno o varios gestores de caudales públicos realicen una actuación que vulnere las normas contables y presupuestarias directamente, es decir, sin que existan actos administrativos previos procedentes de un órgano que no merezca la consideración de gestor de caudales públicos. Por ejemplo, se ordena un pago duplicado por el órgano competente. Se deja prescribir un derecho ya liquidado por no llevar a cabo un recaudador las actuaciones legalmente previstas para su cobro en tiempo y forma.

Otro supuesto distinto es que se produzca por el gestor de caudales públicos una vulneración directa de normas no contables ni presupuestarias, y que este

---

<sup>305</sup> CORTELL GINER, Robert P. "Supuestos de Responsabilidad Contable" comenta que la "vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate y en relación con este requisito plantea una problemática muy rica, que hasta la fecha ha sido poco tratada por el Tribunal de Cuentas, pues la vulneración de la normativa contable y presupuestaria se puede efectuar de distintas maneras" y en tal sentido expone cuatro supuestos bajo los que se quebranta la ley presupuestal y contable.

incumplimiento determine la improcedencia de los pagos que se realicen<sup>306</sup>. Ejemplo: un caso en que el Secretario- Interventor autorizó con su firma una serie de mandamientos que no deberían de haber sido librados, considerando la situación de incompatibilidad del perceptor.

El tercer supuesto es el siguiente: existe un acto administrativo realizado fuera del ámbito de la gestión de los caudales públicos, que vulnera normas no contables ni presupuestarias<sup>307</sup>. Como en el caso de incumplimiento de contratos.

El cuarto supuesto es el siguiente: existe una norma jurídica de rango reglamentario que es ilegal y da ocasión a que se produzcan actos por los gestores de caudales públicos jurídicamente improcedentes<sup>308</sup>. Como en el caso que se declara que no existe responsabilidad contable porque se había aplicada la base de ejecución del presupuesto municipal, que en materia de gastos de representación y protocolo no establecía un concepto de estos gastos, de ahí que se diera por buena la interpretación de que era suficiente justificación un escrito del Alcalde poniendo de manifiesto que la cantidad de que se trata había sido invertida en su totalidad en los gastos para cuya finalidad se expidió el libramiento.

De esta forma COLLET<sup>309</sup>, expone eventos en los que la responsabilidad contable puede presentarse, teniendo en cuenta la naturaleza del acto que genera el daño, esto es, actos derivados de acuerdos bilaterales o unilaterales que en definitiva se ven representados en erogaciones indebidas, por motivo de una mala gestión de pago de deudas, al pagar doble, por falencias en la suscripción de contratos, así como por el incumplimiento de contratos, que por falencias de interventoría se pagaron, así como por vacíos de actos administrativos de carácter general.

---

<sup>306</sup> SJTCu de 1 de octubre de 1992

<sup>307</sup> Ver al respecto sentencia de la SJTCu 1/2003, de 26 de febrero

<sup>308</sup> Al respecto puede citarse lo decidido en sentencia Sentencia de la SJTCu 14/2003, de 14 de noviembre.

<sup>309</sup> COLLET. Supuesto de Responsabilidad Contable. Ídem.

Si bien en la práctica pueden darse más eventos respecto los fallos jurisprudenciales, debe observarse que la generalidad de los casos de destinación indebida de dineros se da en eventos en los que existe cierto margen de discrecionalidad de la administración para producir el gasto, que se ven representados generalmente en la expedición de contratos y actos unilaterales en los que se reconocen prerrogativas económicas.

En esta medida, el objeto de revisión de esta clase de actos, a través del cual pudiera llegar a cuestionarse la indebida destinación en el uso de dineros y caudales públicos, se orientaría, hacia la justificación del gasto y en el monto o valor asignado al mismo.<sup>310</sup> En este orden de ideas, a través de un contrato por el que la administración contratara la prestación de un bien o servicio que correspondiera a gastos de funcionamiento de la entidad; la justificación de la necesidad de contratación, casi que no tendría discusión alguna, entre tanto, son gastos necesarios para el funcionamiento básico del ente administrativo. En tal medida, gastos de mantenimiento de sede, seguridad, papelería, servicios generales, darían muestra por sí mismos de su grado de justificación, son gastos que además cuentan con una apropiación específica aprobada en el presupuesto oficial de la entidad, si el ente cuenta con autonomía financiera, o del ente administrativo nacional, territorial o funcional del que hacen parte.

---

<sup>310</sup> El artículo 142 CE dispone que las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de funciones respectivas en el desempeño de sus funciones que la Ley atribuye a las corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y las comunidades autónomas).

Por su parte, la suficiencia financiera se articula, fundamentalmente en dos vías independientes de financiación son los tributos propios y la participación de los tributos del Estado que se fija la corresponsabilidad de la suficiencia financiera local al Estado, de modo que se fija la responsabilidad de la suficiencia financiera local al Estado al afirmar que “ La CE no garantiza a las CCLL una autonomía económico-financiera en el sentido de que disponga de medios propios-patrimoniales y tributarios –suficientes para el cumplimiento de sus funciones. Lo que dispone es que estos medios sean suficientes, pero no que hayan de ser en su totalidad propios” STC 4/1981, de 2 de febrero).La dualidad de recursos tributarios fundamentales de las EELL (propios y compartidos con el Estado y las CCAA) evidencia la concepción institucional de una hacienda local no residual, ni subsidiaria, ni subsidiada, sino plenamente integrada con los dos restantes niveles territoriales de la hacienda pública, que se plasmó definitivamente en la ley 39 de 1988 reguladora de las haciendas locales.



Lo anterior lleva a considerar, al respecto del grado de discrecionalidad que tiene precisamente la administración para disponer del gasto a través de las entidades y entes que le representan, pues si bien, el gestor público cuenta con la facultad de disponer del gasto a través de rubros autorizados<sup>311</sup> para la ejecución de la función misional de la entidad y del gasto de inversión en adjudicación de subvenciones que fortalezcan la inversión y desarrollo del país<sup>312</sup>, o en proyectos que permitan esta labor institucional de la entidad, las actividades, bienes y servicios a través de las que lleva a cabo esta labor funcional, pueden llegar a contar con un cierto margen de discrecionalidad entre tanto su grado de limitación material se relaciona solo con el tope o monto máximo de asignación presupuestal, al no encontrarse previamente discriminados todos los gastos y montos específicos en que puedan llegar a incurrir para el desarrollo misional. Además hay que considerar la que fiscalización que realizan los órganos de control es posterior a la ejecución y destinación del gasto.

---

<sup>311</sup> Sentencia 6 de 2003, En todo proceso de rendición de cuentas existe cargo y data, el cargo hace referencia a la relación de caudales o efectos públicos cuyo destino se trata de justificar o cuentadatar. La data o descargo es la operación por la que se prueba el destino dado a dichos caudales o efectos como lo señala es el concepto que expone la aplicación dada a los valores objeto de gestión.

<sup>312</sup> FERNANDEZ FARRERES, que de hacerse una revisión del auto sala de apelación 25 de 1992 considera que los fondos públicos lo son cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al patrimonio público, por lo que parece lógico que pierdan esa naturaleza cuando dejen de pertenecer a dicho patrimonio y pasan a manos privadas. Se trata de dos supuestos de responsabilidad distintos y por tanto de dos infracciones distintas, la que puede exigirse por el manejo de caudales públicos que se extiende al cumplimiento de los límites presupuestarios de la llevanza de la contabilidad y la que incumbe a los perceptores de las subvenciones, avales y ayudas públicas al no haber justificado la inversión de lo percibido. Esta posición refuerza más la relevancia que implica la debida disposición de dineros públicos en manos de terceros, y que como se menciona se producen como consecuencia de decisiones de disposición discrecional del gasto, pues unido al riesgo que implica el traspaso de tales recursos al patrimonio del tercero denota que las consecuencias jurídicas que se pudieran presentar en caso de incumplimiento implicarían consideraciones y reservas de la administración que en primera medida tendría facultad de aclarar dada su posición de parte suscriptora lo que limitaría por estas consideraciones la revisión directa por parte del Tribunal de las consecuencias patrimoniales que derivaran este evento de incumplimiento. Además, la responsabilidad contable exigible a los preceptores de subvenciones es distinta de la que pueda resultar de la revisión del acto administrativo por el que se concede la subvención y que corresponde a la jurisdicción contenciosa. Sentencia Tcu 16 de 2003, control jurisdiccional de las subvenciones ha distinguido la revisión del acto administrativo y el enjuiciamiento de las responsabilidades contables que se pudieran derivar de la falta de justificación de la subvención.

En este sentido, la auditoría sobre la destinación, aplicación y uso de los dineros y caudales públicos<sup>313</sup>, que realizan los órganos de fiscalización, puede llegar a encontrar en la verificación de la gestión de recaudo por concepto de ingresos de las entidades y entes públicos, una labor que pudiera llegar a mostrar de manera más concreta e menos discutible, la existencia de daño patrimonial, representado en los faltantes o dineros que no ingresaron debidamente al patrimonio estatal, del que pudiera valorarse como hallazgo con incidencia de responsabilidad contable o fiscal, en la valoración de la gestión económica, eficiente y monto máximo de gastos generados en cada disposición presupuestal.

Redimir los títulos de inversión estatal como TES (títulos de deuda pública) una vez vencidos, el cobro de cartera morosa derivada de liquidaciones con saldos a favor del Estado, pagos de regalías por concepto de concesiones en la explotación de recursos naturales, entre otros, son muestras de esta gestión de recaudo.

Los actos preparatorios y de fondo en los contratos a través de los cuales la administración, fundamenta y asigna el valor del contrato, radican en la presentación y justificación de la necesidad de la contratación del bien o servicio, los estudios de mercado o cotización que permiten estimar el valor, las cláusulas o pliegos de condiciones que definen las contraprestaciones del contrato y liquidación con la que se define el grado de cumplimiento del contrato y de la existencia o no de faltantes o saldos a favor o en contra de la administración.<sup>314</sup>

---

<sup>313</sup> Sentencia sala de apelación, 15 de 1992. “Las leyes son las de “carácter contable”, sobre las que recae la vulneración que deviene en menoscabo y daño patrimonial, comprendidas en tal sentido, todas las prescripciones y resoluciones y reglamentos que rigen reglas sobre el presupuesto y la contabilidad pública. En ninguna resolución del tribunal de cuentas se afirma que para la existencia de una infracción contable es necesario que se incumpla un precepto con rango de ley, y que no es suficiente la observancia de una norma reglamentaria. CASINO MERINO reserva de ley relativa desde la perspectiva jurisprudencial.

<sup>314</sup> Memoria del Tribunal de Cuentas de 2010 presenta la existencia de irregularidades en la etapa precontractual de contratación de entidades públicas, al respecto indica que en el Informe presupuestario del programa fomento y coordinación de la investigación científica y técnica ejercicio 2005 se evidenció como consecuencia de la labor de fiscalización que al respecto del capítulo 6 “inversiones reales” cabe destacar el suministro mediante procedimiento negociado sin publicidad ni concurrencia de un sistema de tratamiento de información para la creación del Centro Nacional de Supercomputación por el importe de 14.100 millones de euros, omitiendo el informe del servicio jurídico fechándose en un mismo día todos los tramites del expediente hasta la adjudicación y firmando el contrato el día

De otra parte, en actos administrativos de contenido particular o general, generalmente los expedidos por las corporaciones públicas y entes de autonomía presupuestal, la destinación del gasto, si bien tiene una prioridad en la destinación, como es el caso de los gastos en materia social, gozan de cierto grado de discrecionalidad siempre que también no sobrepase el umbral presupuestario.<sup>315</sup>

Dentro de las actividades de planeación, como se ha comentado, la planeación de la contratación tiene especial relevancia y es una figura jurídica, a través, de la cual se ejecuta en términos generales buena parte del gasto público.

La contratación pública una actividad económica principal del gobierno puesto que, “de existir corrupción en ella, podría influir mucho en el dinero de los contribuyentes. En la Unión Europea, la contratación pública equivalió, aproximadamente, a 1,5 billones de euros en 20021. En los países de la OCDE, las estadísticas existentes indican que la contratación pública representa un 15%2 del Producto Interior Bruto. Los intereses económicos en juego, el volumen de transacciones dentro del ámbito mundial y la interacción más estrecha entre los sectores público y privado la hacen especialmente vulnerable a la corrupción<sup>316</sup>. (2)

Por lo tanto según lo reconocen los organismos internacionales que hacen seguimiento a las políticas y gestión de los Estados como es el caso de la OCDE<sup>317</sup>, ha establecido en las recomendaciones que ha formulado para Colombia, que tener un orden jerárquico claro en la supervisión del ciclo de contratación pública permitirá asegurarse de que las cadenas de rendición de cuentas están bien definidas, y que los mecanismos de supervisión se aplican mediante los correspondientes niveles de autoridad por delegación para las autorizaciones de gastos y a la aprobación de las fases clave de la contratación estatal están bien definidos. En tal sentido, estima este organismo que las normas para la

---

siguiente. Además la recepción del suministro sufrió un retraso de 6 meses sin que consten sus causas ni la exclusión de penalizaciones.

<sup>315</sup> Código del Tribunal de cuentas. De acuerdo al artículo 143, El principio de autonomía y ámbito de la actividad financiera local, se traduce en la capacidad de las haciendas locales para gobernar sus respectivas haciendas, suprimiendo la tutela financiera del Estado e involucrando a las propias corporaciones en el proceso de obteniendo en el proceso de obtención y empleo de los recursos financieros, permitiéndoles incidir en la determinación del volumen de los mismos y en la libre organización de su gasto.

<sup>317</sup> OCDE

justificación y aprobación de excepciones en los procedimientos deberán ser completas y claras, como en el caso de las excepciones al mecanismo de licitación.

*De esta forma, como igualmente lo formula la OCDE<sup>318</sup> el proceso de licitación ha sido tradicionalmente el centro de los esfuerzos internacionales. Sin embargo, esto es sólo la “punta del iceberg”, la fase mejor regulada y más transparente del proceso de contratación. En el Foro OCDE 20043, los países reivindicaron la atención específica a zonas oscuras, que están menos sujetas a los requisitos de transparencia y, por lo tanto, son potencialmente vulnerables a la corrupción. Entre las zonas oscuras se incluyen, concretamente: las fases previa y posterior a la licitación, desde la evaluación de las necesidades a la gestión del contrato<sup>319</sup> y el pago; así como también, las excepciones a los procedimientos competitivos, es decir, las circunstancias especiales, tales como la urgencia extrema y los contratos de valor reducido. Existen experiencias internacionales en las que dan prevalencia a la revisión de la contratación directa de manera previa a la erogación del gasto como es el caso de la Contraloría General de Costa Rica en donde se revisan este tipo de contratos de urgencia por parte de este ente de control.*

Y en tal medida al hablar de contratos excluidos de la contratación general encontramos en gran medida los contratos de contratación directa, donde el Estado cuenta con un alto margen de discrecionalidad para contratar, como por ejemplo, la que se presenta para hacer la contratación de contratos de prestación de servicios<sup>320</sup>. Para TRIANA Y SUÁREZ<sup>321</sup>,

---

<sup>318</sup> Foro OCDE 20043

<sup>319</sup> El aspecto de la etapa previa de la contratación y la selección objetiva del contratista, han sido de especial interés en otras instancias o contextos internacionales como el europeo. La Unión Europea a través de las directivas que fija para los estados miembros sobre los principios, reglas y criterios que deben considerarse en las actuaciones de contratación directiva de 1993 y demás, es un mecanismo que permite controles transnacionales al ejercicio de contratación, y por ende al decisional discrecional del Estado en esta materia. En estas directivas se ha instado a países como Alemania, Francia, España, Italia, para que rectifiquen procesos sobre adjudicación de obras públicas, concesiones derivadas de trámites urbanísticos en los que no han permitido la libre concurrencia de otros posibles oferentes a través de procesos licitatorios. De hecho, para el caso de España ha solicitado se revise en los términos de su legislación interna las posibles irregularidades o aspectos jurídicos que impiden la transparencia y publicidad en sus procesos de contratación. En España, se ha determinado a través del Observatorio Nacional de Contratación Pública, falencias encontradas en los procesos contractuales de obra pública, lo cual, deja ver la importancia de revisión en la etapa precontractual, de las condiciones económicas y técnicas que definen el cumplimiento de las obligaciones en este tipo de contratos, entre tanto, como ocurre en muchos países, condiciones que afectaban el equilibrio contractual del contrato o aspectos de determinaban a priori elementos que dificultaban la ejecución de las condiciones técnicas del contrato podrían haberse advertido desde la etapa previa a su suscripción y ejecución, máxime teniendo en cuenta, que en muchos países el control fiscal o proceso de fiscalización se hace de manera posterior y selectiva, con lo cual los entes de control no pueden entrar sino después de haberse legalizado y suscrito el contrato a hacer seguimiento y verificación del cumplimiento de las obligaciones de las partes y del objeto contractual. En esta medida, es importante advertir de la importancia que las instancias administrativas e institucionales que pueden realizar de manera previa este control lo ejerzan, como son las oficinas de control interno, veedurías, ministerio público, y en este sentido, reconsiderar hacer uso de mecanismos que venían funcionando adecuadamente como son las funciones de advertencia.

<sup>320</sup> El contrato de prestación de servicios profesionales se encuentra regulado en la ley 80 de 1993 y prevé que en los eventos en los que las entidades no cuenten con el personal de planta suficiente para realizar funciones misionales, o que no cuenten con las características y perfiles especiales para realizar determinados trabajos deberá contratarse con personas externas que cumplan con los trabajos. *Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos*

resulta inexplicable seguir utilizando de la manera más inapropiada los contratos de prestación de servicios en perjuicio de los fines del Estado. “Las órdenes de servicios son una modalidad excepcional, pero en este país se ha convertido casi en la regla general”. Desde hace años el fenómeno de las nóminas paralelas se encuentra en la agenda pública, pero poco a poco ha venido perdiendo vigencia. La Directiva Presidencial número 10 de 2002, en cuanto al Manejo Gerencial de los Recursos Humanos, había señalado que, por ningún motivo, y bajo ninguna circunstancia, el nombramiento de funcionarios públicos puede responder a transacciones, presiones o favores de tipo político o económico. Si bien, los contratos de prestación de servicios tienen un fundamento legal se han presentado eventos en los que los montos de sus objetos contractuales, llegan a alcanzar sumas altas de dinero sin que llegue a establecerse un estándar o criterios por los cuales se establecieron esos valores del contratos, siendo en tal medida completamente discrecionales por parte de la administración.

Ante el comportamiento de medidas discrecionales como son las que se presentan en eventos en los que la administración decide a criterio propio la manera como se desarrollan diferentes actividades o se asignan recursos, algunos autores como LAPORTA<sup>322</sup>, hablan sobre la necesidad de establecer, entre otros aspectos, preferiblemente canales o estructuras jerárquicas y procesos de revisión de los actos. *En concreto elementos que tengan que ver con la integración ciudadana, desconcentración administrativa, pluralismo y legalidad. LAPORTA propone tres tipo de medidas, las primeras tienen que ver con el proceso en la toma de decisiones, esto implica integrar a la sociedad en las decisiones de autoridad y para esto es fundamental evitar que la decisión tienda a concentrarse en una persona y en un momento procesal único, por lo cual, es mejor contar con órganos colegiados y no unipersonales, debe preferirse la revisión jerárquica de las decisiones, que su solución en única instancia, división de temas en decisiones que decisión unitaria. El segundo tipo de medidas tiene que ver con la discrecionalidad de los responsables públicos. El tercer tipo de medidas se refieren a la información y a la transparencia, según LAPORTA, los canales de información y los vehículos de transmisión han de ampliarse y drenarse al máximo en materias de gestión pública; auditorías, creación de un clima en el que las irregularidades se hagan públicas, transparencia general, sociedad abierta y pluralismo de las fuentes de información. (7)*

---

*contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado. En ningún caso estos contratos generan relación laboral, ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.*

<sup>321</sup> Proyecto de ley que busca modificar las contratos de prestación de servicios o conocidos generalmente como Órdenes de Prestación de Servicios.

<sup>322</sup> LAPORTA, Francisco, J. “La corrupción política: Introducción general”, Laporta francisco J. Alvarez Silvina, La corrupción poliitca. Nota 15 pp 31 y 32.

No obstante, el tema de la descentralización administrativa conlleva a otro tipo de problemas<sup>323</sup>, las observaciones que la CEPAL indico para países de Latinoamérica a finales de los años 90's se han mantenido en el escenario que entidades territoriales asumen funciones, obras, servicios y aprovisionan bienes o garantizan o todas estas a través de terceros, no obstante en muchos eventos los recursos locales o recursos propios de las entidades territoriales del orden más descentralizado no alcanzan a cubrir de manera autónoma los gastos y servicios que demandan por lo que deben servirse de transferencias del orden nacional y en tal medida administrar de forma eficiente estos recursos, con lo cual si bien cuentan con un nivel de discrecionalidad en su gasto local, este debe ser racionalidad, en gran medida, por la insuficiencia de recursos de presentan.

El principio de la confianza legítima se presenta como una solución jurídica a la delegación de funciones con el fin de exonerar las responsabilidades que pudieran recaer en el delegante, pues en las sociedades según lo indica JACOBS "las divisiones del trabajo serían imposibles si cada uno tuviese que controlar a absolutamente todos los que cooperan con él: de tanto tener que controlar el comportamiento de los demás nadie llegaría a cumplir con plena dedicación sus propias obligaciones; el resultado sería, con bastante seguridad, peor que el que se produce si se reconoce un principio de confianza."<sup>324</sup>256

Ante estos eventos de discrecionalidad del gasto y autonomía de decisiones administrativas, teóricos han establecido la importancia de la rendición de cuentas y la revisión y control por parte de los organismos de control y ciudadanía. PERUZZOTI y SMULOVITZ<sup>325</sup>, indican al respecto del concepto de accountability que esta regula y reduce la brecha entre representantes y representados, preserva la distancia entre autoridades políticas y ciudadanía, que se puede presentar en tres tipos, legal, política y

---

<sup>323</sup> **Cepal, nivel intermedio arreglo institucional 1998.** En los casos en los que la asunción de responsabilidades está sujeta a la negociación entre el nivel residual y las municipalidades, en aquellos casos en los que hay competencias concurrentes es necesario establecer arreglos entre el nivel intermedio y para el municipal para definir quien ejerce prevalentemente estas competencias o bien para aprestar a la administración municipal para su asunción en un término definido. En los casos en los que no están definidas las categorías municipales para determinados grupos de funciones, situación a la cual, la flexibilidad en el reparto de competencias está sujeto a la aplicación de principios de subsidiariedad que el nivel superior asuma transitoriamente o por un periodo largo determinadas funciones que no están en capacidad de asumir los municipios o también en los casos en los que estas funciones que tradicionalmente ha asumido el nivel intermedio pero que tienen un claro contenido local y deben ser en consecuencia transferidas. Las municipalidades han asumido responsabilidades de gasto publico crecientes en donde los sistemas de transferencias de recursos se han complejizado que exigen para su uso racional determinadas condicionalidades a las que deben someterse los beneficiarios locales receptores de las mismas, el nivel intermedio debe verificar para gestionar los recursos.

<sup>324</sup> Similar posición sostiene Maraver Gómez, para quien el principio de confianza se ha querido fundamentar destacando la importancia que tiene la división del trabajo en el ejercicio de determinadas actividades257.(9)

<sup>325</sup> PERUZZOTI y SMULOVITZ "Accountability social; la otra cara del control. Controlando la política: ciudadanos y medios en las democracias latinoamericanas. Buenos Aires. Temas 2002.

social<sup>326</sup>. La accountability puede ser también *horizontal*, según la caracterización de O'DONELL, y se refiere a la operación interestatal de controles dentro de una red de agencias (poder legislativo, judicial, ejecutivo, órganos autónomos, tribunal constitucional que se controlan y equilibran mutuamente. La accountability social, esta sería una especie de accountability política de carácter vertical, relación electores gobernantes, redes capaces de controlar las acciones de ejecutivo.

CRUZ, Castro <sup>327</sup> propone fiscales independientes que tengan competencia legal para iniciar de oficio las investigaciones. Igualmente se decanta por un mayor presupuesto al Ministerio Público, la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos mientras se mantengan en el ejercicio de la función pública, el uso de agentes encubiertos, restricciones al secreto bancario y la introducción de nuevos tipos penales. Mediante estas posturas se observa la importancia que ha venido incorporando el control a las decisiones de las autoridades o gobernantes.

En igual medida otros autores como LOPEZ PRESA y ROSE ACKERMAN se han pronunciado sobre la importancia de controlar decisiones de la administración que pudieran generar corrupción.<sup>328</sup> LOPEZ PRESA propone medidas para enfrentarla, entre otras, las siguientes, ampliar y fortalecer la participación ciudadana continuar con la profesionalización de los recursos humanos y con la reforma de las organizaciones públicas, adecuar los marcos jurídicos a las necesidades actuales, extender el uso de tecnologías de información, y continuar con el desarrollo administrativo y desregulación. Son medidas dirigidas a la reforma de la administración pública sin tomar en cuenta las otras instancias públicas el poder ejecutivo, el legislativo, el judicial, los órganos constitucionales autónomos, la cooperación internacional, el papel civil (la rendición de cuentas horizontal de cuentas de carácter social), las políticas represivas y de control.

---

<sup>326</sup> La accountability legal está orientada a que las acciones de los funcionarios estén enmarcadas legal y constitucionalmente, mediante la separación de poderes, el reconocimiento de derechos fundamentales, el sistema de pesos y contrapesos, el constitucionalismo moderno establece instituciones que permiten poner límites a la arbitrariedad del poder del Estado. En el constitucionalismo moderno existe una discrecionalidad regulada dentro de la esfera de normas abstractas que fijan competencias, procedimientos y marcos de actuación para las autoridades. Un gobierno responsable accountability desde el punto legal si hace posible que las acciones gubernamentales no infrinjan la ley; y se ajusten al debido proceso, para que los mecanismos de accountability legal funcionen con eficacia, es necesaria la existencia de un sistema legal con capacidad para imponer la ley y hacer que los gobernantes la obedezcan. La accountability POLITICA<sup>326</sup> se refiere a la capacidad del electorado para hacer que las políticas gubernamentales respondan a sus preferencias, se expresa a través de las elecciones es de carácter vertical aunque como ha señalado muchos teóricos Przeworski, Stokes, Manin fracasa porque los gobernados no pueden obligar a los gobernantes a actuar responsablemente (problemas de información, de sanción electoral, limitaciones del voto etcétera)

<sup>327</sup> CRUZ, Castro Fernando ha propuesto para Costa Rica, “la investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio público, en los sistemas penales latinoamericanos” Revista PENA Y Estado. Revista latinoamericana de política criminal. Buenos Aires, 1995. Pp 81-98.

<sup>328</sup> LOPEZ PRESA, Jose Octavio. Corrupción y cambio, Fondo de Cultura Económica. 1998. Pp 375 y ss.

SUSAN ROSE ACKERMAN<sup>329</sup>, insiste en que mientras los funcionarios detentan un poder discrecional, persistirán los alicientes contra la corrupción por lo que un mecanismo adecuado para combatirla consistirá en reducirla. Ello implica simplificar las leyes fiscales para reducir el poder discrecional de la burocracia, reorganizarla, profesionalizarla, propone examinar las leyes administrativas para ver cuáles pueden ser eliminadas. Simplificadas o analizadas para ver en cuales se requiere mejorar su aplicación. Igualmente insiste en reestudiar los mecanismos y procedimientos para aprobar proyectos de infraestructura. ACKERMAN es partidaria de reformas y mejoras a los órganos de control, transparentar las acciones del gobierno, reformar al funcionariado mediante su reducción y mejora de sus prestaciones e incentivos También está de acuerdo, en perfeccionar el funcionamiento de tribunales, de los fiscales, auditores, o en caso crear comisiones anticorrupción, Una de las propuestas de la autora norteamericana estriba en fortalecer el papel de los organismos e instancias internacionales que desarrollan proyectos anticorrupción. Políticamente insiste en el compromiso de la cúspide del gobierno para concebir e implementar los esfuerzos anticorrupción.

NIETO<sup>330</sup> por su parte, menciona que el gobierno, es el gran interesado en que la corrupción no sea perseguida, porque si la corrupción, es cometida por quienes ocupan el poder y estos deben responder por ella<sup>331</sup>, es inevitable que cabalmente desde el poder se intente evitarla y llegado el caso, esquivar el castigo. NIETO, propone medias represivas de control y de prevención de la corrupción, además de una lucha contra la impunidad. Para él, las medias represivas son las más llamativas pero no son siempre las más eficaces, es más eficaz el control y prevención que el castigo. Las diferentes medias deben partir de una política anticorrupción basada en principios elementales como reducir las ocasiones de que la corrupción se produzca, tener claro que no solo es corrupción lo que una ley ha

---

<sup>329</sup> ACKERMAN, Susan Rose, la corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma, cit nota 12 pp 308 y 309.

<sup>330</sup> NIETO, Alejandro, Corrupción en la España Democrática, nota 7 pp 203 y ss. Indica también, en cuanto al control distingue cuatro tipos; el político, el técnico, el realizado por organizaciones internacionales y el de los medios de comunicación que según su punto de vista es más efectivo. El político se realiza a través de comisiones de investigación del legislativo que casi nunca funcionan adecuadamente, el técnico es generalmente realizado por la propia administración, en España se llama servicio de intervención. Los organismos internacionales han realizado una labor de conciencia importante y nieto propone como ejemplo, la "unidad de lucha antifraude" de la unión europea, finalmente, estaría el control de prensa. Nieto advierte que las tendencias a que la lucha anticorrupción sea un instrumento de lucha política, en donde lo que importa es sacar provecho electoral y no combatirla seriamente.

<sup>331</sup> Al respecto debe mencionarse que la Convención Interamericana de Naciones Unidas de la lucha contra la corrupción, define que se entiende por actos de corrupción y cuales funcionarios públicos que pueden incurrir en este tipo de conductas. *"Toda persona que ocupe un cargo legislativo<sup>331</sup>, ejecutivo, administrativo o judicial de un estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual, sea la antigüedad de esta persona en el cargo ii) toda persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese estado parte... No obstante, a efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo segundo de la presente convención podrá entenderse por funcionario público, toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese estado parte"*



tipificado como tal, y no solamente es corrupto aquel quien una sentencia ha condenado. La mejor política anticorrupción es la prevención, las medidas represivas comprenden la legislación contra la corrupción aunque lo importante no es lo que digan las leyes sino como se aplican por los tribunales; un poder judicial independiente y con medios suficientes, para investigar, conocer y sancionar la corrupción, el juez debe tener muy claro que los eslabones débiles de la cadena tienen relación con la autoría y la causalidad, la corrupción de personas morales no se realiza directamente sino a través de intermediarios, empresas o asociaciones y mediante un mecanismo organizativo y procedimental muy complejo, en cuanto a la causalidad lo importante, es sobre todo saber a quién beneficia la acción corrupta, órgano más idóneo para la prevención de la corrupción no es el penal, es el gobierno que puede obligar a dimitir o cesar o disciplinar a los administradores públicos corruptos, la reprensión también puede confiarse a órganos autónomos también puede ser eficaz la acción represora de los partidos políticos en lo que se refiere a sus miembros, y los colegios y cuerpos colegiados pueden reprimir la corrupción mediante expulsión y medias disciplinarias.

Como se observa NIETO y otros autores dan importancia al contrapeso o equilibrio que puedan generar los distintos poderes públicos para combatir la corrupción que en gran medida se genera por la discrecionalidad de los actos, se propone en tal medida, por ejemplo el fortalecimiento de los jueces y de los organismos de control en esta medida la labor del juez fiscal, puede jugar un papel relevante al momento de sancionar aquellas conductas que se encuentren en detrimento de bienes jurídicos protegidos por el Estado, como es el patrimonio público.

En esta medida, cuando estos gastos se convierten en objeto de fiscalización, como resultado de auditoría a las cuentas y caudales públicos, la verificación del cumplimiento de los requisitos de legalidad, economía y eficiencia, en su expedición, se observa a través de la justificación del gasto y del monto asignado. Con lo cual, al parecer, la ilegalidad del gasto, podría ser más fácilmente demostrable, al compararse el fundamento legal sobre el que se realizó este gasto con el precepto legal que lo ampara, entiéndase como tal la norma general de presupuesto, normas financieras, así como la ley mediante la cual se asigna el presupuesto y gastos anual que a su vez tiene concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo, y demás que hablen al respecto de la destinación de gastos, pero la comprobación del grado de eficiencia y economía en el uso de los recursos es algo que sugiere generalmente mayor controversia.

Así las cosas, el ente de fiscalizador termina usualmente encontrando daños o menoscabos patrimoniales más objetivamente demostrables en eventos tales como el incumplimiento de contratos que han sido reconocido como tales por la administración, en el no recaudo de ingresos como se mencionó, y en hechos que con ocasión de las gestiones de auditoría se evidenció que dieron lugar a pagos o gastos sobre los que no se recibió contraprestación alguna, o que no tuvo la destinación perseguida, o como se denominaría *falsa motivación* en fundamentación del acto.<sup>332</sup>

Sin embargo, la presunta ilegalidad de actos administrativos, no necesariamente, conlleva a su configuración con motivo en el incremento de gastos o destinaciones que superan los topes fijados en la ley, al entenderse estos como daño o menoscabo patrimonial. En tal sentido, pueden mencionarse actos administrativos, sobre los cuales los entes fiscalizadores profirieron fallos y sentencias de responsabilidad contable y fiscal y que fueron anulados por el *ad quem*, entiéndase Tribunal Supremo o Consejo de Estado de Colombia, al encontrarse falta de jurisdicción en el por parte de estos organismos- *ad quo* -, al pronunciarse sobre actos en los que la presunción de legalidad solo podía desvirtuarse por la jurisdicción contenciosa administrativa.<sup>333</sup> Además actualmente, existen estos, que por vía de acción de amparo o tutela hacen erogaciones

---

<sup>332</sup> La ley orgánica del Tribunal de Cuentas de España y leyes de control fiscal y responsabilidad fiscal en Colombia, establecen que en la destinación y administración de recursos públicos debe observarse el cumplimiento de la legalidad, eficiencia y economía en esta gestión. Por ejemplo en el pago de pensiones a personas muertas. STU 12 DE 1999. Existe responsabilidad en pago de dietas por asistencia al consejo general del crédito oficial a miembros que no concurrieron a las correspondientes sesiones. al infringirse el RD. 263 DE 1988, sobre indemnizaciones por razón del servicio, con lo cual cualquier disposición que implique la erogación de dineros que no se justifiquen debidamente puede ser constitutiva de responsabilidad contable.

<sup>333</sup> CONSEJO DE ESTADO 2001. Radicación número: 25000-23-24-000-1997-9266-01(6733), el Consejo de Estado de Colombia concluyó: *“La Contraloría General de la República insiste en que, mediante los fallos demandados, el ente fiscalizador protegió los intereses del Estado, evitando que se causara un deterioro en detrimento del erario público, pues el mecanismo contractual resulta inequitativo para la entidad contratante. Pero tal argumentación, para la Sala, apunta a la legalidad de las cláusulas contractuales que debieron ser demandadas mediante el ejercicio de la acción contractual. Se deduce, entonces, que los fallos 065 del 20 de agosto de 1991, 109 del 15 de noviembre del mismo año, proferidos por el Jefe Territorial de Juicios Fiscales de Cundinamarca, y el 0347 del 11 de octubre de 1996 del Jefe de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, son nulos por falsa motivación, lo que llevará a confirmar el fallo de primera instancia.* De otra parte considérese al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 2012, sobre el municipio de Boadilla, en el que este tribunal declaró la nulidad del fallo del tribunal de cuentas, por el que declaraba responsabilidad contable, en la asignación de incremento salarial de empleados públicos de este ente territorial reconocido mediante decreto.

que no se encontraban aprobadas en el presupuesto, soportadas en la garantía real y material de derechos fundamentales de los administrados.

Lo cual podría llegar a concluirse que, al momento del enjuiciamiento de responsabilidad contable y fiscal, el operador jurídico para determinar el conocimiento directo de consecuencias patrimoniales derivados de actos administrativos, debe considerar aquellos en los que se encuentre de manera más objetiva la evidencia en la realización del daño y menoscabo, como es el caso de los tres eventos mencionados, sino también, valorar en los casos en los que revistan una presunta ilegalidad, dos aspectos: *el grado de discrecionalidad* con el que cuenta el gestor público para determinar el gasto, y *el destino efectivo de los dineros asignados*.

Al examinar *el grado de discrecionalidad* con el que cuenta el gestor público, se valora no solamente la competencia del servidor para proferir el acto administrativo, es decir que este servidor se encontraba legalmente facultado para realizar este acto, sino además, si el gasto correspondía a egresos que estaban explícitamente definidos en la ley o si correspondía a lo que se ha mencionado como gastos generados, en los que el gestor define con criterios en cierta medida discrecionales, las condiciones en las que se este se genera, entiéndase en tal sentido, por ejemplo facultad para pactar las cláusulas de un contrato o facultad para conciliar peticiones sindicales o reconocer pagos a funciones o actividades básicas u ordinarias.

Y de otra parte, se debe considerar el *destino efectivo de los dineros asignados*, pues si los dineros se derivaron de una obligación primaria legalmente autorizada, no necesariamente el incremento en esta asignación o pago adicional debe considerarse como ilegal, o antieconómico o ineficiente, pues puede llegar a concluirse que los dineros públicos no se perdieron, pues se asignaron a funciones u obligaciones públicas, con lo cual el grado de ineficiencia y gestión antieconómica termina además siendo un tanto etéreo hasta tanto la ley no brinde de manera más

concreta las condiciones y elementos que tipifiquen su configuración.

De esta forma, los requisitos que llevan a la nulidad del acto, esto la *competencia*, la *legalidad del acto*, la *falsa motivación*, *desviación de poder* y *debido proceso*, podrían ser valorados mediante un razonamiento preliminar por parte del operador jurídico del órgano fiscalizador antes de realizar el juicio contable o fiscal, entre tanto se analizaría, en primera medida y de forma más objetiva la *falsa motivación* que pudiera existir, al no existir la contraprestación efectiva para el Estado u origen legal de la obligación, así como en *la competencia* y *el alcance de la legalidad* que puede llegar a tener el gasto, considerando el *grado de discrecionalidad* y *el destino de los dineros*, como se ha mencionado, aspectos que darían muestras a su vez *desviación de poder*, que si bien no conlleva a la determinación directa de daño patrimonial, pues esta se observa básicamente como se ha expuesto a través de la *legalidad*, si habla al respecto de aspectos tales como la extralimitación de funciones al no tener competencia o ejercer actos que van más allá de su órbita de actuación con fines personales o para terceros.

Así las cosas, la prejudicialidad de la que habla la ley del Tribunal de Cuentas, y la no revisión de actos administrativos por parte de este órgano de fiscalización, podría verse más salvaguardados con este tipo de razonamientos, en aras de la seguridad jurídica y mejora y eficiencia en la administración de justicia.

## **2.2 Revisión de los actos administrativos de la administración, título ejecutivo de *responsabilidad patrimonial* y Enriquecimiento sin justa causa:**

La acción de responsabilidad contable, puede seguirse contra aquellos que tengan a su cargo la gestión, administración y disposición de dineros o caudales públicos, así lo dispone la ley orgánica y de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, así como la ley 610 de 2000, correspondientemente.

En esta medida, los recursos y bienes públicos, sobre los que se haya presentado disminución, perjuicio o pérdida, son pueden ser resarcidos mediante este tipo de procesos, con lo cual, podrán responder de manera solidaria todos quienes sean encontrados responsables por su conducta dolosa o gravemente culposa en la comisión de tales conductas.

De acuerdo a la ley orgánica del Tribunal de Cuentas, la responsabilidad contable podrá proceder de forma directa contra quienes hayan ejercido directamente los actos que dieron lugar al detrimento patrimonial al Estado, además, corresponde responsabilidad subsidiaria a quienes no obstante hayan dado lugar con su acción u omisión a la realización del daño, dieron muestras de mayor diligencia en la ejecución de esta conducta, como por ejemplo al haber advertido por escrito el riesgo de tales hechos.

De otra parte, la ley 610 de 2000, establece que serán también responsables quienes con su conducta contribuyan a la ejecución del daño, con lo cual de acuerdo, a la concluido por la Corte Constitucional, su conducta tendrá que ser directa y determinante en la comisión del daño. En este sentido, será responsable en el perjuicio patrimonial al Estado, no solamente los gestores fiscales, sino quienes contribuyan de forma directa al daño. Aunque la jurisprudencia ha dado interpretación condicionada de la norma, su aplicación se ha visto orientada en aquellos casos, en los que concurre la presencia de contratistas en la ocurrencia del daño u otros particulares.

Sin embargo, al analizar más allá, existen eventos en los que efectivamente la indebida disposición de dineros, culmina con la entrega de dineros públicos a particulares o terceros, como consecuencia del reconocimiento de obligaciones del Estado a favor de estos, como por ejemplo, cuando el Estado liquida de manera indebida, esto es, reconociendo cifras o sumas superiores a las que corresponden, a través por ejemplo de mesadas pensionales, en el caso de erogaciones periódicas o liquidaciones tributarias,

indemnizaciones, entre otros.

La ley dispone que en terceros de buena fe, la revocatoria del acto, debe contar con la aprobación del tercero afectado, mientras que en aquellas situaciones de mala fe, el acto se puede declarar lesivo directamente por la administración. Con lo cual una vez quede en firme, es decir que hayan sido resueltos los recursos sobre el mismo y esté debidamente notificado, la administración podrá por medio del respectivo proceso de cobro coactivo, persuadir su pago.

Sin embargo generalmente esta revocatoria del acto administrativo, es demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa, con lo cual esta instancia judicial será la pertinente para determinar la existencia del pago indebido o suma adicional.

Así las cosas, el administrado debe responder por el pago de estas sumas adicionales de dinero que recibió, y será él el exclusivo responsable de este pago, con lo cual en caso de insolvencia, el Estado no podrá cobrar esta suma de dinero. Lo cual lleva a considerar en estos casos si la administración puede repetir contra el o los funcionarios que dieron lugar a este reconocimiento indebido de dinero, y procurar de esta forma el pago solidario de la obligación.

En este orden de ideas, se observa que la acción de repetición, no podría aplicarse en contra del servidor público, puesto que este tipo de acción requiere que el Estado haya pagado una suma de dinero al particular afectado, como consecuencia de un daño o carga que este no estaba obligado a afrontar, con lo cual no se ajusta a los presupuestos facticos que exige el precepto legal. En esta medida, la acción de responsabilidad contable sería una alternativa jurídica, que como se observa, se aplicaría de manera posterior al reconocimiento, y declaración judicial de esta acreencia a favor del Estado, por lo menos de manera clara, en los casos en los que demanda la declaración de revocatoria del acto por parte de la administración.

En todo caso, esto daría no solo muestras de la ventaja de este tipo de acción para mejorar las condiciones de resarcimiento del daño respecto de otras acciones como la de reparación directa, sino también de evidenciar, en cierta medida, aún más, la tesis de la imposibilidad de pronunciamiento del Tribunal de Cuentas en las consecuencias patrimoniales de determinados actos administrativos, pues el Tribunal de Cuentas o el ente de Control Fiscal, según la descripción de los hechos dados anteriormente, entraría a decidir básicamente al respecto de un título ejecutivo que cobraría incidencia de responsabilidad contable, algo así como un *título ejecutivo de responsabilidad contable, entendido como una obligación clara, expresa y exigible a favor del Estado, pero sobre el que debe resolverse la responsabilidad de los gestores contables* involucrados en la pérdida patrimonial.

De otra parte, bajo el supuesto, que la acción de demanda de lesividad del acto por parte de la propia administración haya caducado,<sup>334</sup> podrá el Estado adelantar proceso de responsabilidad contable, en el que pretenda demostrar la existencia de de responsabilidad en cabeza de los servidores o funcionarios públicos que dieron lugar a este pago indebido.?

Podría responderse, que al consistir esta suma de dinero, en objeto de decisión de la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante la acción de lesividad del acto y que al encontrarse este término vencido, ya habría prescrito la oportunidad de cobro de este dinero. Sin embargo podría suponerse que la oportunidad de cobro para los servidores públicos que dieron lugar a este pago indebido, no habría prescrito,<sup>335</sup> que lo

---

<sup>334</sup> El Código Contencioso Administrativo de Colombia establece que la ley tiene un término de dos (2) años previsto para que la administración demande la legalidad de su propio acto ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

<sup>335</sup> Teniendo en cuenta que el tiempo de caducidad para adelantar la acción de responsabilidad fiscal en la ley 610 de 2000 es de (5) cinco años.

que habría operado sería la pérdida de la oportunidad de demanda de la lesividad del acto, pero no de la acción de responsabilidad contable y las conductas derivadas de la misma dirigidas hacia otras personas, que a su vez podría dar lugar a que los servidores vinculados al proceso, alegaran falta de jurisdicción, caducidad de los hechos que dieron lugar a la pérdida patrimonial del Estado y en definitiva a considerar si debe para este otro evento existir reconocimiento judicial de la acreencia de dineros a favor del Estado, es decir la existencia de un título ejecutivo sobre el que se analice la responsabilidad contable, o como se denominó anteriormente, un *título ejecutivo de responsabilidad contable*.

De otra parte, bajo otro supuesto, de un préstamo a un tercero,<sup>336</sup> por una entidad de naturaleza financiera con patrimonio público, se liquidara inadecuadamente, esto es, que no se cobrara la totalidad del préstamo al tercero, y más sin embargo se liquidara sin faltantes a favor del Estado, podría analizarse la incidencia de responsabilidad contable, por parte de la persona encargada de revisar o ejecutar las liquidaciones crediticias.

Además, sería lógico en este evento, procurar el pago de este dinero,<sup>337</sup> por parte del tercero, si no ha prescrito la acción de cobro, en tal medida, ante una obligación así, de naturaleza mercantil o comercial, el Estado a través de la entidad bancaria,

---

<sup>336</sup> Recuérdese que para algunos autores como DIAZ LEMA, el crédito es una especie de subvención y si se atiende lo concluido al respecto de la ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, este sería entonces materia no solamente de fiscalización sino que no perdería la naturaleza de dineros públicos al ingresar al patrimonio de un tercero, hasta tanto no lo haya cancelado o pagado como es natural. En un amplio sentido es subvención todo beneficio económico obtenido por la aplicación de un precepto legal y se extiende solo a las entregas de dineros, sino también a los créditos oficiales y a los beneficios fiscales. DIAZ LEMA, "Subvenciones y Crédito Oficial" Instituto de Estudios Fiscales de 1985. Autores como FERNANDEZ FARRERES, sin embargo considera que es difícil determinar si los dineros que una vez entran en poder del particular subvencionado, siguen siendo públicos. Al respecto teniendo en cuenta que el origen de la obligación sigue vigente, es decir no se ha extinguido, como lo sería con una subrogación del crédito, novación, pago u otra forma de terminación de la obligación, el dinero si bien ha entrado al patrimonio del tercero, puede perseguirse siempre que este latente la acreencia.

<sup>337</sup> La sentencia TCU, auto sala de apelación 25 de 1992, establece las normas presupuestarias y contables pueden ser aplicables al sector público o a los preceptores de subvenciones o ayudas, con lo que aparece claro que estos últimos (al recibir fondos públicos ect) se erigen en sujetos encargados de su manejo y aplicación., por lo cual más que la acción de cobro ejecutivo, el cobro reuniría aparentemente las condiciones de gestión de fondos públicos, al ser el tercero favorecido con una ayuda o crédito.



podría exigir el pago de lo debido. Con lo cual podría presentarse la presencia de dos procesos de cobro en distintas jurisdicciones por el mismo valor, pero que tendrían justificación en que van dirigidas contra dos tipos de personas diferentes.

Lo anterior lleva a considerar, en caso de declararse responsable al tercero, y si este se encontrare insolvente, podría el Estado, a través del proceso de responsabilidad contable exigir la totalidad del pago al servidor que con ocasión de su labor, dio lugar a la pérdida patrimonial del Estado? Una posición al respecto, podría considerar que sí y en tal medida, el servidor podría llegar a pagar por el total de este dinero, pues a través de su conducta negligente dio lugar a la pérdida patrimonial del Estado.

No obstante podría considerarse, que esto daría lugar a un *enriquecimiento sin justa causa* a favor del tercero que fue quien efectivamente recibió los dineros a través del contrato de mutuo. Bajo principios de tutela constitucional, habría aparentemente un trato discriminatorio al servidor público, se violaría presuntamente el principio de igualdad.<sup>338</sup> Se entiende que habría enriquecimiento, en la medida que como lo establece la doctrina, que es la que se ha pronunciado sobre el tema, habría un empobrecimiento en el patrimonio del gestor de fondos públicos y un enriquecimiento por parte del tercero subvencionado o contratista al compartir de manera solidaria la responsabilidad contable.

Si bien se establece que esta fuente de responsabilidad, mediante la *acción in rem verso* es aplicable en aquellos eventos en los que no exista acción legal que permita el restablecimiento de la pérdida patrimonial, se observa que la acción de responsabilidad contable o fiscal, protege el patrimonio del Estado, pero el patrimonio del gestor de fondos públicos queda sin protección.

---

<sup>338</sup> Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIP1, I.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., pág. 93. esta interrelación nos la ofrece el hecho de que, ordinariamente, se enumere entre los requisitos del enriquecimiento sin causa la relación de causalidad entre empobrecimiento y enriquecimiento. Alvarez Caperochipi ha señalado, precisamente, que tal requerimiento puede deberse a la cercanía que la institución tuvo en sus orígenes con la responsabilidad civil extracontractual.

A través de la doctrina, se ha hablado con ocasión del enriquecimiento sin justa causa en la administración<sup>339</sup>, en el servidor o gestor de fondos públicos podría encontrarse en una de las tres causales que menciona la doctrina<sup>340</sup>.

En tal sentido, el gestor de fondos públicos podría verse incurso en **Condictio por inversión**, que se refiere a supuestos de enriquecimiento obtenidos a costa de un sujeto que, sin ejecutar una prestación ni pretender cumplir una obligación propia, realiza una inversión (de sus bienes o de su trabajo) o un desembolso que aprovecha a otro, y en este caso el tercero.

Ante esta apreciación, podría alegarse la **regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans***, por el cual no se puede alegar su propia torpeza. El Código civil, en los preceptos que consagran el *nemo auditur*, no lo circunscribe a la inmoralidad contemplada a la contraria a la honestidad, sino que distingue otros supuestos de su ocurrencia como caso que medie un delito o falta cualquiera (artículo 1305) y aquellos otros de causa torpe pero no constitutivos de delito (artículo 1306).

Como lo establece la doctrina y la jurisprudencia podría pensarse que no puede alegarse la propia torpeza en el caso de los gestores, se ha establecido que ni siquiera se puede alegar en los casos de existencia de nulidad del acto. El *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* no puede exigirse el cumplimiento del contrato nulo por inmoral y

---

<sup>339</sup> **REBOLLO PUIG**, Manuel. Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo. Estudios QDL, 2006. Diferenciación clara entre esta fuente de obligaciones y las restantes o, para decirlo más sencillamente, entre la obligación de restitución del enriquecimiento injusto y las que nacen de los contratos, de la responsabilidad patrimonial por daños o de la gestión de negocios ajenos, porque cada una de ellas conduce a una medida de la obligación diferente. Lo que debería aplicarse es la idea del doble límite: la Administración estará obligada a restituir su enriquecimiento pero con el límite del efectivo empobrecimiento del actor. Y para ello deberían valorarse cada una de estas magnitudes en el caso concreto. Aunque algunas sentencias apuntan vagamente en esta línea (STS de 24 de abril de 1989, Aranzadi 5528) la mayoría no lo hacen. Incluso son frecuentes las que en caso de contratos nulos entienden sin más que la obligación de restitución es idéntica a la de pago del precio previsto en el contrato. Igualmente, cuando se trata de ejercicio nulo del *ius variandi*, los tribunales identifican el enriquecimiento injusto con el importe que habría resultado de aplicar las previsiones de las reglas contractuales como si se hubiera acordado la modificación válidamente. Especialmente clara es a este respecto la STS de 21 de julio de 2000 (Aranzadi 7759): no condena sólo a pagar las cantidades que correspondían al presupuesto de ejecución material sino que incluye así mismo el 6% de beneficio industrial y el 16% de gastos generales aplicando, como si todo se hubiera hecho regularmente, el artículo 68 del Reglamento general de contratación del Estado de 1975.

<sup>340</sup> **REBOLLO PUIG**, Manuel. Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo. Estudios QDL, 2006. **Condictio por inversión**, se refiere a supuestos de enriquecimiento obtenidos a costa de un sujeto que, sin ejecutar una prestación ni pretender cumplir una obligación propia, realiza una inversión (de sus bienes o de su trabajo) o un desembolso que aprovecha a otro, en nuestro caso, a una administración

que cualquiera de las partes del contrato, incluido el tachado de *turpitud*, puede alegar esa nulidad. Es decir, que, a ese efecto, sí se puede alegar la propia torpeza o inmoralidad: “Lo único que (el inmoral) no puede hacer es pedir la restitución de la atribución por él realizada.” En esa exclusión consiste y se agota el *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. No hay más. En concreto, no significa ninguna limitación a la posibilidad de alegar la causa de nulidad.

Sin embargo, si el pago ha sido exigido por la administración al gestor y al tercero, no habrían situaciones de nulidad o vicios del acto que deslegitimaran el reintegro del dinero al Estado, y de esta forma la fuente original tendría la validez necesaria para que el gestor por medio de la *actio in rem verso* repitiera contra el tercero el pago de lo pagado en exceso, quien no le podría proponer como excepción el *nemo auditor*<sup>341</sup> en los eventos en los que en el daño o menoscabo patrimonial, el gestor solo haya incurrido en responsabilidad con la administración, más no que su conducta no haya permitido que de manera independiente el tercero no hiciera el daño y pago de la obligación.

Es decir en eventos en los que el grado de culpa del gestor no entrara en la esfera del manejo patrimonial del tercero, situación que de lo contrario, tal vez no pudiera alegarse; si por ejemplo el gestor de fondos públicos hubiera, con el propósito de garantizar un contrato de la administración, exigido una garantía que superara los límites legales y comprometiera la solvencia patrimonial del tercero para cumplir la contraprestación del contrato con el Estado o el incremento injustificado del contrato quebrantando el equilibrio contractual, mas no en casos en que liquido erróneamente habiendo saldo a favor del Estado u otra actuación en la que no disminuyera directa o indirectamente el patrimonio del tercero, como se ha mencionado.

---

<sup>341</sup> **REBOLLO PUIG**, Manuel. Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo. Estudios QDL, 2006. El *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* no lo pone en cuestión— que no puede exigirse el cumplimiento del contrato nulo por inmoral y que cualquiera de las partes del contrato, incluido el tachado de *turpitud*, puede alegar esa nulidad. Es decir, que, a ese efecto, sí se puede alegar la propia torpeza o inmoralidad: “Lo único que (el inmoral) no puede hacer es pedir la restitución de la atribución por él realizada.” De manera que, como explica Delgado Echeverría, sería más adecuado utilizar el brocardo “*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*”.<sup>31</sup> Si ni siquiera en ese caso el *nemo auditor* limita la posibilidad de alegar el vicio de causa u objeto inmoral, menos aún ha significado nunca que, fuera de los casos de torpeza propiamente dicha, las partes no puedan alegar los vicios invalidantes que ellas mismas hayan originado o que sean debidas a su torpeza en el sentido de falta de habilidad o destreza.

Sin embargo, al analizar algunos fallos del Tribunal de Cuentas, y Contraloría General, se observa que la responsabilidad en caso del incumplimiento de contratos, si bien no la asume de forma total el gestor fiscal o contable, si responde de forma solidaria con el contratista que contribuyo a la perdida de caudales públicos.<sup>342</sup>

La finalidad de la ley de responsabilidad contable y fiscal, persigue el resarcimiento del daño, por lo cual es entendible la lógica con que se resuelven estos casos de detrimento patrimonial del Estado. El ejercicio de la función pública, involucra el deber de debida diligencia en las gestiones del cargo, con lo cual se convierte en un representante de los intereses colectivos en el manejo y disposición de los dineros públicos.

Es en esta medida la destinación del dinero debería ser un parámetro necesario para definir la sanción del fallo de responsabilidad contable<sup>343</sup>, el destino del dinero que tuvo lugar a pérdida o menoscabo<sup>344</sup>, pues la disposición de dineros o caudales públicos, se ve representada en un porcentaje significativo, en la suscripción de contratos, que supone por sí mismo la presencia de dos partes, que deben corresponder a las obligaciones y contraprestaciones pactadas.<sup>345</sup>

---

<sup>342</sup> En este sentido, NÚÑEZ LAGOS afirmaba que «*la pretensión de enriquecimiento, 'Lace normalmente de un hecho jurídico lícito, pero puede nacer también de una acto ilícito*» (cfr. NUNEZ LAGOS, R.:

<sup>343</sup> RAMS al señalar que «*la calificación del enriquecimiento como 'injusto' no arguye necesariamente la comisión de un acto ilícito por el enriquecido*» (op. cit., pág. 437), indirectamente admite que la acción de enriquecimiento injusto puede pacer también de actos lícitos. En el mismo sentido se manifiesta también PENA LOPEZ (vid. PENA LOPEZ, A.I.: «*Criterios de sistematización de las fuentes de las obligaciones*», A.e., 1.993, pág. 734).

<sup>344</sup> entre otros, NÚÑEZ LAGOS, R.: *Enriquecimiento sin causa*, op. cit., pág. 388; BELTRÁN DE HEREDIA YONÍS, P.: *La obligación (concepto, estructura y fuentes)*, EDERSA, Madrid, 1.989, pág.113; PENA LÓPEZ, A.I.: «*Criterios de sistematización de las fuentes de las obligaciones*», op. cit., pág. 734. En el régimen común de responsabilidad extracontractual (ex arto 1.902 del c.e.) se exige la concurrencia de culpa o negligencia para que nazca la obligación de reparar. Este requisito es completamente innecesario en el régimen de la acción de enriquecimiento, la culpa es siempre valoración de una conducta y si ni siquiera se requiere un comportamiento del enriquecido difícil resulta entrar a valorar si se ha conducido de forma diligente.

<sup>345</sup> entre otras, SS.T.S. de 11 de marzo de 1.892 C.L., T. 71, 1.892-1, núm. 80); 4 de abril de 1.894 (C.L., T. 75, 1.894-11, núm. 6); 21 de diciembre de 1.895 (C.L., T. 78, 1.895-11, núm. 86); 31 de mayo de 1.910 (C.L., T. 118, 1.910, núm. 37); «*el principio de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro, sólo tiene actualidad cuando el enriquecimiento es ilícito o torticero, como decía el Código de las Partidas*»; y 24 de junio de 1.920 (C.L., T. 150, núm. 111); «*el principio jurídico de que nadie puede enriquecerse torticeramente con daño de otro, requiere para su aplicación la realidad del*

En este sentido, el detrimento, pérdida o menoscabo patrimonial debería ser perseguido en quien de acuerdo a la naturaleza de las contraprestaciones no cumplió en la debida forma con las obligaciones que daban lugar al pago<sup>346</sup>, con lo cual, el contratista, en esta medida, se habría *enriquecido en estos eventos sin justa causa* del exceso o pago adicional que como consecuencia del descuido<sup>347</sup> del servidor público o gestor contable dio lugar al desbalance de las contraprestaciones.<sup>348</sup>

En estos eventos pudiera decirse que la responsabilidad pudiera ser *subsidiaria*,<sup>349</sup> más que solidaria, pues el dinero de manera objetiva podría demostrarse que

---

*enriquecimiento, la del daño y la del empleo de medios reprobados para conseguir aquel y producir éste, y exige, además, ser apreciado en relación con aquel otro principio según el cual quien usa de su derecho no perjudica a nadie»).*

<sup>346</sup> RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., págs. 258 a 261. El propio Ripert en una obra posterior descubrió las debilidades de la tesis de Planiol, al poner de manifiesto que no todos los enriquecimientos injustos cumplían los presupuestos exigidos por el sistema de responsabilidad extracontractual. El requisito de la culpa, en concreto, no se encontraba presente en aquellos casos en los que el beneficiado nada había realizado para atraer a su patrimonio el enriquecimiento. De la misma forma, la limitación de la reparación a la cuantía del enriquecimiento efectivo no garantizaba el cumplimiento satisfactorio del principio de reparación integral del daño". De la misma forma, Ripert realizó una revisión de su anterior teoría, achacándole el defecto fundamental de haber olvidado el principio moral en el que se funda, a su juicio, toda la teoría del enriquecimiento injusto.

<sup>347</sup> Cabe destacar la utilización de la conocida tesis del «agotamiento de la diligencia» que ha aproximado de manera evidente el sistema común de responsabilidad civil subjetiva ex art. 1.902 del e.e. a un régimen de responsabilidad por riesgo. Un análisis por menorizado de la labor jurisprudencial en relación con la responsabilidad civil se contiene en CAVANILLAS MUGICA, S.: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1.987, págs. 21 a 120.

<sup>348</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, Ed. CEURA, Madrid, 1.983, pág. 263. Tanto el Derecho de la responsabilidad extracontractual, como el enriquecimiento sin causa se dirigen, de una forma más o menos directa, a lograr una distribución equilibrada de los derechos e intereses que se ponen en juego en las múltiples relaciones de interdependencia que se entablan en tráfico jurídico ordinario. Procuran conseguir, en definitiva, una asignación de recursos conforme a lo que el ordenamiento jurídico en su conjunto considera adecuado.

<sup>349</sup> Al respecto resulta ilustrativo el ejemplo propuesto por DÍEZ-PICAZA, si alguien instala una empresa en determinado lugar, podría, si así está establecido para el sector de que se trate, tener que asumir la responsabilidad por los eventos dañosos que el riesgo propio de la explotación cree; pero por el mero hecho de proporcionar un beneficio a terceros - vgr. a los comerciantes de la zona que ven incrementadas sus ventas-, éstos no tendrían derecho a pedir la restitución del mismo ( La responsabilidad por daños puede fundarse en la idea de riesgo. Desde comienzos de siglo se han promulgado leyes reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual que afectan a diversos ámbitos materiales o sectores de actividad potencialmente generadores de daños en las que el criterio de imputación es el riesgo y no la culpa como ocurre en el régimen común instaurado por el e.e. Por el contrario, una pretensión restitutoria de enriquecimiento sin causa no podría fundarse en el mero riesgo.

quedo en manos de una persona cierta,<sup>350</sup> identificable e individualizable o de un grupo de ellas, que bajo la condición de persona natural o jurídica tuvo un vínculo jurídico<sup>351</sup> con la administración.<sup>352</sup>

Al analizar, los eventos que dan lugar a la reparación directa por parte de la administración, como se ha mencionado anteriormente, se observa, que son situaciones más imprevistas que las que pudieran llegar a presentarse en los procesos de responsabilidad contable o fiscal, puesto que la administración y disposición de dineros públicos exige, una debida planeación y previsión, en el ejercicio de esta labor, con lo cual, es decir, al plantear la posibilidad que el gestor contable respondiera de

---

<sup>350</sup> El mayor problema surge en relación con los casos en los que exista un relación jurídica entre el intermediario y el enriquecido, en relación con ellos, TRIMARCHI ha señalado que sólo podrá el empobrecido recuperar el valor desplazado cuando sea posible un subrogación en los derechos exceptantes del intermediario. De otra forma la acción haría peligrar la seguridad del tráfico al poder ser ejercitada contra una serie indefinida de sujetos, incluso, en opinión de CAPEROCHIPI, podrían conculcarse en Derecho español «*las normas especialmente previstas para la tutela del acreedor*» (cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, I.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., págs. 166 y 167). En torno a este punto se ha producido una importante evolución: así, frente a la posición más clásica, un sector de la doctrina y una línea jurisprudencial en expansión consideran que basta con el mero enriquecimiento derivado de la intromisión para que, entablada la acción de enriquecimiento sin causa, el que se ha beneficiado de la utilización de la cosa o el derecho ajeno quede obligado a restituir los gastos que hubiera tenido que soportar en su patrimonio de haberse visto obligado a pagar por la autorización del titular. Es el llamado «módulo restitutorio del ahorro de gastos», que ha ampliado notablemente tanto el concepto clásico de enriquecimiento como el de empobrecimiento.

<sup>351</sup> Cfr. POTHIER, 1.: "Traité du droit de domaine de propriété", en *Oeuvres complètes*, Langlois y Durand, París, 1.844, T.X, pág. 188; BARCELLONA, p.: Voz "Frutti (dir. civ.) en *Enciclopedia del Diritto*, T.XVIII, 1.969, pág. 231; DELGADO ECHEVERRÍA, 1.: "Adquisición y restitución de frutos por el poseedor", *A.D.C.*, 1975-III, págs. 622, 623 Y 625. A partir de lo dicho, sería posible, *a contrario*, concluir que cabría actuar, tanto por la vía de la responsabilidad civil, como a través del ejercicio de una acción de enriquecimiento sin causa, contra el que posee sin título un derecho o cosa ajena cuando de su utilización se hayan derivado daños o perjuicios. Sin embargo, esta deducción se encuentra obstaculizada por un problema ulterior, cual es el de la existencia de preceptos dictados específicamente para regular los efectos de la situación posesoria del no propietario frente al titular dominical de la cosa o derecho poseído. En este sentido, entre otros, Pothier, Barcellona y Delgado Echeverría

<sup>352</sup> Entre otros muchos, en especial en la doctrina italiana, pueden verse: CLAN, G.: «La vi rata della Cassazione sulla tutela del credito (Dal caso di Superga al caso Meroni)», *Riv. Dir. Civ.*, 1.971-II, págs. 199 y ss.; GUARNERI, A.: Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione, CEDAM, Padova, 1.979, págs. 135 y ss.; GALGANO, F.: «Le mobili frontiere del danno ingiusto», *Contratto e Impresa*, 1.985-1, págs. 1 y ss.; BUSTO LAGO, J.M.: «La tutela aquiliana de la situación posesoria», *A. c.*, núm. 17, 1.997, especialmente las págs. 381 y 382. Un evidente paralelismo se percibe también entre la progresiva extensión del daño resarcible en la responsabilidad extracontractual y la ampliación del concepto de enriquecimiento en materia de enriquecimiento sin causa. Así, los perjuicios que daban lugar a reparación en el Derecho de daños se limitaban, en un primer momento, a aquéllos que estuvieran conectados con la vulneración de un derecho subjetivo de los llamados «*absolutos*». Posteriormente y de forma paralela a la admisión doctrinal de la obligación pasiva universal de respetar todos los derechos, se admite jurisprudencial y doctrinalmente que la lesión de los derechos de crédito provocada por un tercero es suficiente para satisfacer el elemento «daño» requerido por *la fattispecie* del art. 1.902 del e.C. De acuerdo con esta línea expansiva del ámbito de los daños resarcibles por la vía de la responsabilidad civil extracontractual que evoca, en gráfica expresión de Galgano, «*un universo en expansión*», últimamente se admite la tutela aquiliana no sólo de los derechos subjetivos, sino también de los llamados intereses legítimos o intereses jurídicamente protegidos.

manera *subsidiaria*, no se estaría desconociendo o abriendo la posibilidad a un trato discriminatorio respecto de los servidores contra los que repite el Estado a través de la acción de reparación directa, puesto que como se ha venido exponiendo, el grado de responsabilidad del que debería responder el gestor contable o fiscal, es el de *culpa leve*,<sup>353</sup> mientras que el servidor como consecuencia del daño o lesión ocasionada al tercero lo hace bajo la connotación de *dolo o culpa grave*.<sup>354</sup>

La consideración, así de las cosas, de responsabilidad *subsidiaria*,<sup>355</sup> podría aplicarse solamente en este tipo de eventos, es decir, en aquellos que permitan concluir la existencia de *enriquecimiento sin justa causa en terceros*<sup>356</sup>, sin

---

<sup>353</sup> DE LA OLIVA SANTOS se refiere a la responsabilidad contable como una responsabilidad atípica, que requiere un tratamiento sui generis, no es una responsabilidad objetiva pero tampoco es una responsabilidad por culpa. Si bien una vez demostrada la ocurrencia del daño o menoscabo patrimonial, la ley establece que debe comprobarse la comisión del hecho constitutivo de responsabilidad contable, en el sentido que este se haya realizado con dolo o culpa del gestor de fondos públicos, podría decirse que casi siempre se falla con responsabilidad contable, pues el hecho de la demostración del daño lleva consigo por regla general la declaración de responsabilidad, debiendo calificarse la modalidad de culpa en que se incurrió o si se incurrió en esta conducta con dolo, más no necesariamente que se llegue a exonerar de responsabilidad al demostrar que no hubo culpa o dolo.

<sup>354</sup> entre otros, vid. ROCA SASTRE, R. M. (con la colaboración de I. PUIG BRUTAU): «El enriquecimiento sin causa», en *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.948, vol. 1, pág. 515; RAMS ALBESA, I.: «El supuesto genérico de enriquecimiento sin causa», en la obra de J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, vol. 2º, 1.995 (3ª edic.), pág. 437. En el Derecho de daños la reparación se extiende a la cuantía total del perjuicio sufrido, mientras que en el enriquecimiento sin causa la restitución nunca puede exceder del efectivo enriquecimiento. En el enriquecimiento injusto la obligación de restituir no puede sobrepasar el límite cuantitativo constituido por el beneficio obtenido por el que se ha enriquecido, pues no se trata, a diferencia de lo que ocurre en la acción de daños, de reparar el empobrecimiento. ".

<sup>355</sup> PALAO TABOADA, menciona que la necesidad de dolo o culpa se infiere no solo de la teoría general de la responsabilidad, sino también por otros preceptos de la LOTCu como el artículo 43.1 cuando define quienes son responsables subsidiarios. Y cobra sentido, entre tanto la ley establece que son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de las obligaciones a tribuidos de modo expreso por las leyes o reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas. Con lo que podría concluirse que la culpa grave o dolo se observaría casi que exclusivamente en la responsabilidad directa.

<sup>356</sup> Si bien no puede negarse que el requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad civil ha sido cuestionado doctrinalmente, vid., por todos, PANTALEON PRIETO, A.F.: «Comentario del artículo 1.902 del C.C.», en *Comentario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1.991, t. 11, especialmente las págs. 1.993 a 1.995. Sin embargo, últimamente la virtualidad de tal requisito ha sido reconocida expresamente por el T.S., en sentencia de 28 de junio de 1.996 (Sala 1ª; Ar. 4.9(5)). Vid. el comentario de la misma realizado por BUSTO LAGO en el núm. 42 (sept./dic. de 1.996) de *e.C.Je*. La responsabilidad civil siempre surge de la comisión de una acción u omisión ilícita o antijurídica. Ninguno de estos elementos es preciso para que se pueda apreciar un enriquecimiento sin causa. Por una parte, en este ámbito el «hecho» que origina el enriquecimiento puede ser realizado por el propio empobrecido, por un tercero e incluso puede

embargo no podría decirse lo mismo en otro tipo de conductas como son por ejemplo en las que se observan gestiones antieconómicas, en las que la responsabilidad debiera ser *directa*, sin embargo es necesario como se ha expuesto, que la ley pudiera dar parámetros más objetivos y descriptivos al momento de definir el alcance del daño patrimonial como gestión antieconómica e ineficiente. No obstante en los eventos en los que se demuestre que el gestor fiscal obro con *dolo*, la responsabilidad contable deberá ser *directa*, con lo cual, la responsabilidad subsidiaria de los gestores públicos que administran dineros del Estado, como consecuencia de su conducta en cualquiera de las connotaciones de *culpa será siempre subsidiaria*.<sup>357</sup>

### **El enriquecimiento injusto y su efectiva aplicación**<sup>358</sup>

Según REBOLLO PUIG, la inclusión del la teoría del enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo se ha hecho tras superar muchas reticencias y objeciones que, si no fueron bastantes para impedir su penetración, sí lograron que ésta se produjera con matizaciones y adaptaciones. Tres sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2002 (Aranzadi 6495, 6496 y 6497) sintetizan así lo que puede aceptarse como punto de partida:

“La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos desde los años sesenta, viene [...] admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo.

---

ser consecuencia de un fenómeno natural y, por otro lado, la pretensión de enriquecimiento no nace necesariamente de un hecho jurídico ilícito.

<sup>357</sup> José Manuel Busto Lago y Fernando Peña López ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL A diferencia de lo que ocurre, v.gr., en el ordenamiento jurídico italiano -el art. 2.042 del *Codice civile* establece que «la acción de enriquecimiento no puede proponerse cuando el dañado pueda ejercitar alguna otra acción a través de la que pueda ser resarcido del perjuicio sufrido»- o en el portugués -el art. 474 del C.e. prescribe que «no ha lugar la restitución por enriquecimiento, cuando la ley conceda al empobrecido otro medio a través del cual pueda ser indemnizado o restituido, niegue el derecho a la restitución o atribuya otros efectos al enriquecimiento». Sobre esta cuestión en el Derecho portugués, vid. LEITE DE CAMPOS, D.1.: *A subsidiariedade da obrigação de restituir () enriquecimento*, Coimbra, 1.983.

<sup>358</sup> REBOLLO PUIG, Manuel. Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo. Estudios QDL, 2006



“El análisis de la referida jurisprudencia de esta sala [...] denota una consideración del enriquecimiento injusto como *principio general* o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo.”

Indica REBOLLO PUIG, que si el enriquecimiento injusto se aplicara por la supletoriedad del Derecho civil surgirían dos grandes inconvenientes: por un lado, habría que aplicarlo en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que tiene en Derecho civil, impidiendo su adaptación a las peculiaridades del régimen administrativo; por otro lado, como en el Código civil no está regulado el enriquecimiento injusto, habría que aplicar primero las soluciones específicas del Código (que muchas veces no son idénticas a las que comporta la pura y directa aplicación del principio del enriquecimiento injusto) y, sólo a falta de éstas, el principio del enriquecimiento injusto.

La jurisprudencia adapta las reglas del enriquecimiento injusto a las exigencias del régimen administrativo y, sobre todo, lo aplica para resolver conflictos eludiendo la aplicación del Código civil. Ocurre así, que el enriquecimiento injusto o sin causa acaba teniendo más campo de aplicación y cumpliendo más funciones en el Derecho administrativo que en el Civil por la razón de que aquél no regula situaciones para las que éste sí tiene reglas específicas.

Con lo cual, se observa que existen supuestos en los que la acción de enriquecimiento injusto puede concurrir con otras acciones. BUSTO y PEÑA<sup>359</sup>, concluyen al respecto que es necesario precisar si la relación entre ellas es de subsidiariedad, si el perjudicado puede optar libremente por el ejercicio de cualquiera de ellas o, por último, si pueden entablarse ambas de forma conjunta.

Estos autores indican, que la doctrina española que se ha manifestado a propósito de esta cuestión no ha llegado a una solución pacífica. En efecto, las respuestas ofrecidas al

---

<sup>359</sup> BUSTO LAGO, José Manuel. PEÑA LÓPEZ. Fernando. Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual

problema suscitado han sido radicalmente diversas, encontrando la raíz que sirve de fundamento o explica tal divergencia en la fuente que se atribuya a la obligación restitutoria derivada del enriquecimiento injusto.

En el marco del *Common Law*. En el ámbito del Derecho de restituciones (*Law of Restitution*) el instituto denominado *Waiver of tort* permite al perjudicado por una acción dañosa constitutiva de un *tort* elegir entre ejercitar una demanda de responsabilidad civil (*sue in tort*) o de enriquecimiento (*sue in quasi-contract*)<sup>360</sup>. La facultad de decidir se presenta en este régimen y, solo se pierde esta posibilidad en el evento, en que no se haya producido enriquecimiento. Por otra parte, si la reclamación prospera por la vía elegida, el perjudicado no estará legitimado para, posteriormente, demandar ejercitando la acción que inicialmente se presentaba como alternativa. En último lugar se debe señalar que, de acuerdo con la doctrina anglosajona, los supuestos en los que más comúnmente se produce la alternatividad de dichas acciones coinciden, substancialmente, con los que ha denominado<sup>361</sup>, por DÍEZ-PICAZO, como «*condictiones por intromisión*».

Autores como NÚÑEZ LAGOS O HERNÁNDEZ GIL, partiendo de que la acción de enriquecimiento injusto se deriva de un principio general del Derecho, estiman que la misma sólo procede en defecto de otra acción derivada de un precepto de Derecho positivo aplicable al caso (como ocurre, v.gr., con la acción reivindicatoria ex art. 348 del e.e. o con la acción de responsabilidad civil extracontractual ex art. 1.902 del e.e.r'. Con lo cual, la subsidiariedad de la fuente normativa determina la subsidiariedad de la acción de ella derivada.

---

<sup>360</sup> La solución propuesta presenta la ventaja para el dañado de que, al poder elegir la acción que va a ejercitar, ésta, lógicamente -siempre y cuando se haga abstracción de las dificultades probatorias de los requisitos requeridos para que prospere una u otra- estará en función de la cuantía indemnizatoria que pueda obtenerse. En el ilustrativo ejemplo que nos ofrece BRAZIER, si alguien se apropia indebidamente de un bien sobre el que recae nuestro derecho a poseer (*Tort of Conversion*) valorado en <d0», si se ejercita la acción de responsabilidad civil se obtendría una indemnización equivalente a «10», pero en el caso de que quien se haya apropiado del mismo proceda a su venta obteniendo <d5», este sujeto se ha enriquecido injustamente, por tanto, la acción derivada del quasi-contract nos permitiría obtener una indemnización de <d5» (vid. BRAZIER, M.: *Street on torts*, op. cit., pág. 516).

<sup>361</sup> BUSTO LAGO, José Manuel. PEÑA LÓPEZ. Fernando. Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual

Otros Tratadistas del tema, como TRATASTARCK, ROLAND Y BOYER, entienden que la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento encuentra su razón de ser en el hecho de que si se pudiese entablar, cuando exista, otra acción para el mismo supuesto, se crearían desórdenes de técnica jurídica, puesto que se proporcionaría al demandante un medio cómodo para eludir otras normas de Derecho encaminadas, de una forma más específica, a la tutela de esa concreta situación de hecho, ignorando, de esta forma, parte de las instituciones jurídicas de Derecho patrimonial y, especialmente, la finalidad de la figura de la prescripción.<sup>362</sup>

LACRUZ, DÍEZ-PICAZO, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI Y LETE DEL RÍO, observan que la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento no puede predicarse con carácter general, de forma que, si concurren los presupuestos que habilitantes del ejercicio de otras acciones concurrentes, éstas y aquélla podrán ser ejercitadas bien de forma alternativa, a elección del titular de las mismas, bien de forma sucesiva, respetando en todo caso, lógicamente, el régimen jurídico propio de cada una de ellas y en particular los distintos plazos de prescripción a los que estén sometidas dichas acciones.<sup>363</sup>

Entre las sentencias del Tribunal Supremo, sostienen esta tesis, la sentencia de 19 de mayo de 1.993 (A.e., 1.066)"<sup>364</sup>y de 20 de mayo de 1.993 (A.C., 1.013), se establece de manera expresa que el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto *«no precisa necesariamente que se lleve a cabo en forma de subsidiariedad, pues puede concurrir con otras acciones conluyentes, pero, en todo caso, se excluye cuando entre las parte media relación negocial de la que proviene el beneficio económico o el derecho a su percepción*

---

<sup>362</sup> Como ocurre en el caso de la S.T.S. de 24 de enero de 1.975 (Ar. 93) en la que se permitió el ejercicio de la acción de enriquecimiento cuando ya había prescrito la acción de responsabilidad civil extracontractual.

<sup>363</sup> Mencionan **José Manuel Busto Lago y Fernando Peña López, que** de una u otra forma, esta teoría fue acogida también, por la jurisprudencia más reciente del TS., si bien ya había encontrado algún reflejo en la misma en alguna sentencia de mediados del presente siglo -v.gr., S.TS. de 12 de abril de 1.955 (Ar. 1.126) **"ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RESPONSABILIDAD CIVIL"**

<sup>364</sup> Vid. el comentario de la misma realizado por L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO en *c.c.J.c.*, abril/agosto de 1.993, núm. 32, págs. 617 a 627. En el Fdto. de Derecho tercero de la misma, el T.S. manifiesta que *«el requisito de la subsidiariedad, propio del Derecho italiano, no es unánimemente exigido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia española, y es posible negar la existencia de dicho requisito como regla general.*

*para la otra, que precisamente relega la situación de enriquecimiento injusto, ya que en estos casos la utilidad dineraria deviene de la causa contractual».*

El argumento utilizado por NÚÑEZ LAGOS Y HERNÁNDEZ GIL para fundamentar la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, que es negado por LACRUZ, se fundamenta en que si bien la interdicción del enriquecimiento injusto en una norma de Derecho positivo como es el art. 1.90 I del e.e., considera que a pesar que se entienda que tal prohibición tiene su origen exclusivamente en los principios generales del Derecho, con lo cual, el carácter supletorio de la fuente no permite concluir el carácter subsidiario de la acción.

Como lo concluye, BUSTO Y PEÑA, en el ordenamiento jurídico español la acción de enriquecimiento injusto no tiene carácter subsidiario, en tanto en cuanto no se ha ofrecido ningún argumento lo suficientemente sólido que avale tal interpretación. En este sentido, cualquier norma que establezca lo contrario, en el caso de concurrencia de acciones y ante la identidad objetiva y subjetiva del supuesto de hecho, el perjudicado puede optar libremente por el ejercicio de la que considere oportuno, si bien el ejercicio de una impide el posterior ejercicio de la que originariamente se presentaba como alternativa y que fue repudiada mediante el ejercicio de la otra.

Sin embargo, en el caso en concreto, del resarcimiento patrimonial, al gestor de fondos públicos, que ha tenido que pagar al Estado el monto o valor reconocido en el proceso de responsabilidad contable, como menoscabo o detrimento patrimonial, en el supuesto, de asumir el pago de dineros, que el tercero no reintegro al erario público, se observa que no existe una *acción directa* de la que pueda hacer uso, para repetir contra el tercero, y es precisamente porque mediante la *acción de responsabilidad contable* responde al gestor como resultado de su obligación de administrar negocios o intereses ajenos, que en este caso, es el adecuado uso de los dineros y caudales públicos, pero no cuenta en esta acción con un vínculo causal, con el que tenga un derecho de repetición contra el tercero, en el efectivo caso de empobrecimiento de su patrimonio al asumir esta deuda ajena. Con lo

cual, en este tipo de eventos, el gestor fiscal si tendría que hacer uso directo y único de la *acción in rem verso*.

### 3. Culpabilidad leve y Responsabilidad subsidiaria de gestores de fondos públicos:

#### 3.1 Justificación desde el aseguramiento patrimonial del Estado

Si bien, la posibilidad de la declaración de *responsabilidad subsidiaria* en gestores contables, supondría aparentemente desventajas para el resarcimiento efectivo del daño, que es la finalidad que persigue este tipo de acciones, habría que mencionar que la determinación del grado de responsabilidad desde *culpa leve*, supondría un mayor grado de cobertura para el Estado al momento de pretender el cobro del siniestro a las aseguradoras con ocasión de responsabilidad contable, dado que en materia de derecho seguros, siempre quedan excluidas aquellas conductas cometidas de manera *dolosa*,<sup>365</sup> y si se considera, que en la legislación colombiana, la realización de conductas gravemente culposas se entiende como dolo para los efectos civiles, de acuerdo a lo que consagra el artículo 63 del código civil colombiano<sup>366</sup>, el resarcimiento del daño

---

<sup>365</sup> Al respecto pueden citarse los términos en que se suscriben las pólizas de aseguramiento del Estado de responsabilidad de sus administradores y gestores públicos en donde se cobijan los siniestros que se cometan con culpa, **"PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TECNICAS PARA LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS POR EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA. 1. OBJETO DEL CONTRATO** Serán objeto del contrato la contratación con Entidades Aseguradoras por el Excmo Ayuntamiento de Zaragoza de los siguientes seguros: **Seguro de Responsabilidad de autoridades y personal al servicio del Ayuntamiento de Zaragoza (Municipalities) y Seguros de Responsabilidad de Administradores y Directivos de Sociedades (RC D&O)**.. **OBJETO DEL SEGURO** Este seguro tiene por objeto garantizar el pago de las indemnizaciones que legalmente pudiera resultar civilmente responsable el Asegurado por los perjuicios financieros ocasionados involuntariamente a la Administración Pública o a Terceros por actuaciones u omisiones basadas en actos negligentes cometidos por los asegurados en su condición de autoridad o funcionario o personal del Ayuntamiento de Zaragoza siempre que medie culpa o negligencia... **RIESGOS EXCLUIDOS** Actos Dolosos: reclamaciones derivadas de o relacionadas con:

(a) beneficios, ventajas o remuneraciones ilícitas obtenidas por el asegurado (b) actos dolosos, fraudulentos o criminal. Hechos o circunstancias anteriores o conocidas c) cualquier hecho o circunstancia, real o supuesta, que con anterioridad a la primera fecha de efecto de esta póliza un asegurado hubiera podido razonablemente prever que daría lugar a una reclamación.."

<sup>366</sup> Modelo de Póliza de Colombia, que presenta la aseguradora **QBE Seguros S. A. PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVIDORES PÚBLICOS. AMPARO:** esta cobertura se extiende para amparar los perjuicios por los que los funcionarios asegurados sean responsables por haber cometido algún acto incorrecto respecto del cual se les siga o debiera seguir, un juicio de responsabilidad fiscal de acuerdo con las previsiones de la ley 610 de 2000, así como la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, contemplado en la ley 678 de 2001...**EXCLUSIONES:**.. 2.16 pérdidas o daños causados por actos dolosos o criminales cometidos por los asegurados...**DEFINICIONES 18.1 FUNCIONARIOS ASEGURADOS:** Las personas que durante la vigencia de esta póliza, tengan calidad

patrimonial a través de póliza de seguros cuenta con grandes limitaciones.<sup>367</sup>

En cuanto al proceso de cobro de la póliza de seguro a favor de la administración, en virtud de fallos procesos de responsabilidad civil extracontractual o contable que reconocen responsabilidad en sus funcionarios asegurados, autores han planteado opciones de recaudo. TORRENT RIBERT, por ejemplo sugiere posibles garantías para la entidad aseguradora, algunas de las más razonables son la existencia de una franquicia en el pago de la indemnización a cargo de la Administración o dar audiencia a la aseguradora en el expediente administrativo.<sup>368</sup>

---

*de servidores públicos vinculados en cargos de nómina de la Entidad Tomadora siempre que estén indicados en la carátula o anexos de ésta póliza. 18.2 ENTIDAD TOMADORA: Es la persona pública de naturaleza que se designa en la carátula de esta póliza y a cuyo servicio se desempeñan los Asegurados...*"

<sup>367</sup> Informe de gestión contraloría general. Vinculación de las compañías aseguradoras como terceros civilmente responsables. **La contraloría general de la república ha hecho avances en el tema del aseguramiento de responsabilidad fiscal, relativas al término de la cobertura del siniestro.** La sentencia del Consejo de Estado puso fin al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 25000-23-24-000-2004-00529-01. El Consejo de Estado pasó a confirmar la decisión del Tribunal de declarar la nulidad del fallo de la Contraloría General de la República, sosteniendo que aunque la Contraloría podía vincular a la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal, la póliza ya no podía hacerse efectiva porque transcurrió el plazo de prescripción de dos (2) años previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio para el contrato de seguros. Explicó el Consejo de Estado que en el caso concreto, la póliza estuvo vigente hasta el primero de mayo de 1998, en tanto que el fallo con responsabilidad fiscal del 22 de julio de 2003 le fue notificado a Liberty Seguros S.A. el 2 de septiembre de 2003, habiendo transcurrido en exceso (dijo la Alta Corporación) el término de dos años de que trata el art. 1081 del Código de Comercio. De esta forma, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa da aplicación a una norma de derecho privado, causando grave perjuicio a los intereses generales del Estado y desconociendo las normas de carácter público que se hicieron para dotar a las diferentes instituciones de instrumentos para combatir la corrupción y para conseguir la recuperación de recursos y bienes públicos. Y es que la Ley 610 de 2000, atendiendo al propósito de combatir la corrupción junto con las demás herramientas diseñadas por el Estado, consagró un conjunto de normas que regulan el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal. El artículo 9º de la citada ley consagra un término de caducidad para la acción fiscal de 5 años a partir de los hechos y hasta la apertura del proceso; y un término de prescripción del proceso de responsabilidad fiscal de 5 años desde la apertura del proceso hasta la firmeza del fallo que declare la responsabilidad; términos a los cuales deben ceñirse las contralorías para ejercer su función. Como se ve, el ordenamiento jurídico previó una norma especial de orden público que reglamenta la actuación de los órganos encargados del control fiscal, de tal modo que la figura de la prescripción para el contrato de seguros no puede ser aplicada a las contralorías cuando éstas obran en cumplimiento de su competencia Constitucional de establecer la responsabilidad fiscal. Hacerlo era anular la posibilidad de conseguir el resarcimiento de los daños causados mediante la indemnización derivada de contratos de seguros. Fue menester promover una iniciativa legislativa para que, a través del Congreso de la República, se impusiera la aplicación de los términos de caducidad y de prescripción consagrados en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000, a fin de que las contralorías contaran con el tiempo suficiente para vincular a las compañías de seguros a los procesos de responsabilidad fiscal. Y que el término de prescripción del Código de Comercio sólo se aplique a quienes son parte del contrato de seguros. Es así como la Contraloría General de la República, promovió la inclusión del artículo 120 de la Ley 1474 de julio 12 de 2011:

—Artículo 120. *Pólizas.* Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

<sup>368</sup> TORRENT RIBERT, Pere Joan. La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, op. cit., págs. 122-124.

De otra parte se observa, la posibilidad de que la Administración Pública, por medio del instructor del expediente, dialogue con la aseguradora y se tome una decisión de mutuo acuerdo se plantea también por el mismo autor en “Legitimació de les entitats asseguradores en els procediments de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques”, en Jornada sobre Assegurances de Responsabilitat Patrimonial, organizada por la Dirección General del Patrimonio de la Generalitat de Catalunya (28 octubre 1998),<sup>369</sup>.

En cuanto a la Asistencia jurídica de la aseguradora en los procesos de responsabilidad civil extracontractual o contable, en cambio, ARREGUI LABORDA,<sup>370</sup> defiende el papel activo del asegurador en la tramitación del siniestro, y que el asegurado tiene un deber de colaboración y de abstenerse de reconocer su culpabilidad o responsabilidad, aunque se trate de una Administración Pública.

Por otro lado, este problema tiene consecuencias en relación con el reaseguro, porque en ocasiones el reasegurador se involucra en la gestión de los expedientes y determina si las reclamaciones son objeto de cobertura. PAVELEK ZAMORA, pone de manifiesto este problema y destaca que las “peculiaridades de la responsabilidad de la Administración y los cauces procedimentales para exigirla no casan muy bien con estos métodos para practicar el reaseguro”.

No obstante el problema, más allá de la labor de cobro se encuentra a la posibilidad misma del derecho de cobro del siniestro como se expondrá inmediatamente.

### **El derecho de repetición de la compañía aseguradora contra la Administración Pública<sup>371</sup>**

---

<sup>369</sup> Generalitat de Catalunya, Departament d’Economia i Finances, Barcelona, 1999, págs 39-40

<sup>370</sup> ARREGUI LABORDA, Francisco José “La responsabilitat patrimonial de les administracions públiques des del punt de vista assegurador”, pág. 61.

<sup>371</sup> Para conciliar el art. 76 con el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro, con anterioridad al año 2000, se podía intuir la línea jurisprudencial siguiente: está prohibido asegurar el patrimonio contra las consecuencias negativas derivadas del dolo pero, por disposición expresa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, se obliga al asegurador a indemnizar si la persona que reclama es el tercero perjudicado, puesto que no se le puede oponer el dolo (STS, 2ª, 12.11.1994 y otras sentencias del Tribunal Supremo. Al respecto Jaime BAILLO MORALES-ARCE, La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística, op. cit., págs. 351-352, que establece que, de este modo, se está admitiendo la asegurabilidad del dolo, ya que desde el punto de vista práctico es evidente la escasa eficacia del derecho de repetición.

El derecho de repetición del asegurador contra el asegurado en el seguro de responsabilidad civil es la posibilidad del asegurador de reclamar, en algunos supuestos y cuando ya ha pagado una indemnización al perjudicado, que la persona asegurada le devuelva el pago efectuado. ARQUILLO COLET, considera que<sup>372</sup> este derecho también puede ser ejercido por la compañía aseguradora de una Administración Pública porque, el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro es plenamente aplicable en el ámbito de la Administración.

La regulación del derecho español recoge este derecho en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, junto a la regulación de la acción directa:

*“[...] sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio causado a tercero”.*

Este derecho de repetición se observa como un derecho propio del asegurador que nace del contrato de seguro y, por tanto, de la relación interna entre asegurador y asegurado.

El presupuesto del derecho de repetición es que el asegurador haya pagado la indemnización al tercero perjudicado o a sus herederos por el daño que han sufrido. Aunque el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro no lo menciona expresamente, este requisito es necesario porque el pago válido, eficaz y con plenos efectos extintivos también es el presupuesto del derecho de regreso.

Considera ARQUILLO COLET, que aunque el derecho de repetición es un instrumento que ofrece un recurso suplementario para explotar mejor el negocio del seguro, apenas es utilizado por las compañías aseguradoras y no es posible encontrar ningún caso en que se dirija contra la Administración Pública. El motivo principal, además de las razones de

---

<sup>372</sup> ARQUILLO COLET, Begoña “Seguro y responsabilidad patrimonial de la administración”



política comercial, parece ser la dificultad que tiene la compañía aseguradora para ejercitar el derecho de repetición ante un asegurado que es insolvente o solvente limitadamente. A pesar de ello, el judgement-proof problem no se da en el caso de algunas –no todas Administraciones Públicas aseguradas, que son sobradamente solventes, por lo que es previsible que estos casos puedan plantearse en un futuro no muy lejano.<sup>373</sup>

### **3.2 Aminoramiento de consecuencias derivadas de la actividad de aseguramiento del Estado**

De esta forma, puede decirse que la descripción de responsabilidad en la que los eventos, que la ocasionan ampliaran el ámbito de culpabilidad, hasta el de culpa leve, entendida como la diligencia mínima que el hombre debe llevar en los negocios ajenos o tareas establecidas, podría dar lugar a más opciones de mayor cobro por concepto de aseguramiento.

Si bien las pólizas de seguro de esta naturaleza cubren solo una parte del detrimento patrimonial, como se ha expuesto, se podría de esta forma hacer uso de elementos que facilitarían esta finalidad de recaudo, pues habría que considerar además, que la mayoría de estos eventos, el servidor público o gestor contable, efectivamente no se queda con el dinero, pues este ingresó al patrimonio del tercero, y esta medida, si bien se pudiera encontrar responsabilidad en él, es decir el gestor contable, no habría muchas posibilidades de perseguir un patrimonio muy significativo, al momento de aplicar medidas cautelares a sus bienes personales.

### **Supuestos en que la compañía aseguradora puede repetir contra la Administración Pública**

#### **a) Conducta dolosa del asegurado<sup>374</sup>**

---

<sup>373</sup> ARQUILLO COLET. BEGOÑA CODERCH, Pablo Salvador. “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración”. Barcelona 2006.

<sup>374</sup> GÓMEZ POMAR, Fernando y ARQUILLO COLET, Begoña “Daños dolosos y seguro”, en InDret, Barcelona, 2000. Desde un punto de vista de análisis económico del derecho, y si suponemos que el causante de daños tiene una solvencia

CODERCH, considera que el primer supuesto que prevé la regulación del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro es el caso de conducta dolosa del asegurado: si no hubiera repetición, los asegurados inocentes pagarían (por los dolosos) primas aún más caras.

El hecho de que el asegurador tenga primero el deber de indemnizar no encaja bien ni con la inasegurabilidad del dolo reconocida con carácter general en el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro, ni con la previsión de exclusión del dolo que contienen la mayor parte de las pólizas.

El art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro establece que:

*“El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”.*

Según CODERCH, Esta prohibición se basa en varias razones: la primera que uno de los requisitos para que el riesgo sea asegurable es que el daño sea accidental o no intencionado. Ello es necesario porque la entidad aseguradora basa su cálculo actuarial en la probabilidad de que sucedan unos hechos fortuitos y aleatorios, y si no fuera así se dificultaría la predicción y se aumentarían las primas. En segundo lugar, no hay ninguna razón para incentivar los daños dolosos con un seguro. En cambio, el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, prevé que el asegurador pague en estos casos y sólo le concede un derecho a repetir contra el asegurado.

El caso de dolo del asegurado no se planteará generalmente a sus compañías aseguradoras –excepto en el supuesto específico del seguro que cubre a los funcionarios y

---

limitada –como es previsible que suceda en buena parte de los casos- la respuesta no es difícil: en los supuestos de seguro voluntario la exclusión de cobertura es la solución más recomendable (en este caso, el precio del seguro será más caro con derecho de regreso que con exclusión de cobertura), y el derecho de repetición resulta más beneficioso socialmente sólo en los supuestos de seguro obligatorio (en este tipo de seguro, el asegurado no puede desistir de comprar seguro o contratar una cobertura más reducida) Esta solución se ha aplicado, aunque de una manera aislada, por la jurisprudencia: destacadamente la STS, 2ª, 23.2.2000 reserva el derecho de regreso en el seguro obligatorio y permite la exclusión de cobertura en el voluntario.

dependientes de la Administración, que pueden realizar conductas dolosas-, ya que la responsabilidad de la Administración Pública no es generalmente dolosa y, además, en la mayoría de casos se trata de una responsabilidad por omisión.

#### b) Inoponibilidad de excepciones al perjudicado

En segundo lugar, la jurisprudencia española realiza una interpretación más amplia del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro y admite otros supuestos: el asegurador tiene derecho de repetición contra el asegurado siempre que haya debido pagar al perjudicado por la imposibilidad de oponerle alguna excepción que habría podido oponer ante el asegurado.<sup>375</sup>

El Tribunal Supremo ha considerado que en el proceso penal la compañía aseguradora no pudo oponer al perjudicado la excepción de impago de la prima y, por ello, la compañía aseguradora puede repetir. Así las cosas como lo menciona. ARQUILLO, La compañía aseguradora, al reclamar, contra su asegurado podría plantearse con frecuencia en el ámbito de la Administración Pública.

#### c) ¿Contra el funcionario o el personal al servicio de la Administración Pública?

ARQUILLO COLET, plantea el problema de si la compañía aseguradora puede repetir contra el funcionario o dependiente de la Administración Pública. A su entender, esta posibilidad existe en el derecho español en ejercicio del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro –puesto que el propio funcionario es el asegurado en las pólizas que se utilizan en el mercado de seguros español y que aseguran tanto a la Administración como a sus dependientes-, o bien subrogándose en la posición de la Administración Pública –art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro- si ésta ya ha iniciado su reclamación contra el funcionario, aunque parte de la doctrina se ha posicionado en contra, por lo que sería conveniente que este concreto derecho de repetición estuviera previsto expresamente en la normativa sobre la materia.

---

<sup>375</sup>Idem.

La compañía que asegura a la Administración es la misma que asegura al funcionario y las primas son pagadas por la propia Administración; además, es posible que el funcionario sea insolvente o solvente limitadamente- la entidad aseguradora podría ejercer su derecho, aunque se debería tener en cuenta la posibilidad de modular la responsabilidad del funcionario según los criterios establecidos en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, cuyo tenor literal es:<sup>376</sup>

“La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del hecho dañoso”.

### **La aplicación del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro en los seguros de responsabilidad civil de la Administración**

La aplicación del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro ha sido uno de los aspectos más discutidos en la jurisprudencia que se ocupa del derecho de seguros, no sólo en el aseguramiento de las Administraciones Públicas. Con todo, en la actualidad, las cuestiones derivadas de la aplicación de este precepto empiezan a plantearse, en la práctica, en las pólizas de seguro de responsabilidad civil general de las Administraciones locales.

---

<sup>376</sup> Juan HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en InDret 4/2004, Barcelona, 004, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com> considera que si la Administración está asegurada y la compañía ya ha indemnizado a los terceros, dicha compañía aseguradora no podría ejercer una acción de regreso, dado el tenor literal del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro: según su párrafo 3, la acción no puede dirigirse contra “ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley”.

Del estudio realizado se puede concluir<sup>377</sup> que estas pólizas no cumplen, en muchas ocasiones, los requisitos del referido precepto. Todo ello con el problema añadido de la existencia de otras cláusulas predispuestas, además de las condiciones generales del contrato de seguro, como son los pliegos de cláusulas administrativas.

El art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro dispone que:

“Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

**En conclusión,** las entidades públicas no suscriben pólizas de aseguramiento que cobijen el dolo o culpa grave de autoridades o servidores, solo la culpa indeterminada y la mera negligencia, además si bien en el evento en que se llegue a presentar daño a un tercero por el dolo del agente o servidor público, y la aseguradora deba reparar al tercero, sin que le pueda proponer como excepción el dolo. En los casos de responsabilidad contable, el tercero es el mismo Estado, en donde la aseguradora puede proponer la culpa de la víctima en los casos en los que si llegare a demostrar que el tomador de la póliza obro

---

<sup>377</sup> BERGOLLA. Ídem.

con mala fe al no dar a conocer los detalles solicitados que permitan inferir el grado de riesgo que incurría la aseguradora, al asegurar la actividad de personas o eventos que tendieran altamente en la ocurrencia del riesgo.

Con lo cual, la determinación de responsabilidad directa hacia el tercero en el caso de eventos, en los que el patrimonio del Estado, hubiere quedado en el patrimonio de este tipo de personas, permitiría medidas más efectivas al perseguir de manera directa el patrimonio de estos, dado las limitaciones que presenta en definitiva el aseguramiento de autoridades y servidores como se acaba de mencionar, así como la insolvencia en la que generalmente incurrir este tipo de servidores.

### **3.3 Políticas de prevención y planeación, políticas de calidad:**

Las políticas de prevención del daño, y en este caso del daño patrimonial, son mecanismos necesarios al momento de proteger y procurar el adecuado uso de los recursos públicos, las acciones preventivas y correctivas del control interno de las entidades públicas, constituyen un mecanismo importante en el ejercicio de esta tarea.<sup>378</sup>

Y en este sentido, la implementación de la política de calidad en la gestión pública, es casi que un elemento imprescindible en este objetivo. El mundo en la última década, ha venido aplicando los parámetros de acreditación de calidad. Firmas de calidad como *Bureau Veritas*, y otras compañías de auditoría de calidad, han orientado, la posibilidad de gestión de procesos bajo estándares de calidad.

---

<sup>378</sup> En memoria del Tribunal de Cuentas, se evidencia la importancia de la implementación de mejoras en el ejercicio control interno de entidades auditadas, en tal sentido menciono “Como consecuencia de los resultados obtenidos en esta fiscalización el Tribunal de Cuentas recomendó al gobierno adoptar medidas para superar las debilidades de control interno presentes en los centros gestores del programa 463.B fiscalizado. B) Revisar los expedientes de subvención y las cuentas justificativas de tal manera que se ponga de manifiesto las cantidades otorgadas en exceso y las no justificadas exigiendo los reintegros que resulten procedentes antes de que transcurra el plazo de preinscripción c) Agilizar la tramitación de subvenciones mediante otras medidas, la reconsideración de la doble evaluación de las solicitudes d) acomodar los pagos de las subvenciones al avance real de los proyectos y a las verdaderas necesidades de financiación de los mismos. E) Elaborar un plan estratégico específico que presida la actividad de fomento de la actividad financiada con el programa financiado.”

En esta medida, no solo las empresas privadas, pueden hacer uso de estos niveles de calidad en la realización de sus productos, sino también se puede emplearse esta técnica en las empresas gubernamentales, pues la gestión de toda organización obedece siempre a la satisfacción de necesidades internas y externas y en tal medida de clientes internos y externos.

La norma de gestión por procesos, involucra el concepto de revisión y supervisión como herramientas básicas por la que las tareas y actividades de las empresas, pueden ser valoradas, antes que den lugar a la realización y entrega del producto. Los numerales 3 y 4 de la norma ISO 9001 de 2000, indican lo concerniente a este tipo de controles. Así como también, establece esta norma de calidad, que los procesos, es decir, el conjunto de actividades que permiten la realización del producto, deben definirse mediante una serie de procedimientos, lo que permite analizar la trazabilidad de la tarea y comprobar el cumplimiento de estos filtros de calidad y que permiten en mejoramiento de la gestión.<sup>379</sup>

En este orden de ideas, actividades que implican la ejecución del gasto y disposición de dineros públicos, a través de tareas como la contratación y gestión financiera y presupuestal, pueden ser no solo supervisados sino también definir los pasos y filtros de revisión que maximizan la prevención del riesgo y en la medida en que este se determine realizar mapas de riesgos con los cuales se direccionen los focos o centros de mayor atención.<sup>380</sup>

---

<sup>379</sup> El informe de gestión de la Contraloría General de la República de Colombia presenta como resultados de su gestión la evidencia de falencias en los sistemas de control interno adoptados entidades como es el caso de la gestión de auditoría realizada a la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), en el que se determinó la existencia de deficiencias misionales y administrativas; se observan irregularidades en algunos procedimientos de diferentes reglamentos de contratación (Acuerdos) de la ANH, en especial, lo inherente al cumplimiento de algunas cláusulas contractuales de los contratos E&P, los cuales deben ser objeto de corrección por parte de la entidad. Incidencia adversa en el manejo de los rendimientos, utilidades y margen de comercialización en los ingresos de la entidad. El Sistema de Control Interno de la ANH resulta ineficiente desde el punto de vista operativo como una herramienta de gestión orientada a dirigir acciones, procedimientos y mecanismos de prevención y verificación para el mejoramiento de la entidad. Los errores o inconsistencias, salvedades, limitaciones o incertidumbres encontradas, que afectan la razonabilidad de dichos estados contables ascienden a \$1.246.549 millones (1,24 billones) valor que representa el 48% del activo total de la entidad. Lo que indica un desmejoramiento respecto a lo opinado por la CGR para el año fiscal 2009.

Con lo cual, como se observa, deben fortalecerse estos mecanismos en las entidades y empresas públicas.

Dentro de las actividades de planeación, como se ha comentado, la planeación de la contratación tiene especial relevancia y es una figura jurídica, a través, de la cual se ejecuta en términos generales buena parte del gasto público.

La contratación pública una actividad económica principal del gobierno puesto que, “de existir corrupción en ella, podría influir mucho en el dinero de los contribuyentes. En la Unión Europea, la contratación pública equivalió, aproximadamente, a 1,5 billones de euros en 20021. En los países de la OCDE, las estadísticas existentes indican que la contratación pública representa un 15%2 del Producto Interior Bruto. Los intereses económicos en juego, el volumen de transacciones dentro del ámbito mundial y la interacción más estrecha entre los sectores público y privado la hacen especialmente vulnerable a la corrupción<sup>381</sup>. (2)

Por lo tanto según lo reconocen los organismos internacionales que hacen seguimiento a las políticas y gestión de los Estados como es el caso de la OCDE<sup>382</sup>, ha establecido en las recomendaciones que ha formulado para Colombia, que tener un orden jerárquico claro en la supervisión del ciclo de contratación pública permitirá asegurarse de que las cadenas de rendición de cuentas están bien definidas, y que los mecanismos de supervisión se aplican mediante los correspondientes niveles de autoridad por delegación para las autorizaciones de gastos y a la aprobación de las fases clave de la contratación estatal están bien definidos. En tal sentido, estima este organismo que las normas para la justificación y aprobación de excepciones en los procedimientos deberán ser completas y claras, como en el caso de las excepciones al mecanismo de licitación.

*De esta forma, como igualmente lo formula la OCDE<sup>383</sup> el proceso de licitación ha sido tradicionalmente el centro de los esfuerzos internacionales. Sin embargo, esto es sólo la “punta del iceberg”, la fase mejor regulada y más transparente del proceso de*

---

<sup>380</sup> El informe de gestión de la Contraloría General de la República de Colombia presenta como resultados de su gestión también de control interno, en el Fondo Nacional de Prestaciones Económicas (FOMAG), en lo respectivo a “provisión para pensiones” que La entidad, al cierre del ejercicio 2010 presenta saldo cero en la cuenta 2720 - Provisión para Pensiones, situación que subestima este rubro en \$3.011.095 millones y a su vez subestima en el mismo valor el rubro 6401- Administración del Sistema General de Pensiones, debido a las debilidades en control interno al no aplicar en debida forma los procedimientos contables determinados para el asunto y el principio de contabilidad de prudencia.

<sup>382</sup> OCDE. Ídem.

<sup>383</sup> Foro OCDE 20043. Ídem.



contratación. En el Foro OCDE 20043, los países reivindicaron la atención específica a zonas oscuras, que están menos sujetas a los requisitos de transparencia y, por lo tanto, son potencialmente vulnerables a la corrupción. Entre las zonas oscuras se incluyen, concretamente: las fases previa y posterior a la licitación, desde la evaluación de las necesidades a la gestión del contrato<sup>384</sup> y el pago; así como también, las excepciones a los procedimientos competitivos, es decir, las circunstancias especiales, tales como la urgencia extrema y los contratos de valor reducido. Existen experiencias internacionales en las que dan prevalencia a la revisión de la contratación directa de manera previa a la erogación del gasto como es el caso de la Contraloría General de Costa Rica en donde se revisan este tipo de contratos de urgencia por parte de este ente de control.

Y en tal medida al hablar de contratos excluidos de la contratación general encontramos en gran medida los contratos de contratación directa, donde el Estado cuenta con un alto margen de discrecionalidad para contratar, como por ejemplo, la que se presenta para hacer la contratación de contratos de prestación de servicios<sup>385</sup>. Para TRIANA Y SUÁREZ<sup>386</sup>, resulta inexplicable seguir utilizando de la manera más inapropiada los contratos de prestación de servicios en perjuicio de los fines del Estado. “Las órdenes de servicios son una modalidad excepcional, pero en este país se ha convertido casi en la regla general”.

---

<sup>384</sup> El aspecto de la etapa previa de la contratación y la selección objetiva del contratista, han sido de especial interés en otras instancias o contextos internacionales como el europeo. **La Unión Europea a través de las directivas que fija para los estados miembros sobre los principios, reglas y criterios que deben considerarse en las actuaciones de contratación** directiva de 1993 y demás, es un mecanismo que permite controles transnacionales al ejercicio de contratación, y por ende al decisional discrecional del Estado en esta materia. En estas directivas se ha instado a países como Alemania, Francia, España, Italia, para que rectifiquen procesos sobre adjudicación de obras públicas, concesiones derivadas de trámites urbanísticos en los que no han permitido la libre concurrencia de otros posibles oferentes a través de procesos licitatorios. De hecho, para el caso de España ha solicitado se revise en los términos de su legislación interna las posibles irregularidades o aspectos jurídicos que impiden la transparencia y publicidad en sus procesos de contratación. En España, se ha determinado a través del Observatorio Nacional de Contratación Pública, falencias encontradas en los procesos contractuales de obra pública, lo cual, deja ver la importancia de revisión en la etapa precontractual, de las condiciones económicas y técnicas que definen el cumplimiento de las obligaciones en este tipo de contratos, entre tanto, como ocurre en muchos países, condiciones que afectaban el equilibrio contractual del contrato o aspectos de determinaban a priori elementos que dificultaban la ejecución de las condiciones técnicas del contrato podrían haberse advertido desde la etapa previa a su suscripción y ejecución, máxime teniendo en cuenta, que en muchos países el control fiscal o proceso de fiscalización se hace de manera posterior y selectiva, con lo cual los entes de control no pueden entrar sino después de haberse legalizado y suscrito el contrato a hacer seguimiento y verificación del cumplimiento de las obligaciones de las partes y del objeto contractual. En esta medida, es importante advertir de la importancia que las instancias administrativas e institucionales que pueden realizar de manera previa este control lo ejerzan, como son las oficinas de control interno, veedurías, ministerio público, y en este sentido, reconsiderar hacer uso de mecanismos que venían funcionando adecuadamente como son las funciones de advertencia.

<sup>385</sup> El contrato de prestación de servicios profesionales se encuentra regulado en la ley 80 de 1993 y prevé que en los eventos en los que las entidades no cuenten con el personal de planta suficiente para realizar funciones misionales, o que no cuenten con las características y perfiles especiales para realizar determinados trabajos deberá contratarse con personas externas que cumplan estas labores. *Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado. En ningún caso estos contratos generan relación laboral, ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.*

<sup>386</sup> Proyecto de ley que busca modificar los contratos de prestación de servicios o conocidos generalmente como Órdenes de Prestación de Servicios.

Desde hace años el fenómeno de las nóminas paralelas se encuentra en la agenda pública, pero poco a poco ha venido perdiendo vigencia. La Directiva Presidencial número 10 de 2002, en cuanto al Manejo Gerencial de los Recursos Humanos, había señalado que, por ningún motivo, y bajo ninguna circunstancia, el nombramiento de funcionarios públicos puede responder a transacciones, presiones o favores de tipo político o económico. Si bien, los contratos de prestación de servicios tienen un fundamento legal se han presentado eventos en los que los montos de sus objetos contractuales, llegan a alcanzar sumas altas de dinero sin que llegue a establecerse un estándar o criterios por los cuales se establecieron esos valores del contratos, siendo en tal medida completamente discrecionales por parte de la administración.

Ante el comportamiento de medidas discrecionales como son las que se presentan en eventos en los que la administración decide a criterio propio la manera como se desarrollan diferentes actividades o se asignan recursos, algunos autores como LAPORTA<sup>387</sup>, hablan sobre la necesidad de establecer, entre otros aspectos, preferiblemente canales o estructuras jerárquicas y procesos de revisión de los actos. *En concreto elementos que tengan que ver con la integración ciudadana, desconcentración administrativa, pluralismo y legalidad. LAPORTA propone tres tipo de medidas, las primeras tienen que ver con el proceso en la toma de decisiones, esto implica integrar a la sociedad en las decisiones de autoridad y para esto es fundamental evitar que la decisión tienda a concentrarse en una persona y en un momento procesal único, por lo cual, es mejor contar con órganos colegiados y no unipersonales, debe preferirse la revisión jerárquica de las decisiones, que su solución en única instancia, división de temas en decisiones que decisión unitaria. El segundo tipo de medidas tiene que ver con la discrecionalidad de los responsables públicos. El tercer tipo de medidas se refieren a la información y a la transparencia, según LAPORTA, los canales de información y los vehículos de transmisión han de ampliarse y drenarse al máximo en materias de gestión pública; auditorías, creación de un clima en el que las irregularidades se hagan públicas, transparencia general, sociedad abierta y pluralismo de las fuentes de información. (7)*

No obstante, el tema de la descentralización administrativa conlleva a otro tipo de problemas<sup>388</sup>, las observaciones que la CEPAL indico para países de Latinoamérica a finales

---

<sup>387</sup> LAPORTA, Francisco, J." La corrupción política: Introducción general", Laporta francisco J. Alvarez Silvina, La corrupción poliitca. Nota 15 pp 31 y 32.

<sup>388</sup> **Cepal, nivel intermedio arreglo institucional 1998.** En los casos en los que la asunción de responsabilidades está sujeta a la negociación entre el nivel residual y las municipalidades, en aquellos casos en los que hay competencias concurrentes es necesario establecer arreglos entre el nivel intermedio y para el municipal para definir quien ejerce prevalentemente estas competencias o bien para aprestar a la administración municipal para su asunción en un término definido. En los casos en los que no están definidas las categorías municipales para determinados grupos de funciones, situación a la cual, la flexibilidad en el reparto de competencias está sujeto a la aplicación de principios de subsidiariedad que el nivel superior asuma transitoriamente o por un periodo largo determinadas funciones que no están en capacidad de asumir los municipios o también en los casos en los que estas funciones que tradicionalmente ha asumido el nivel intermedio pero que tienen un claro contenido local y deben ser en consecuencia transferidas. Las municipalidades han

de los años 90's se han mantenido en el escenario que entidades territoriales asumen funciones, obras, servicios y aprovisionan bienes o garantizan o todas estas a través de terceros, no obstante en muchos eventos los recursos locales o recursos propios de las entidades territoriales del orden más descentralizado no alcanzan a cubrir de manera autónoma los gastos y servicios que demandan por lo que deben servirse de transferencias del orden nacional y en tal medida administrar de forma eficiente estos recursos, con lo cual si bien cuentan con un nivel de discrecionalidad en su gasto local, este debe ser racionalidad, en gran medida, por la insuficiencia de recursos de presentan.

El principio de la confianza legítima se presenta como una solución jurídica a la delegación de funciones con el fin de exonerar las responsabilidades que pudieran recaer en el delegante, pues en las sociedades según lo indica JACOBS "las divisiones del trabajo serían imposibles si cada uno tuviese que controlar a absolutamente todos los que cooperan con él: de tanto tener que controlar el comportamiento de los demás nadie llegaría a cumplir con plena dedicación sus propias obligaciones; el resultado sería, con bastante seguridad, peor que el que se produce si se reconoce un principio de confianza."<sup>389</sup>

Ante estos eventos de discrecionalidad del gasto y autonomía de decisiones administrativas, teóricos han establecido la importancia de la rendición de cuentas y la revisión y control por parte de los organismos de control y ciudadanía. PERUZZOTTI y SMULOVITZ<sup>390</sup>, indican al respecto del concepto de accountability que esta regula y reduce la brecha entre representantes y representados, preserva la distancia entre autoridades políticas y ciudadanía, que se puede presentar en tres tipos, legal, política y social<sup>391</sup>. La accountability puede ser también *horizontal*, según la caracterización de O'DONELL, y se refiere a la operación interestatal de controles dentro de una red de

---

asumido responsabilidades de gasto publico crecientes en donde los sistemas de transferencias de recursos se han complejizado que exigen para su uso racional determinadas condicionalidades a las que deben someterse los beneficiarios locales receptores de las mismas, el nivel intermedio debe verificar para gestionar los recursos.

<sup>389</sup> Similar posición sostiene Maraver Gómez, para quien el principio de confianza se ha querido fundamentar destacando la importancia que tiene la división del trabajo en el ejercicio de determinadas actividades<sup>257</sup>.(9)

<sup>390</sup> PERUZZOTTI y SMULOVITZ "Accountability social; la otra cara del control. Controlando la política: ciudadanos y medios en las democracias latinoamericanas. Buenos Aires. Temas 2002.

<sup>391</sup> La accountability legal está orientada a que las acciones de los funcionarios estén enmarcadas legal y constitucionalmente, mediante la separación de poderes, el reconocimiento de derechos fundamentales, el sistema de pesos y contrapesos, el constitucionalismo moderno establece instituciones que permiten poner límites a la arbitrariedad del poder del Estado. En el constitucionalismo moderno existe una discrecionalidad regulada dentro de la esfera de normas abstractas que fijan competencias, procedimientos y marcos de actuación para las autoridades. Un gobierno responsable accountability desde el punto legal si hace posible que las acciones gubernamentales no infrinjan la ley; y se ajusten al debido proceso, para que los mecanismos de accountability legal funcionen con eficacia, es necesaria la existencia de un sistema legal con capacidad para imponer la ley y hacer que los gobernantes la obedezcan. La accountability POLITICA<sup>391</sup> se refiere a la capacidad del electorado para hacer que las políticas gubernamentales respondan a sus preferencias, se expresa a través de las elecciones es de carácter vertical aunque como ha señalado muchos teóricos Przeworski, Stokes, Manin fracasa porque los gobernados no pueden obligar a los gobernantes a actuar responsablemente(problemas de información, de sanción electoral, limitaciones del voto etcétera)

agencias (poder legislativo, judicial, ejecutivo, órganos autónomos, tribunal constitucional que se controlan y equilibran mutuamente. La accountability social, esta sería una especie de accountability política de carácter vertical, relación electores gobernantes, redes capaces de controlar las acciones de ejecutivo.

CRUZ, Castro <sup>392</sup> propone fiscales independientes que tengan competencia legal para iniciar de oficio las investigaciones. Igualmente se decanta por un mayor presupuesto al Ministerio Público, la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos mientras se mantengan en el ejercicio de la función pública, el uso de agentes encubiertos, restricciones al secreto bancario y la introducción de nuevos tipos penales. Mediante estas posturas se observa la importancia que ha venido incorporando el control a las decisiones de las autoridades o gobernantes.

En igual medida otros autores como LOPEZ PRESA y ROSE ACKERMAN se han pronunciado sobre la importancia de controlar decisiones de la administración que pudieren generar corrupción.<sup>393</sup> LOPEZ PRESA propone medidas para enfrentarla, entre otras, las siguientes, ampliar y fortalecer la participación ciudadana continuar con la profesionalización de los recursos humanos y con la reforma de las organizaciones públicas, adecuar los marcos jurídicos a las necesidades actuales, extender el uso de tecnologías de información, y continuar con el desarrollo administrativo y desregulación. Son medidas dirigidas a la reforma de la administración pública sin tomar en cuenta las otras instancias públicas el poder ejecutivo, el legislativo, el judicial, los órganos constitucionales autónomos, la cooperación internacional, el papel civil (la rendición de cuentas horizontal de cuentas de carácter social), las políticas represivas y de control.

SUSAN ROSE ACKERMAN<sup>394</sup>, insiste en que mientras los funcionarios detentan un poder discrecional, persistirán los alicientes contra la corrupción por lo que un mecanismo adecuado para combatirla consistirá en reducirla. Ello implica simplificar las leyes fiscales para reducir el poder discrecional de la burocracia, reorganizarla, profesionalizarla, propone examinar las leyes administrativas para ver cuáles pueden ser eliminadas. Simplificadas o analizadas para ver en cuáles se requiere mejorar su aplicación. Igualmente insiste en reestudiar los mecanismos y procedimientos para aprobar proyectos de infraestructura. ACKERMAN es partidaria de reformas y mejoras a los órganos de control, transparentar las acciones del gobierno, reformar al funcionariado mediante su reducción y mejora de sus prestaciones e incentivos También está de acuerdo, en perfeccionar el funcionamiento de tribunales, de los fiscales, auditores, o en

---

<sup>392</sup> CRUZ, Castro Fernando ha propuesto para Costa Rica, "la investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio público, en los sistemas penales latinoamericanos" Revista PENA Y Estado. Revista latinoamericana de política criminal. Buenos Aires, 1995. Pp 81-98.

<sup>393</sup> LOPEZ PRESA, Jose Octavio. Corrupción y cambio, Fondo de Cultura Económica. 1998. Pp 375 y ss.

<sup>394</sup> ACKERMAN, Susan Rose, la corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma, cit nota 12 pp 308 y 309.

caso crear comisiones anticorrupción, Una de las propuestas de la autora norteamericana estriba en fortalecer el papel de los organismos e instancias internacionales que desarrollan proyectos anticorrupción. Políticamente insiste en el compromiso de la cúspide del gobierno para concebir e implementar los esfuerzos anticorrupción.

NIETO<sup>395</sup> por su parte, menciona que el gobierno, es el gran interesado en que la corrupción no sea perseguida, porque si la corrupción, es cometida por quienes ocupan el poder y estos deben responder por ella<sup>396</sup>, es inevitable que cabalmente desde el poder se intente evitarla y llegado el caso, esquivar el castigo. NIETO, propone medias represivas de control y de prevención de la corrupción, además de una lucha contra la impunidad. Para él, las medias represivas son las más llamativas pero no son siempre las más eficaces, es más eficaz el control y prevención que el castigo. Las diferentes medias deben partir de una política anticorrupción basada en principios elementales como reducir las ocasiones de que la corrupción se produzca, tener claro que no solo es corrupción lo que una ley ha tipificado como tal, y no solamente es corrupto aquel quien una sentencia ha condenado. La mejor política anticorrupción es la prevención, las medidas represivas comprenden la legislación contra la corrupción aunque lo importante no es lo que digan las leyes sino como se aplican por los tribunales; un poder judicial independiente y con medios suficientes, para investigar, conocer y sancionar la corrupción, el juez debe tener muy claro que los eslabones débiles de la cadena tienen relación con la autoría y la causalidad, la corrupción de personas morales no se realiza directamente sino a través de intermediarios, empresas o asociaciones y mediante un mecanismo organizativo y procedimental muy complejo, en cuanto a la causalidad lo importante, es sobre todo saber a quién beneficia la acción corrupta, órgano más idóneo para la prevención de la corrupción no es el penal, es el gobierno que puede obligar a dimitir o cesar o disciplinar a los administradores públicos corruptos, la reprensión también puede confiarse a órganos

---

<sup>395</sup> NIETO, Alejandro, Corrupción en la España Democrática, nota 7 pp 203 y ss. Indica también, en cuanto al control distingue cuatro tipos; el político, el técnico, el realizado por organizaciones internacionales y el de los medios de comunicación que según su punto de vista es más efectivo. El político se realiza a través de comisiones de investigación del legislativo que casi nunca funcionan adecuadamente, el técnico es generalmente realizado por la propia administración, en España se llama servicio de intervención. Los organismos internacionales han realizado una labor de conciencia importante y nieto propone como ejemplo, la "unidad de lucha antifraude" de la unión europea, finalmente, estaría el control de prensa. Nieto advierte que las tendencias a que la lucha anticorrupción sea un instrumento de lucha política, en donde lo que importa es sacar provecho electoral y no combatirla seriamente.

<sup>396</sup> Al respecto debe mencionarse que la Convención Interamericana de Naciones Unidas de la lucha contra la corrupción, define que se entiende por actos de corrupción y cuales funcionarios públicos que pueden incurrir en este tipo de conductas. *"Toda persona que ocupe un cargo legislativo<sup>396</sup>, ejecutivo, administrativo o judicial de un estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual, sea la antigüedad de esta persona en el cargo ii) toda persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese estado parte... No obstante, a efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo segundo de la presente convención podrá entenderse por funcionario público, toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese estado parte"*

autónomos también puede ser eficaz la acción represora de los partidos políticos en lo que se refiere a sus miembros, y los colegios y cuerpos colegiados pueden reprimir la corrupción mediante expulsión y medias disciplinarias.

Como se observa NIETO y otros autores dan importancia al contrapeso o equilibrio que puedan generar los distintos poderes públicos para combatir la corrupción que en gran medida se genera por la discrecionalidad de los actos, se propone en tal medida, por ejemplo el fortalecimiento de los jueces y de los organismos de control en esta medida la labor del juez fiscal, puede jugar un papel relevante al momento de sancionar aquellas conductas que se encuentren en detrimento de bienes jurídicos protegidos por el Estado, como es el patrimonio público.

### **3.4 Vinculación del tercero responsable y medidas efectivas de aseguramiento de bienes**

La denuncia oportuna de la conducta generadora del daño patrimonial, por parte de los servidores es básica para procurar la aplicación de medidas cautelares en los *terceros responsables*. El Estado a través del proceso de responsabilidad contable debería emplear mecanismos, eficientes en la busca oportuna de bienes y aplicación de medidas cautelares, con el propósito de facilitar el resarcimiento del daño.

Como lo ha determinado la jurisprudencia los dineros públicos no pierden esta categoría hasta tanto no se justifique debidamente en qué fue empleado el dinero dado, como en el caso de las subvenciones, con lo cual, el dinero deberá contar con amplios parámetros de custodia para el resarcimiento del daño.

A través del Sistema de Información de Rendición Electrónica de Cuenta (SIREL)<sup>397</sup> con el que cuenta la Contraloría General de la Republica para rendir anualmente la cuenta sobre los Procesos de Responsabilidad Fiscal<sup>398</sup>, se observa conforme a la información reportada

---

<sup>397</sup> Los datos del SIREL no se clasifican por ramo de seguro, por lo tanto este informe corresponde a la totalidad de los registros de procesos de responsabilidad fiscal, respaldados con pólizas por todo tipo de ramos. El análisis de los datos se limitan a las entidades del nivel nacional y se excluyen los valores amparados cuyo valor sesga el análisis por su cuantía.

<sup>398</sup> Las cifras del SIREL se refieren a Procesos de Responsabilidad Fiscal (PRF) cobijados por todo tipo de pólizas y mencionan para observar la magnitud del amparo de estas en los PRF, dando origen al presente estudio.

con corte a diciembre de 2015, la existencia de Procesos de Responsabilidad Fiscal que alcanzaban un monto de \$9.8 billones y tan solo un resarcimiento del daño patrimonial de \$19.771 millones que corresponde a 0.2% del total<sup>399</sup>.

**Cuadro 1**  
**Procesos de Responsabilidad Fiscal y**  
**valor recaudado reportados en SIREL 2011 -2015**  
**Cifras con corte anual y en millones de pesos**

<b>Año</b>	<b>Número Procesos Reportados</b>	<b>Presunto Detrimento \$</b>	<b>Valor Recaudado durante el trámite del Proceso</b>	<b>Recaudo / Detrimento %</b>
2011	1.080	1.703.554	9.782	0,6
2012	1.241	5.090.625	87.495	1,7
2013	1.336	5.771.050	87.811	1,5
2014	1.607	9.127.525	82.641	0,9
2015	1.485	9.750.091	19.771	0,2

Fuente: Informe SIREL vigencias 2011 a 2015 – cálculos CGR.

Con lo cual, puede decirse que de los 1.485 procesos vigentes con corte a 2015, solo en el 70%, pudo recaudarse menos del 2% del valor del recaudo del detrimento patrimonial.

En Colombia se han encontrado falencias relativas a los niveles de cobertura de las pólizas de seguros que se suscriben, así como, en cuanto al tipo de seguro que se contrata para cubrir riesgos inherentes a la gestión de los servidores públicos, lo que ha ocasionado que el resarcimiento del daño patrimonial al Estado llegue en algunos momentos a ser parcial, a dilatarse en otros eventos o que pueda no llegar a reconocerse.<sup>400</sup>

### **Presupuesto General de la Nación destinado a pólizas de seguros**

<sup>399</sup> Contraloría General de la República. Dirección de Estudio Sectoriales de la Contraloría Delegada para el Sector Gestión Pública e Instituciones Financieras.

<sup>400</sup> Contraloría General de la República de Colombia. Estudio sectorial Contraloría Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras. POLIZAS DE SEGUROS QUE CUBREN RIESGOS INHERENTES A LA GESTIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. 2016. En este estudio se evaluó las debilidades y alcance de las pólizas de seguros que cobijan la gestión de los funcionarios públicos dentro de los procesos de responsabilidad fiscal que adelanta este ente de control.

En el período 2011-2015, la adquisición general de seguros<sup>401</sup> por parte de las entidades públicas presenta una tendencia creciente en términos corrientes. Cuadro 5.1

**Cuadro 5-1**  
**Adquisición de seguros: Número de entidades y presupuesto 2011-2015**  
**Cifras en millones de pesos**

Concepto/Año	2011	2012	2013	2014	2015
Número de Entidades	81	96	96	96	96
Valor Total Seguros	123.840	143.214	161.547	175.332	178.963
Valor Seguros del Estudio	62.448	64.990	82.223	90.727	93.767
Participación Seguros Estudio/Total Seguros (%)	50,4	45,4	50,9	51,7	52,4

Fuente: SIIF – cálculos DES Gestión Pública e I.F.

Por otra parte, se observa que en 60 entidades de la muestra que se encuentran en el PGN, los ramos de seguros de IRF, Responsabilidad Civil, Otros Seguros y Generales<sup>402</sup>, tienen una participación promedio del 50% en el período.

Así mismo, la cobertura promedio en el período 2011-2015 para los ramos IRF y de Responsabilidad Civil es del 4% y 3% respectivamente, participación que es baja con respecto a los ramos de “Seguros Generales” y “Otros Seguros”. Cuadro 5.2.

**Cuadro 5.2**  
**Participación Porcentual por tipo de ramo**

Tipo Seguro / Año	2011	2012	2013	2014	2015
Otros Seguros y Generales	97%	89%	96%	92%	93%
Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros	2%	8%	2%	3%	4%
Responsabilidad Civil	1%	3%	2%	5%	3%
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Fuente: SIIF – cálculos DES Gestión Pública e I.F.

A diciembre de 2015, existían 26 compañías de seguros autorizadas en Colombia. El mercado de seguros en Colombia se encuentra dividido en dos líneas, una de personas (vida) y otra de daños (generales), estos están asociados a la protección del patrimonio o bienes, y dentro de este segmento están los seguros de Responsabilidad Civil del Servidor

<sup>401</sup> Incluye todos los seguros tomados por las entidades del PGN donde se incluyen los de accidentes personales, accidentes temporales, aeronaves, vida, equipos eléctricos, sustracción y hurto, terremoto, incendios, generales, responsabilidad civil, infidelidad y riesgos financieros y médicos.

<sup>402</sup> En estos ramos se incluye los seguros de manejo global de entidades oficiales



Público (RCSP), Manejo Global (MG) e Infidelidad y Riesgos Financieros (IRF)<sup>403</sup>. Igualmente debe mencionarse que en 2015 tuvo una participación del 2,7% del PIB, correspondiente a un total de primas pagadas al año por \$11,4 billones.

En detalle en pólizas de procesos de responsabilidad fiscal, y al abordar el análisis del valor de siniestros, monto de recursos recuperados y cobertura de las pólizas de seguros que garantizan el resarcimiento del daño en los procesos de responsabilidad fiscal en el período 2011-2015, en especial, a través de las pólizas de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos (RCSP)<sup>404</sup>, Manejo Global de Entidades Oficiales (MG) e Infidelidad y Riesgos Financieros (IRF)<sup>405</sup> se observa que respecto de 1485 procesos que estuvieron en

---

<sup>403</sup> . Las compañías de seguros pueden participar en la celebración de contratos de seguros con las entidades del Estado presentando ofertas individuales, colectivas o conjuntas<sup>403</sup>, así como contar con autorización vigente emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) para expedir y asumir riesgos en los ramos de seguros específicos.

Teniendo en cuenta que el objeto social de La Previsora<sup>403</sup>, permite la celebración y ejecución de seguros en los ramos de estudio, se estableció que es la única compañía de carácter estatal que interviene en la oferta del mercado de seguros colombiano.

<sup>404</sup> Una vez indemnizado un siniestro, la compañía de seguros se subroga sobre los derechos del asegurado en contra de los responsables del siniestro (art. 1096 del Código de Comercio), figura que en todo caso no aplica en los seguros de personas (art 1039 Código de Comercio).

<sup>405</sup> *Seguro de Manejo Global para Entidades Oficiales* El seguro de manejo está consagrado legalmente en el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que señala lo siguiente:

Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.

La CGR, a través de la Resolución 14249 del 15 de mayo de 1992 “Por medio de la cual se adopta y reglamenta la póliza modelo para el seguro de manejo”<sup>405</sup>, señalaba que las entidades podían adquirir pólizas mediante el sistema Global de Manejo para ampararlas contra los riesgos que implicaran menoscabo de fondos y bienes causados como consecuencia de la administración, custodia o manejo de los bienes por parte de los servidores públicos o sus reemplazos.

Este seguro está dirigido a proteger a la entidad asegurada contra riesgos que impliquen pérdidas de los recursos y bienes estatales causados por los empleados de la entidad asegurada en ejercicio de sus cargos por acciones y omisiones que se tipifiquen como delitos contra la administración pública o fallos con responsabilidad fiscal. El amparo se extiende a reconocer el valor de la rendición y reconstrucción de cuentas en caso de abandono del cargo o fallecimiento del responsable de la rendición, siempre y cuando haya acto administrativo notificado en el que se verifique la imposibilidad de rendir dichas cuentas.

Adicionalmente, en la pólizas tomadas por las entidades objeto de estudio, las coberturas comprenden delitos contra el patrimonio económico y pérdidas ocasionadas por empleados ocasionales, temporales o transitorios, contratistas y subcontratistas independientes.

#### ***Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros***

No se evidencia ninguna disposición legal que obligue o imponga a las entidades tomar este tipo de póliza de seguro.

trámite de investigación y sanción, 557 por valor de \$6.8 billones no tenían valor amparado con pólizas de seguros, como se observa en el siguiente cuadro.<sup>406</sup>

**Procesos de Responsabilidad Fiscal con y sin amparo reportados en SIREL  
2011 -2015**

**Cifras en millones de pesos**

<b>Año</b>	<b>No.de Procesos Reportados</b>	<b>Presunto Detrimento \$</b>	<b>No. de Procesos sin Valor Amparado</b>	<b>Presunto Detrimento sin amparo</b>	<b>No. de Procesos con valor amparado</b>	<b>Presunto Detrimento con amparo</b>	<b>% Presunto detrimento Amparado</b>
2011	1.080	1.703.554	606	1.370.264	474	333.291	20
2012	1.241	5.090.625	519	4.253.581	722	837.040	16
2013	1.336	5.771.050	560	4.856.779	776	914.272	16
2014	1.607	9.127.525	630	7.155.115	977	1.972.410	22
2015	1.485	9.750.091	557	6.816.130	928	2.933.961	30

Fuente: Informe SIREL vigencias 2011 a 2015 – cálculos propios

En este sentido, puede concluirse que por cada \$1 peso de presunto detrimento patrimonial al Estado, \$0.70 centavos no están amparados. La Contraloría General llega en su estudio a las siguientes conclusiones:

1. Legalmente es viable que las entidades públicas adquieran los seguros de Responsabilidad Civil de Servidor Público, Manejo Global para Entidades Oficiales y el de Infidelidad y Riesgo Financieros, pero no las obligan. No obstante, de ocurrir un

El seguro cubre la pérdida de dinero, títulos valores y otra propiedad que el asegurado pueda tener, en un monto que no exceda al estipulado en el acuerdo de seguro, resultante directamente de uno o más actos fraudulentos o deshonestos cometidos por los empleados del asegurado, individualmente o en complicidad o colusión con otras personas, con la intención manifiesta de causar al asegurado dicha pérdida.

En las entidades de la muestra, este tipo de seguros incluye pérdidas dentro y fuera de los predios, pérdidas por falsificación de títulos valores, crimen por computador, falsificación de firma, moneda falsificada y delitos por computador.

La muestra contempla la cobertura bajo la modalidad de descubrimiento con período de retroactividad, que cubre las pérdidas descubiertas en la vigencia así se trate de hechos ocurridos con anterioridad, alternativa usual en la pólizas de IRF. Esta circunstancia es permitida en el artículo 4 de la Ley 489 de 1997 y se sustenta en la dificultad de establecer con precisión la época exacta de ocurrencia de los riesgos asegurados. Esta póliza ampara el dolo y excluye las conductas culposas.

<sup>406</sup> En este sentido, puede concluirse que por cada \$1 peso de presunto detrimento patrimonial al Estado, \$0.70 centavos no están amparados.

siniestro podrían verse inmersas en las multas de los contralores por no asegurar los fondos, valores o bienes bajo su responsabilidad, de acuerdo a la Ley 42 de 1993.

2. En el seguro de responsabilidad civil no es asegurable el dolo por expresa prohibición legal (artículo 1055 del Código de Comercio). Por lo tanto los funcionarios que realicen en forma intencional actuaciones dolosas y que den lugar a detrimento patrimonial no son objeto del seguro y el funcionario o servidor deberá responder directamente por tales conductas con su propio patrimonio sin perjuicio de las demás acciones legales a que haya lugar, como la disciplinaria y penal.
3. El aseguramiento de los riesgos de seguros inherentes a la gestión de los servidores públicos en las entidades de la muestra es alta (85%), en promedio \$139.107 millones. En cuanto a La Previsora, como única compañía aseguradora estatal, ante la eventualidad de ocurrencia de los siniestros de las entidades seleccionadas responde en un 18% de la contratación de seguros, es decir, el Estado comparte el riesgo con las restantes entidades del mercado y compite en similares condiciones.
4. Los resultados obtenidos, permiten concluir que la reclamación de siniestros ante las compañías aseguradoras, por los Procesos de Responsabilidad Fiscal y los de Jurisdicción Coactiva han sido ineficientes como mecanismo de recuperación y reparación del daño patrimonial. Lo anterior, se sustenta en el análisis realizado en 99 entidades del orden nacional, durante el periodo 2011-2015 con los siguientes resultados:
  - De los 878 siniestros por \$146.995 millones, se recuperó el 18%. Por las compañías aseguradoras 15% y el 3% como resultado de un fallo de PRF.
  - De los siniestros no indemnizados por las compañías aseguradoras, \$107.432 millones (73%) dieron origen a un PRF; es decir, la adquisición de un seguro para cubrir los riesgos inherentes a la gestión de sus servidores públicos no es garantía que ante un siniestro se recupere de inmediato el presunto daño patrimonial.

5. Existen fallas en cuanto al alcance de pólizas constituidas, proceso en la reclamación del siniestro, vigencia de la póliza versus hecho ocurrido y reclamación en el proceso de responsabilidad fiscal, entre otros, situaciones que pueden influir en que la recuperación del daño patrimonial del Estado evidenciado en el estudio sea solo del 19%.
6. De 286 PRF, correspondientes a 93 entidades públicas del nivel nacional, se estableció en el período del estudio, una cobertura promedio del valor asegurado del 65%. Lo anterior implicaría, fallas en el control de los posibles riesgos en las entidades, falta de oferta en el mercado con relación al tipo de seguros, límites y tarifas, amparos y/o coberturas insuficientes en comparación con el posible daño patrimonial, reclamaciones por fuera del término de vigencia de la póliza, prescripción del contrato de seguro, entre otras.

Igualmente, en los procesos de Jurisdicción Coactiva la tasa promedio de recuperación de los 208 procesos de 91 entidades es del 60%.

### **3.5 Medidas de integrales a la sanción del responsable contable y fiscal.**

#### **3.5.1 Sanción disciplinaria:**

Si bien dentro del proceso de responsabilidad contable la responsabilidad de los gestores cuando se presenten eventos en los que los dineros o caudales públicos entran al patrimonio de terceros, y den lugar a que los gestores contables respondan de forma *subsidiaria*, de acuerdo que se ha planteado y teniendo en cuenta que la acción de responsabilidad contable tiene solo como finalidad, el resarcimiento del daño<sup>407</sup> y que

---

<sup>407</sup> ACTCu 2 de julio de 1998.No acarrea en ella el cumplimiento de una pena o sanción sino muy por el contrario el reintegro de daños y abono a los perjuicios ocasionados a los caudales exceden los requisitos previstos en el artículo 1902 y concordantes del código civil.

su competencia no es claramente una función sancionatoria.<sup>408</sup>

El Tribunal de Cuentas, reconoce la vulneración de derechos cuando se incurre en *non bis indem*, como lo ha mencionado el Tribunal Constitucional, al señalar que el principio de *non bis indem* supone que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de una supremacía especial de la administración (relación del funcionario, servicio público, concesión) que justificase el ejercicio del IUS PUNIENDI por los tribunales y a su vez de la potestad sancionatoria de la administración, si bien no se encuentra acogido expresamente en los artículos 14 a 30 e la carta va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogido en el art 25 de la CE)<sup>409</sup>.

En este orden de ideas, se incurre ciertamente en vulneración del principio *non bis in indem* cuando, como lo menciona la sentencia, se haga aplicación simultánea de regímenes sancionatorios como lo son el penal y el sancionatorio administrativo, sobre los mismos hechos, sin embargo hay que recordar que las consecuencias que derivan la responsabilidad contable son netamente pecuarias y como lo menciona la doctrina y jurisprudencia, asimilables al régimen de responsabilidad civil, con lo cual no habría vulneración del principio *non bis in indem* cuando sobre los mismos hechos sean constitutivos de responsabilidad contable y disciplinaria.

Tal es así, que precisamente en la sentencia anteriormente mencionada del Tribunal de Cuentas, aclara que la sanción al apelado demandante como autor de una falta muy grave prevista en el art 6 apartados d y f del reglamento disciplinario de los funcionarios públicos, deja a salvo la jurisdicción del Tribunal de Cuentas para exigir por vía precedente el reintegro del alcance producido al declarar la posibilidad de concurrencia

---

<sup>408</sup> Auto Tribunal de Cuentas 16 de diciembre de 1993. La responsabilidad contable es una especie de la responsabilidad civil, no de la penal. Así se desprende inequívocamente de la legislación de vigor y en este sentido la entiende el Tribunal de Cuentas. Mediante auto se estableció el contenido privativo de esta variante de responsabilidad, en la que pueden incurrir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. En tal sentido, el resarcimiento económico del daño o menoscabo causado es el fin último de la acción contable a diferencia de competencias sancionatorias derivadas de regímenes de aplicación punitiva o *ius puniendi*.

<sup>409</sup> STCu 17 de 1994. Sentencia del Tribunal de Cuentas.

entre una y otra; la parte apelante, esto es el declarado responsable contable en el proceso de responsabilidad contable, alega la contradicción que se aprecia ente la calificación de la infracción como leve en el expediente disciplinario, instruido como consecuencia de los mismos hechos, y la que se hace en el ámbito jurisdiccional contable, expresada en la sentencia de instancia y en el fundamento jurídico que encuentra una concurrencia de culpa más grave.

El Tribunal de Cuentas, concluye la compatibilidad de la jurisdicción contable en el ejercicio de la potestad disciplinaria se declara, junto con la de la jurisdicción penal, en el artículo 18 de la ley orgánica 2 de 1982, menciona además, que la responsabilidad contable ésta de acuerdo con la naturaleza de las cosas y de la finalidad entre perjuicios ocasionados a la hacienda pública como consecuencia del manejo de fondos públicos, y la otra o disciplinaria es una manifestación de una potestad atribuida legal y constitucionalmente a la administración con objeto de velar por el correcto funcionamiento de su propia organización y disciplina interna de la misma; la lejanía entre las dos parece como indudable, al resultar diáfano el carácter de responsabilidad patrimonial que cabe atribuir la contenido de la responsabilidad contable, ajena al campo en que se proscriben la concurrencia de sanciones, tal como prescribe el artículo 133 de la ley 30 de 1982 de régimen jurídico y procedimiento administrativo, no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos se que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.<sup>410</sup>

El Estado debe hacer uso de su función sancionatoria, a través de funciones, como la disciplinaria.<sup>411</sup> Como se ha expuesto, podría pensarse que la posibilidad de declaración de responsabilidad contable como responsabilidad *subsidiaria*, podría llevar a pensar que los servidores y funcionarios que llegaren a prestar labores de

---

<sup>410</sup> **STCu 23 de febrero 1995.** Sentencia del Tribunal de Cuentas.

<sup>411</sup> En sentencias como la STCu 15 de mayo 1994, el Tribunal de Cuentas, hace además mención a la diferencia de la jurisdicción penal y contable, derivando la jurisdicción penal funciones de la potestad sancionatoria del Estado, respecto de la cual se cobijan regímenes administrativos de sanción y de la responsabilidad contable como una especie de responsabilidad civil que procura el resarcimiento efectivo del daño.

administración y caudales públicos, tendieran a descuidar el ejercicio prudente y diligente de sus tareas, sin embargo habría que recordar que bajo los supuestos de responsabilidad contable y fiscal, que se han expuesto, que el gestor contable o fiscal, podría ser sancionado con *culpa leve* lo que indicaría que habría por regla general responsabilidad contable en quienes administraran dineros o caudales públicos, y de acuerdo a la naturaleza de esta labor de gestión, esto sería una consecuencia casi que implícita en su calidad de agente.

Con lo cual, si bien el derecho penal, tiene un régimen independiente y autónomo y las conductas que se castigan son cometidas a título de dolo o culpa grave, al afectar bienes jurídicos tutelables dada su importancia y repercusión en la seguridad y bienestar social, son también bienes tutelables de suma relevancia el manejo y disposición de dineros y caudales públicos, que si bien en muchos casos no alcanzan a ser afectados mediante conductas dolosas, no incurrir en apropiación de efectiva de dineros, y no alcanzar por esta razón incidencia penal, si pone en riesgo el sostenimiento y seguridad patrimonial del Estado, y así como es considerada la comisión de delitos, y aún más, la ejecución delitos contra la administración pública como factores determinantes en la conducta que se sanciona disciplinariamente considerando la *falta como gravísima*<sup>412</sup> con las consecuencias respectivas de las más altas sanciones que pueden derivar hasta en inhabilidad permanente para el ejercicio de funciones<sup>413414</sup>, también deberá considerarse la responsabilidad contable,

---

<sup>412</sup> Artículo 60. de la Constitución Política de Colombia. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 48. *Faltas gravísimas*. Son faltas gravísimas las siguientes: 1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

<sup>413</sup> **Ley 734 de 2002. Artículo 44. Clases de sanciones.** El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: **1.** Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. **2.** Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas. **3.** Suspensión, para las faltas graves culposas. **4.** Multa, para las faltas leves dolosas. **5.** Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

<sup>414</sup> **Ley 734 de 2002. Código disciplinario Único de Colombia. Artículo 42. Clasificación de las faltas.** Las faltas disciplinarias son: **1.** Gravísimas **2.** Graves **3.** Leves. **Artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta.** Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: **1.** El grado de culpabilidad. **2.** La naturaleza esencial del servicio. **3.** El grado de perturbación del servicio. **4.** La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución. **5.** La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado. **6.** Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta,

si bien no en la valoración de faltas gravísimas, esto dependerá de la consideración de todas las condiciones particulares con las que se realizó la conducta y su grado de afectación al servicio, en la ocurrencia de faltas graves o leves que llevara implícito de esta forma el poder ejemplarizante de sanción para prevenir la práctica de este tipo de conductas que afectan el patrimonio público.

La conducta generadora del daño, para el régimen disciplinario del servidor público en España, podría vincularse a las sanciones graves que establece la ley 7 de 2007<sup>415</sup>, teniendo en cuenta que devienen en detrimento patrimonial y de esta forma<sup>416</sup>, la sanción conduciría a la *suspensión de funciones* que como lo indica la norma puede llegar a ser hasta tres años, o hacerse uso de otra graduación de la falta, la conducta del servidor público incrementaría los índices de eficiencia y cuidado en el quehacer diario, así como la denuncia oportuna de conductas de daño patrimonial, que incidirían en la asunción de los hechos y esta medida en disminución de la sanción.

---

que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas. **7.** Los motivos determinantes del comportamiento. **8.** Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos. **9.** La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

<sup>415</sup> **Ley 7/2007, de 12 de abril**, del Estatuto Básico del Empleado Público, Artículo 95. Faltas disciplinarias.1. Las faltas disciplinarias pueden ser muy graves, graves y leves.2. Son faltas muy graves: a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública. d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos. g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas...3. Las faltas graves serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad. b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos. **Artículo 96. Sanciones.**1. Por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones: a) Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves. b) Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años. d) Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca .e) Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria .f) Apercibimiento. g) Cualquier otra que se establezca por Ley. 3. El alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación.



En tal medida, como en los eventos en los que se demuestre que el gestor fiscal para efecto de la sanción en Colombia, obro con *dolo*, la responsabilidad contable deberá ser *directa*, y teniendo en cuenta que de forma explícita, la ley en materia disciplinaria establece sanciones que pueden llegar a la inhabilidad general para el ejercicio de las funciones públicas en quienes realicen este tipo de actos, se observa la importancia de definir la responsabilidad del servidor a título de *culpa grave o leve*, pues de ello devendrá la *determinación de la sanción disciplinaria*, siendo como es más lógico, más rigurosa en los eventos de *culpa grave* y menor en los de *culpa leve*, brindando así un trato proporcional al incumplimiento de los deberes de los servidores públicos como principio del derecho moderno y fundamento ejemplar de la prevención de faltas al deber funcional.

Como se ha mencionado, el hecho que se tenga en consideración la realización de faltas por el inadecuado manejo de recursos y fondos públicos en la determinación de la sanción disciplinaria, no desconoce el *principio de no ser juzgado más de una vez por los mismo hechos* pues los regímenes penal, Disciplinario y contable o fiscal son autónomos e independientes y persiguen finalidades diferentes como son el resarcimiento del daño y la medida punitiva o sancionatoria del bien social o publico afectado.<sup>417</sup>

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la ley disciplinaria consagra, que es deber de los servidores públicos y de los que realizan funciones públicas, la observancia de todos los mandatos y preceptos que regulan la función pública, en tal medida cualquier incumplimiento es constitutivo de falta disciplinaria, si bien puede establecerse la

---

<sup>417</sup> Existe desbordamiento de las funciones del Tribunal de Cuentas al decidir en otras materias significa por ejemplo invasión en el campo de las jurisdicciones civil o contencioso administrativa, sin respaldo constitucional suficiente y obligado. Sin embargo como se ha mencionado, no se estaría vulnerando el principio de *non bis in idem* al derivar consecuencias de la determinación de la responsabilidad contable a la sanción disciplinaria, pues el fin perseguido por las dos aunque corresponda a unos mismos hechos no es el mismo, es decir como se ha mencionado la contable busca el resarcimiento del daño y la disciplinaria la sanción de conductas ejemplarizantes a efectos de procurar el adecuado ejercicio de la función pública para evitar mayores afectaciones al deber funcional del Estado.

culpabilidad y el grado de sanción en consideración a factores como la afectación social, la autoridad del servidor público u otros que disminuyen o aumentan la sanción, genera en todo caso de manera concurrente sanción por la afectación del patrimonio público en el régimen disciplinario y en el contable o fiscal, aunque disminuido o aumentado en las condiciones particulares del servidor público, su grado de relación con la conducta, afectación de la misma e intención.

Además, al fundamentarse el derecho disciplinario de las facultades del *ius puniendi* del Estado, y por ende de principios de derecho penal, se observa que el hecho que la norma disciplinaria llegue a consagrar la gravedad de la falta en razón a la responsabilidad en la comisión de delitos por lo mismo, no debería desconocerse como se dijo, que el patrimonio público, es un bien jurídico de suma trascendencia para el buen funcionamiento del Estado y su desarrollo.

La integración de la función sancionatoria del Estado a la facultad de declaración y ejecución de responsabilidad contable para el resarcimiento del daño, adquiere una coherencia significativa, con el deber de la función estatal entre tanto, la misión de la facultad disciplinaria del Estado, es prevenir la conducta lesiva del servidor público para el mejoramiento de la gestión estatal, y esta debe estar en integrada necesariamente a la finalidad constitucional y del estado de derecho, y al respecto hay que mencionar la norma constitucional<sup>418</sup> establece que quedan inhabilitados de manera permanente para el ejercicio de la función pública quienes cometan delitos contra el patrimonio del Estado.

---

<sup>418</sup> La Constitución Política de Colombia consagra como inhabilidades permanentes para el ejercicio de la función pública los delitos cometidos contra el patrimonio del estado, delitos de lesa humanidad, apoyo a grupos subversivos y narcotráfico.

#### 4. Teoría de la agencia, el juez fiscal, las políticas públicas y el diseño institucional

##### 4.1 Sobre la ocurrencia del daño en las políticas públicas.

1. El juez constitucional ha venido teniendo un fortalecimiento en la creación de su jurisprudencia y teorías, basado en sus inicios en el *principio de progresividad, en el reconocimiento de derechos de contenido prestacional*.

Al respecto es pertinente mencionar la evolución que ha tenido el Tribunal Constitucional Chileno. Este ha sufrido una evolución, los derechos sociales han llegado a permitirse hacerse exigibles, y a demandar su efectivo cumplimiento por parte del Estado, otorgándoles una categoría de *derechos de prestación* y dando paso del inicial Estado de abstención que debía tener el Estado, en no vulnerar sus derechos, como sucedía en el respeto y protección de derechos de libertad, al verse llamado a cumplir una *actuación positiva* y garantista de conseguir su cumplimiento y protección.

Los derechos sociales son Derechos de prestación que han demandado una acción positiva, generalmente por parte del poder público, sin desconocer que los particulares puedan prestar este servicio con el fin de procurar la satisfacción de necesidades básicas, que en todos los casos no puede ser atendida por parte del Estado [...]”<sup>419</sup>.

El reconocimiento a los derechos sociales, se ha visto representada igualmente en las distintas esferas del derecho constitucional Lationomérico. En Chile, frente al derecho a la educación, el Estado reconoce el derecho a educación, en sus diversas etapas, desde la educación parvularia a la enseñanza media, que establece como un deber especial del Estado<sup>420</sup>. No obstante el derecho a la educación media no se ha hecho obligatorio por parte del al Estado, el reconocimiento del Estado Social de Derecho es progresivo, como en muchos países latinoamericanos.

Por ejemplo es hasta 2014, con el actual plan de desarrollo del gobierno, que tiene vigencia hasta 2018 que la educación media, en Colombia se hace exigible al Estado, de

---

<sup>419</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez: Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general, Madrid: Universidad Carlos III, 1999, p. 460. 61 *Ibidem*, considerando 30. 62

<sup>420</sup> El artículo 19.10,

esta forma el Estado garantiza la educación pública oficial de los grados 10 y 11 del ciclo educativo. Para este finalidad se han elevado iniciativas en política pública, en respuesta a acciones que puedan permitir incrementar la cobertura educativa en estos niveles, en tal sentido, se ha empezado a implementar desde el año 2015 la Jornada Única, con la cual, en las instituciones educativas oficiales, se impartirán la jornada educativa de aproximadamente ocho (8) horas al día, con el propósito de mejorar la cobertura y calidad en la prestación del servicio, al incluir dentro del programa educativo nuevas materias o profundización en áreas de formación del desarrollo humano así como el las materias de bajo desempeño en las pruebas de conocimiento SABER, respecto de la respectiva homologación en las pruebas PISA, medidas a nivel internacional.<sup>421</sup>

Este reconocimiento de los derechos humanos y sociales trasciende y se retroalimenta de experiencias internacionales, como es el caso, del Tribunal Constitucional en Estados Unidos, en la valoración de test de constitucionalidad mediante procesos de *inclusión y exclusión*<sup>422</sup>, es decir, a elaborar una serie de casos en los que resolvió si una norma concreta pasaba o no el test, eludiendo mayores abstracciones.

La Corte Argentina al hacer este tipo de análisis, agregó que escapaba de su competencia el examen de la 'oportunidad, mérito o conveniencia' de la norma analizada, este examen corresponde, al Poder Legislativo. Durante los últimos años la Corte en sus pronunciamientos recientes hace referencia a ese triple análisis de proporcionalidad, más allá de que efectivamente lo realice o no de modo estricto y preciso en la práctica. Al

---

<sup>421</sup> Informe de Gestión, Dirección de Estudios Sectoriales Contraloría General de la Republica 2016 .

<sup>422</sup> Con el objetivo de mantener el orden económico, la seguridad jurídica, y evitar el subjetivismo judicial, la Corte norteamericana diseñó tres tipos de tests o estándares de revisión legal, denominados 'escrutinios' (scrutiny)<sup>422</sup>, que se utilizan a la hora de aplicar las dos cláusulas de la enmienda XIV: el debido proceso sustantivo y la protección de la igualdad, pero fundamentalmente para esta última. Estos escrutinios se tratan, en definitiva, de distintos niveles de intensidad en el control de razonabilidad de las leyes. El primer escrutinio, y el más exigente, es el 'escrutinio estricto' (strict scrutiny) según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas 'libertades preferidas', se presume inconstitucional. Para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal 'imperioso' (compelling state interest) y, además, que es necesario y se encuentra 'confeccionado a la medida' (narrowly tailored). El segundo test se conoce como el 'escrutinio intermedio' (intermediate scrutiny), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino 'importantes'. La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines.

respecto plantea ALFONSO<sup>423</sup> que “*un caso en el que se plantea la constitucionalidad de una norma que establece una política pública. ¿Deben ellos limitarse a examinar si ella lesiona o no el contenido esencial de un derecho constitucional o han de examinar ampliamente la razonabilidad de la política pública fijada en esa norma? ¿Deben hacer las dos cosas? ¿Deben atender principalmente a uno de esos dos aspectos? Más allá de haberlo invocado en varios casos, ¿la Corte Suprema argentina ha aplicado con todas o algunos de los jueces han revisado las dos afirmaciones del párrafo anterior. Esto se llevó a cabo del siguiente modo: a) se amplió el análisis de la razonabilidad de la ley tomando en cuenta el rol que juega la finalidad de la norma cuya constitucionalidad se examina; b) Se asumió como un deber del Poder Judicial –expreso o indirecto– el examen de la oportunidad, mérito o conveniencia de las normas que reglamentan algunos derechos constitucionales (no todos)”.*

BAUMGARTNER Y JONES al respecto de las Teorías de equilibrios puntales, indica que la *policy change* resulta de cambio en la percepción pública, este se presenta como consecuencia de la exposición de los elementos y razones que han dado lugar a la implementación y ejecución de la política tras un largo periodo de formación y que termina por reafirmarse a partir de variables o aspectos externos o *shokes exógenos que inciden en este*. De acuerdo con esta teoría, muchas de las políticas cuentan con un margen considerable de estabilidad y van cambiando incrementalmente en el tiempo como respuesta a las nuevas necesidades o variables exógenas que les permiten actualizarse o reformularse moderadamente.<sup>424</sup>

En este sentido, la dinámica de los nuevos problemas o agendas en política pública ha dado lugar a la necesidad de adopción de *remedios estructurales* a ciertos problemas sociales, lo relevante es que este tipo de solución o medidas para afrontar estas necesidades pueda presentarse en el contexto adecuado. Los casos *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas* y su progenie, son un ejemplo de la necesidad que se presentó en los años 60s en Estados Unidos para redefinir la política educativa al

---

<sup>423</sup> ALFONSO, Santiago. Control Judicial de Razonabilidad a las Políticas Públicas. Fundación KONRAD ADENAUER.

<sup>424</sup> Ante nuevas imágenes de política *shokes externos*, condición necesaria pero no suficiente para un *policy change*, teorías neomarxismo y teorías de la conspiración (PIPES, FENSTER, BARKUN, MC CONNACHIE, TUDGE).

integrarla a elementos de igualdad y acceso efectivo a los ciudadanos sin consideraciones a estigmatizaciones de discriminaciones racial<sup>425</sup>.

De esta forma, los derechos y en especial los derechos humanos, como se mencionado, llegan a adquirir categorías de reconocimiento y reivindicación social, que propician cambios estructurales en el comportamiento social y jurídico de diferentes contextos o realidades. Esto se explica en gran medida, en la naturaleza y cualidades intrínsecas que definen y explican la razonabilidad, importancia y necesidad de determinado derecho. En relación con el concepto de razonabilidad, BIDART CAMPOS señala que *“cabe sugerir que ese concepto jurídico indeterminado se esclarece cuando se penetra en el núcleo esencial de cada derecho. Tal núcleo es el que no tolera supresión o, en otros términos, es ese núcleo el que no puede extinguirse, alterarse, dañarse, o frustrarse. Cuando el núcleo queda preservado, la limitación al derecho es razonable. Cuando el núcleo se afecta de la manera dicha, hay arbitrariedad e inconstitucionalidad”*<sup>426</sup>

Los derechos humanos protegidos constitucionalmente llevan a la consecución y el logro de los objetivos de los gobiernos buscados a través de las políticas públicas, y es esta defensa la misión propia y específica del Poder Judicial. Toda política pública que se desarrolle por los poderes públicos debe respetar derechos que la Constitución Nacional reconoce a las personas y grupos sociales.

En junio de 2012, la Corte Suprema norteamericana convalidó por estrecho margen la constitucionalidad de la ley de salud impulsada por el gobierno de Obama en 2010 (“Obamacare”). Este es un ejemplo de control judicial de constitucionalidad de una ley que contenía una política pública decidida por los poderes políticos, el Congreso y el ejecutivo tuvieron un papel relevante al momento de formular esta política y aprobarse por vía legislativa.

---

<sup>425</sup> En este contexto entran en juego dos derechos fundamentales derecho a la educación y derecho a la no discriminación en un escenario político e histórico altamente discriminatorio.7 V. g., Jack M. Balkin, “What Brown Teaches Us about Constitutional Theory”, Virginia Law Review, vol. 90, 2004, p. 1537, Derecho constitucional latinoamericano 293 públicas.

<sup>426</sup> Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 2000, II-A, p. 809). 30 Fallos 332:640 (2009).

No obstante, el 30 de junio de 2014 el mismo Tribunal, en los casos *Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, Petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc. et ál.* (Docket 13-354) y *Conestoga Wood Specialties Corporation et ál. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et ál.* (Docket 13-356) decidió por 5 a 4 votos, que la disposición emanada por el Departamento de Salud (HHS), que exigía a empresas con fines de lucro que pertenecían a personas con convicciones religiosas contrarias al aborto a financiar cuatro métodos anticonceptivos que tienen efecto abortivo, en algunos aspectos no superaba el control de legalidad, pues lesionaba derechos de libertad religiosa protegidos por la Constitución y la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (Religious Freedom Restoration Act, RFRA).

Integrando ambas decisiones se puede apreciar una definición de la política de salud decidida que es formulada en principio por los órganos políticos, y una consecuente declaración de inconstitucionalidad de algunos aspectos de esa norma por entender que en el caso concreto se lesionaban contenidos esenciales del derecho de libertad religiosa de los actores.

En el marco del Estado de derecho constitucional, los jueces evidentemente no pueden gobernar, ni avanzar en megaproyectos, o intentar introducirse en la política con un activismo excesivo. Sin embargo, experiencias de otros países han demostrado lo contrario, así lo ha hecho la Corte de la India que, a partir de varios casos de contaminación, ha avanzado de una manera muy activa, estableciendo, por medio de sus decisiones, cómo deberían ser los motores en la ciudad, cómo deberían fabricarse, qué tipos de modelo de gas o de combustible deberían usarse, cuántas estaciones de servicio, etc. De esa manera, la Corte comenzó a sustituir la administración<sup>427</sup>.

---

<sup>427</sup> ALFONSO, Santiago indica que La judicialización excesiva o hiperactivismo, sin embargo, puede ser muy buena en el corto plazo, pero en el mediano plazo tiene dos problemas. El primero es el debilitamiento de la administración pública, ya que el poder judicial, por medio de sus decisiones, la sustituye o no le permite desarrollar métodos eficientes por sí misma. El segundo problema es la necesidad de que el poder judicial mute en su estructura interna, mediante la creación de equipos técnicos, similares a los de la administración pública, para el seguimiento de sus decisiones. Como puede observarse, el hiperactivismo podría irrumpir entonces en el balance propio de la división de poderes. Lo opuesto es el no activismo, el dejar hacer y dejar pasar que siguen muchos tribunales del mundo.

En estos escenarios presentan las “sentencias estructurales” o “macro sentencias”<sup>428</sup>, por medio de las cuales los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos. Frente a estos, esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes. El origen del término y de la figura se encuentra, probablemente, en los structural injunctions de la jurisprudencia estadounidense, que reporta, desde mediados del siglo pasado, casos en los que distintos jueces adoptaron medidas para conjurar situaciones graves y generalizadas que resultaban incompatibles con la Constitución.<sup>1</sup> Se suele evocar el famoso caso de Brown vs. Board of Education, de 1954, en cuya sentencia, la Corte Suprema Federal declaró que la segregación racial en las escuelas era contraria a la decimocuarta enmienda de la Constitución. Tal labor fiscalizadora de los tribunales ha sido relevante en la medida en que ha permitido reformar asuntos que se manifestaban en el interior de la sociedad como abiertamente injustos y para los que nunca había existido intención de cambio por parte de la clase política tradicional estadounidense.

Los remedios estructurales apuntan, entonces, a reformar una institución del Estado para armonizarla con la Constitución (“The structural injunction is a court’s remedial tool to reform an entire state institution in order to bring it into compliance with the Constitution”).

En al menos 13 situaciones, la Corte Constitucional colombiana ha decretado lo que ella llama un estado de cosas inconstitucional, a partir del cual ha tomado decisiones que apuntan a remediar esos problemas estructurales<sup>429</sup>. En algunos casos, no obstante,

---

<sup>428</sup> Néstor Osuna. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. KONRAD ADENAUER. 2013

<sup>429</sup> OSUNA Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En la sentencia T-153, y 606-08. Sobre estado de cosas inconstitucionales sobre la mala situación carcelaria del país. La Corte en esta sentencia impone órdenes al ejecutivo, indica que se deben cumplir en el margen máximo de 4 años así como, a los órganos de control para que vigilen el proceso. Determina la necesidad de incrementar el personal de vigilancia, así como, la necesidad de asignación de dineros. Sentencias situación de desplazados en Colombia. T-25-2004, T-215-2012. En esta sentencia la Corte identifica y focaliza las necesidades de la población desplazada en Colombia, de esta forma identifica mediante un diagnóstico previo. Indica la sentencia “.. A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención



también ha procedido de ese modo sin invocar explícitamente el término de estado de cosas inconstitucional. En cualquier caso, lo definitorio de las sentencias estructurales es que el juez se habilita, como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas, y, en consecuencia, expide órdenes que exceden las coordenadas inter partes de los casos que originaron la respectiva sentencia, y que apuntan a resolver el problema generalizado que se ha detectado.

Retomando en concreto, el elemento de análisis, puede decirse que el juez fiscal también por su parte, en el contexto del país ha venido evolucionando en los últimos casos resueltos, como por ejemplo en el caso de la Industria Licorera Del Valle de 2012<sup>430</sup>, es constancia de esta evolución. Los fallos habían sido generalmente ligados a la gestión de contratación del Estado. En este caso se encuentra responsabilidad fiscal en esta empresa Industrial y Comercial del Estado por encontrar daño fiscal por la existencia de falencias en los planes promocionales de ventas que contrataron mediante terceras personas mediante contrato de distribución y comercialización. Mientras que el 2008 utilizaron 348-295 unidades de promoción con una venta de 10.185.451 unidades, en 2010 el plan de ventas aumenta en 2.379.714 unidades de producto arrojando solo ventas de 10.331.785. Con lo cual, con menos del 4% de promoción se logró vender efectivamente 88% del mercado de aguardiente, lo que a criterio del juez fiscal lleva a pensar que para obtener el 12% es desproporcionado que la producción se haya elevado a más de 300 %. De otra parte, los tributos dejados percibir por el departamento de valle por este

---

*Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan desplazamiento forzado en Colombia..”* la Corte Constitucional en este caso no se agotó, por lo demás, con la expedición de la sentencia, sino que creó tres instrumentos para verificar el cumplimiento de las órdenes impartidas: los informes periódicos que sobre su labor deben rendir las autoridades administrativas encargadas de la implementación de dichas órdenes; la creación de una sala especial de seguimiento, integrada por la propia Corte, que emite autos sobre el grado de cumplimiento de la sentencia; y la celebración de audiencias públicas en las que periódicamente se revisan los avances y las dificultades en el cumplimiento del fallo. Hasta el momento de confeccionar este trabajo se han proferido más de 80 autos de seguimiento y se han celebrado más de 15 audiencias públicas.

<sup>430</sup> Fallo No. 6-007-11 de marzo de 2012- Contraloría General de la Republica de Colombia.

concepto ascendieron a 19.507.365.504, cuantificándose una suma de daño fiscal por el orden de 39.643.607.486 millones de pesos. De esta forma, una de las zonas no muy debatidas, el del concepto del daño cierto, es analizado es este tipo de pronunciamientos, de acuerdo a la ley 610 de 2000, el daño debe ser cierto y cuantificable, en muy pocas oportunidades se ha fallado respecto de los montos de daños resultantes de las expectativas de ganancias, rentas o ingresos patrimoniales que se ha estimado recibir.

Como se ha observado la determinación del daño de la disposición en concreto de dineros y recursos públicos, corresponde a aspectos que en gran medida se han identificado en fallas de la contratación pública, no obstante desde la concepción y regulación del control fiscal, el legislador en la ley 42 de 1993, oriento la evaluación y control, además, de la verificación del comportamiento del gasto, a la oportunidad de establecer la evaluación de programas y proyectos, con lo cual, la identificación del daño por gestión ineficiente deberá comprender también este análisis de herramientas, con las que se instrumentaliza la formulación y aplicación de políticas públicas.

Al respecto, debe mencionarse que se han presentado en el país programas a través de los cuales se desarrollan políticas públicas que cuentan con una formulación e implementación ineficientes, y son formulados por el poder ejecutivo, a través del correspondiente ramo sectorial. Si bien, son revisados por instancias de validación social y económica, como es el caso del CONPES-Consejo Económico y Social-, la formulación una vez revisadas se sigue manteniendo en términos generales de los mismos objetivos, inversión de recursos, y población a focalizar.

Este es uno de los principales aspectos al considerar al respecto de la naturaleza, especialidad y competencia de esta instancia de validación, es decir la de los Consejos Económicos y Sociales, pues lo comprenden representantes del gobierno o área económica del sector de la política correspondiente, algunas personas expertas y representantes del gobierno en seguimiento a políticas públicas (DNP- Departamento Nacional de Planeación), con lo cual, como puede observarse, la instancia de validación se encuentra en el mismo ámbito del poder ejecutivo, con la particularidad, que también influyen en la decisión personas que tienen intereses económicos y sociales en la

formulación e implementación de estas políticas, lo cual puede restar imparcialidad como se ha mencionado.

El control que realiza la Contraloría General de la República es posterior y selectivo, y solo hasta el año 2013<sup>431</sup> tuvo la oportunidad este ente de control de formular funciones o *controles de advertencia*<sup>432</sup>, que si bien no tenían finalidad vinculante en el ejecutivo, si podría recomendar de manera oportuna a la administración al respecto de alguna gestión antieconómica que se estuviera adelantando en estas instancias ejecutivas.

En particular, puede mencionarse uno de los programas más debatidos en los últimos años en el contexto nacional, y es el programa “*Ser pilo paga*”. Este programa busca, la inserción de la educación superior de jóvenes que se encuentren terminando el nivel 11 de la educación media y que obtengan resultados sobresalientes en las pruebas de resultados de educación, *Pruebas SABER*. Solo alrededor de menos del 40% de la población que ha superado la educación media en Colombia, ha podido ingresar a la educación superior, por otro parte, el sistema de oferta pública de educación oficial es insuficiente, de hecho, cuenta con un déficit anual de 11 billones de pesos<sup>433</sup>. Igualmente, el subsidio a la demanda cuenta con costos altos, en la medida que las instituciones oficiales prestan créditos para acceder a la universidad cuentan con tasas de interés altas y muchos de los créditos no han sido a la fecha pagados por los beneficiarios que acceden a ellos, presentándose una alta cartera morosa en estas instituciones de crédito.

Bajo este contexto el programa “*ser pilo paga*” conto con recursos considerables en los últimos años y beneficio solamente a un 2% de la población a focalizar, el programa dispone que los estudiantes de las instituciones puedan escoger la universidad en la cual estudiar y como resultado de este proceso, los bachilleres han seleccionados generalmente universidades privadas de alto costo, que llegan de acuerdo a lo indicado en los debates del legislativo, hasta a triplicar la matrícula que pueda pagarse en otra institución educativa que igualmente pueda obtener la acreditación en calidad de sus

---

<sup>431</sup> Sentencia Corte Constitucional 2013

<sup>432</sup> Cuarta Ronda, Informe de la Contraloría ante la ONU en relación con la comisión de seguimiento a los objetivos de lucha contra la corrupción nacional.

<sup>433</sup> Según cifras del SUE- El Sistema Universitario de Educación Superior Nacional ha indicado este déficit.

programas o que pudiendo haber obtenido esta asignación presupuestal una universidad oficial pudo haber matriculado a más estudiantes.

Lo anterior da muestra una aparente ineficiencia en la asignación de recursos, situación que de hecho, como se menciona ha sido altamente debatida en el Congreso de la República. Bajo este contexto qué podrían hacer las personas interesadas en que se suspendan y eliminen este tipo de programas; si se analiza la opción de una demanda ante la jurisdicción contenciosa para declarar la nulidad del decreto del ejecutivo mediante el cual se regula el programa en mención, cuál causal de nulidad podría invocarse, o mejor dicho, como podría probarse el cumplimiento de las causales que exige la ley para este tipo de procedimientos, se podría probar que cuenta con un objeto o causa ilícita?, lo que abriría el debate de tener que demostrar por ejemplo que posiblemente el objeto del decreto se encontraba orientado a beneficiar a universidades privadas de alto costo en matrícula, o que esta situación se presenta como algo imprevisto y fuera de toda intencionalidad.

Es decir, que este tipo de control judicial de la acción de nulidad, pudiere requerir de prejudicialidad al tener que demostrarse en instancias penales, por ejemplo, que pudo haber existido algún tipo de acuerdo entre los particulares y funcionarios públicos en razón a los beneficios que pudiera otorgar este programa y por ende entrar en dominio de aspectos o zonas grises de corrupción<sup>434</sup>, situaciones en las que no es tan factible demostrar algún tipo de delitos contra la administración pública como sería el cohecho, concusión, prevaricato, entre otros.

Como se observa, hacer uso de herramientas de control judicial en este tipo de eventos, cuenta con serias dificultades probatorias, con lo que al examinar otras opciones de control, con las que cuenta el Estado, sería relevante plantear la posibilidad de hacer uso de las facultades constitucionales y legales de control fiscal, pues como se mencionó, el ente de control fiscal, puede en términos de gestión fiscal vigilar y controlar la eficiencia, economía y eficacia de distintos programas y proyectos del Estado.

Este sería un punto trascendental de análisis. La Contraloría tradicionalmente ha venido verificando el comportamiento de estos tipos de programas y proyectos, es decir, en términos de lo ya previsto verificar que efectivamente se hayan entregado los correspondientes subsidios, por los montos establecidos, etc, pero no ha entrado a cuestionar si en la forma en la que están formulados estos programas y proyectos son pertinentes para el uso racional y adecuado de los recursos del Estado. Esto se debe muy posiblemente a que el control que realiza la Contraloría es posterior y selectivo, pues de hecho, este fue una de las principales modificaciones a este tipo de control en la Constitución de 1991.

Ante este tipo de circunstancias de fallas en los diseños institucionales, se observan experiencias de otros organismos, como sería el caso de la GAO<sup>435</sup>, el órgano de fiscalización de Estados Unidos, que al realizar control y evaluación previo o concurrente a este tipo de programas por los que se implementa política pública, pueden evitar gastos innecesarios o ineficientes por parte del Estado, pues es precisamente a través de un órgano independiente del poder ejecutivo que puede hacerse un control más imparcial y oportuno. Colombia cuenta con el DNP-Departamento Administrativo Nacional, que hace seguimiento a políticas públicas, y que su única vinculación o pronunciamiento sobre la formulación concurre junto con otras instancias y grupos de interés económico o social, como se mencionó.

Como lo indica AGUILAR<sup>436</sup>, quien define la política pública, es quien decide. Por lo cual, los elementos o herramientas a través de los cuales se define la política pública, son de gran relevancia, al momento de establecer *ex ante*, los aspectos que pueden evitar problemas posteriores de eficacia y eficiencia.

El problema que se presenta o que tal vez no se ha identificado, es la brecha conceptual que existe en definir los aspectos y el alcance que comprende el control fiscal. El auditor al evidenciar falencias en la estructuración de un contrato, que puede llevar a altos costos, se pronuncia sobre conceptos y criterios técnicos que tuvo la administración para definirlo

---

<sup>435</sup> Informe OCDE.

<sup>436</sup> AGUILAR. Ídem.

y en este sentido, el proceso auditor entra en la órbita de cuestionar la discrecionalidad y criterio que tuvo la administración para definir esta serie de características y elementos constitutivos del objeto contractual.

Ante lo anterior el auditor entraría a coadministrar? técnicamente se entiende que no, porque lo hace de manera posterior a que el contrato se suscriba y empiece su ejecución. Cuenta el contrato con presunción de legalidad y solo hasta que la jurisdicción contenciosa se pronuncie se podría decir que el contrato es nulo?, o más aún, estas falencias en contratación pueden haber conllevado a un ilícito representado en la celebración indebida de contratos (que requiere demostración de la culpabilidad)?. Ante este mismo evento, en Colombia, sin que previamente se obtengan los fallos o siquiera hayan dado lugar al análisis y conocimiento de estas instancias, el proceso auditor ha llegado a evidenciar daño fiscal.

Lo anterior llevaría a preguntarse, el por qué, en la formulación de un programa como estos<sup>437</sup> no se ha identificado daño fiscal, si el programa igualmente, como lo que pasa con la verificación de requisitos contractuales, es auditado posteriormente a que ha sido formulado y se encuentra en implementación, y de otra parte, la determinación del análisis de la gestión fiscal, se basa también en la forma como se estructura el objeto, gasto y recursos con los que ha sido diseñada esta decisión de la administración pública, y en especial, en los regulado por el decreto que reglamenta dicho programa que al igual que el acto administrativo por el que se concede y adjudica el contrato cuenta con presunción de legalidad.

De hecho la responsabilidad en la formulación en este tipo de políticas radicaría en los gestores o representantes de los mismos ramos sectoriales, entre tanto de acuerdo, a la ley 498 de 1998, la labor de establecer directrices generales y políticas no puede delegarse, y en términos de la gestión fiscal, al radicar ésta, la definición de la gestión fiscal, en la disposición y administración que se deriven del ejercicio de actividades económicas, jurídicas y tecnologías, encontraría en tales actividades que delimitan la gestión de política llevada a cabo a través de programas y proyectos elementos que

---

<sup>437</sup> En consideración, por ejemplo, al “Programa Ser Pilo Paga” en mención.

podrían llegar a concluir la existencia de daño fiscal como consecuencia de su inadecuada formulación.

LASSWELL, expone que del ANALISISTA de política pública se espera, que aporte conocimiento e información, curse un proceso de identificación del problema, defina los criterios de decisión, identifique las alternativas de solución, evalúe y seleccione las alternativas, seleccione las mejores alternativas, implemente la acción correcta, ejerza monitoreo y evaluación o valoración de su reforma o terminación. Lo que lleva a pensar si el operador jurídico, bajo la hipótesis planteada cumple todos estos requisitos o caracterización de un perfil de analista en política pública.

MELTSNER, identifica el análisis de políticas públicas en tres grupos los técnicos, los políticos y los emprendedores o empresarios políticos, al respecto es interesante establecer en cuál de estos grupos de análisis o formuladores de política pública pueden ubicarse los operadores jurídicos o formuladores del hallazgo creador, o si por el contrario hacen parte de otro grupo autónomo o particular.

Al respecto se observa que HOWLETT, RAMESH y PERL, han denominado la existencia de *comunidades de discurso y redes*, en el campo de acción de políticas públicas, con lo cual, grupos de conocimiento que pueden llegar a interconectarse, son quienes hacen parte de la investigación e identificación de aspectos a resolverse o manejarse a través de las políticas públicas. ROTHES y CONTINUUN, han establecido a través de las *issue networks* (redes de intercambio de información -organización relativamente autónomas), así como, en las *policy communities* (relaciones de tipo oligárquico y corporativista con interdependencia fuerte), como otro grupo comunidades y grupos de trabajo, son quienes que intervienen en el campo de las políticas públicas.

Por su parte, HECLLO<sup>438</sup> habla de una variedad de subsistemas con características alternativas, entre los cuales está el enfoque de redes de cuestión o controversia, red de cuestión o de controversia, que corresponde no necesariamente en sectores políticos. SABATIER, propone la existencia de Coaliciones de abogacía, grupos con los cuales, las creencias van a provocar presiones en el campo de la política.

---

<sup>438</sup> Junto con BORZEL, THATCHERY y JORDAN.

De esta forma, los cuerpos colegiados que representan el legislativo, llámese Congreso, Parlamento, Asambleas de Diputados conforme a las denominaciones respectivas en cada Estado o país, hacen parte de los grupos políticos representativos de cada época, de ello, puede explicarse como se ha mencionado, que los grupos básicos que integran la formulación de políticas<sup>439</sup>, parten de grupos técnicos, (Estado. Ejecutivo, quienes implementan la política), grupos de emprendedores, empresarios políticos o lo que podría llamarse grupos de interés y grupos de la academia o investigación, entiéndase *issue networks* (redes de intercambio de información cada organización relativamente autónoma), así como, en las *policy communities*<sup>440</sup> (relaciones de tipo oligárquico y corporativista con interdependencia fuerte). El operador jurídico, al formular los hallazgos creadores de política pública, no pertenece necesariamente a uno de estos grupos en concreto, pero si cuenta con matices de algunas particularidades o características de algunos de ellos, no puede decirse que se encuentre totalmente desligado de un concepto o criterio político, o que la indagación de los aspectos que enmarcan el conflicto o problemática carezcan de elementos de investigación académica o técnica, pero si hacen uso de su competencia en el conocimiento de los hechos denunciados que pueden tener un contenido de daño fiscal, violación a derechos, y en tal medida obrara, como grupo o parte interesada en el pronunciamiento de los aspectos, que desde su competencia, pueden llevar al mejoramiento en la formulación de la política pública.

De acuerdo a lo expuesto por DUBOST, al considerar los aspectos que integran la formulación y seguimiento de políticas públicas, indica que pueden basarse en metodologías de observación participativa, sugiere la consideración de trabajo de campo, mediante el cual se pruebe en la realidad la hipótesis a los modelos teóricos indagados brindando un sustento para las conclusiones o fuente de hallazgos inesperados. Este método puede verse representado en el uso de encuestas y entrevistas, que en términos de WILLIAMS, si bien podría conllevar a incurrir en sesgos, dado que en las entrevistas las

---

<sup>439</sup> En términos de MELTSNER.

<sup>440</sup> Retomando en concepto de ROTHES y CONTINUUN.



personas manifiesten una dicen una cosa pero actúan de manera diferente, o que el cuestionario puede variar la información o manipularla (PHILPIS), puede una vez se controlen estos riesgos, permitir establecer en términos MANHEIM Y RICH, una base de la información de personas seleccionadas con la que se pueda hacer inferencias de una población más amplia, con el fin último de acuerdo a ALVIRA, GARCIA FERRANDO E IBAÑEZ de obtener mediciones cuantitativas y cualitativas de características subjetivas y objetivas de esta población, véase también al respecto el concepto de Observación participativa y no participativa (BALEY)

No obstante, la naturaleza de pruebas tales como el interrogatorio, el careo, los conceptos de partes interesadas, especialmente en los de tipo de cierre jurisdiccionales, esto es, las altas cortes, pueden llegar a compartir aspectos de las pruebas de investigación social, como son las entrevistas focalizadas, si bien no a un muestreo representativo de la población a la que afecte o recaiga la política, si a grupos organizados que defienden o representan sus intereses, sea el caso de ONG, veedores, academia, expertos de investigación al margen de las organizaciones estatales, que cuentan con un criterio de la problemática basado en la investigación preliminar del tema o experimentación de los hechos que la abordan, con lo cual, a través del ejercicio creador del derecho y las políticas públicas que ejercen los operadores jurídicos pueden valerse de herramientas que producen igualmente efectos relacionados con la percepción de la problemática por parte de los beneficiarios o partes interesadas<sup>441</sup>.

---

<sup>441</sup> En este punto es inevitable citar el clásico trabajo de Owen Fiss ("The Supreme Court 1978 Term-Forward: The Forms of Justice", Harvard Law Review, vol. 93, núm. 1, 1979), así como el de otros autores que en aquel momento impulsaron este instituto (William Fletcher, "The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy", The Yale Law Journal, vol. 91, núm. 4, 1982, pComo lo indican sentencias estructurales. La demanda "estructural", que solicita un "remedio estructural", se entiende como aquella en la que el juez, a fin de proteger determinados bienes constitucionales, se ve en la necesidad de reformar una determinada organización o política pública para eliminar la amenaza a los valores constitucionales que proviene del statu quo gubernamental o administrativo. De esta manera, el remedio estructural no se pone en marcha ante incumplimientos episódicos o puntuales de las mandas constitucionales, por lo que el juez no busca sancionar una conducta puntual o eliminar del sistema jurídico una norma que no se adecua al texto de la ley suprema. Por el contrario, aquel se ve enfrentado a corregir una "condición social", o una interacción continua, que no depende necesariamente del marco jurídico aplicable, sino del modo en que determinada organización viola o amenaza sistemáticamente ciertos derechos fundamentales. Durante las décadas de los setenta y ochenta, la doctrina estadounidense saludó con entusiasmo y defendió enfáticamente la utilización de estas herramientas.

Para el caso de Colombia, la Corte constitucional ha llegado a efectos de conocer el diagnostico de los problemas presentados a solicitar conceptos de autoridades competentes y hacer seguimiento de las medidas impuestas mediante audiencias en las que se cita a las autoridades del ejecutivo, responsables de la política, así como, a partes interesadas veedurías ciudadanía y organismos de control. Si bien, este tipo de debates y concurrencia de la ciudadanía, son de más de frecuente recibo en las corporaciones colegiadas de la legislaturas en debates de control político, donde el Congreso realiza audiencias donde cita a rendir cuentas a los ejecutores de política pública, al ejecutivo en general y los

Los jueces en el proceso de responsabilidad fiscal, así como, en el proceso de jurisdicción contable muestran un comportamiento previsible o conservador. Su gestión se sujeta a las reglas fijadas a través de la normatividad que regula el tema o materia de jurisdicción de la sanción a las faltas al patrimonio público y su restablecimiento<sup>442</sup>.

De otra parte, y afectos de la comparación propuesta en la metodología de caso, bajo el entendido que se tomara como referente el comportamiento del juez fiscal y el juez constitucional en consideración con lo expuesto en el anterior capítulo, y en los principales postulados de la teoría de la agencia que se presentaran a continuación, se realizara el análisis de los elementos afines de esta teoría con los comportamientos de descriptivos de este tipo de jueces.

EISENHARDT (1989), expone mediante el tipo de análisis a esta teoría explorar la percepción del riesgo en los acuerdos de cooperación, e intercambio derivado entre individuos y grupos. El problema de la agencia emerge cuanto a) las partes que cooperan tienen diferentes objetivos y expectativas y b) resultado muy costoso para el principal conocer en todo momento lo que hace el agente (ROSS 1973). El objetivo de la agencia es analizar desde la metáfora del contrato las relaciones subyacentes entre el principal-quien delega el trabajo- y el agente quien lo desempeña-(JENSEN Y MECKLING 1976). Estas reglas se pueden resumir en las siguientes:

- Cuando el contrato entre el principal y el agente está basado en el resultado, es más probable que el agente se comporte en función de los intereses del principal.
- Cuando el principal tiene información para verificar el comportamiento del agente, es más probable que el agente se comporte en función de los intereses del

---

beneficiarios o interesados, ciudadanía o por su parte el ejecutivo en la concurrencia que pueden hacer los grupos de veedurías ciudadanas en el control ciudadano a las políticas públicas vg control a la contratación pública, obras subvenciones etc, se observa como poderes judiciales han entrado en esta orbita de competencia.

<sup>442</sup> En el informe al Congreso publicado en el año 2012 respecto a la gestión de 2011, se encuentra reportada la siguiente información con corte a enero 11 del año 2012 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria: 1023 procesos activos contra funcionarios de la Rama Judicial y 24 conflictos de competencia a nivel central y las 24 Salas Jurisdiccionales de los Consejos Seccionales de la Judicatura con 19.978 procesos activos contra funcionarios.

Dentro de las sanciones impuestas a los funcionarios tenemos: 7 con multas, 210 suspendidos, 10 amonestados, 32 destituidos, para un total de 259 funcionarios sancionados en el año 2011. Fuente Presidencia Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

En el siguiente cuadro se presenta la información de los procesos adelantados contra los funcionarios de la Rama Judicial para el periodo requerido de los últimos cinco años, es decir del año 2007 al 2011, diferenciados los datos respecto a cuando se trata de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y cuando se refiere a sus Sala Seccionales Jurisdiccionales Disciplinarias."<sup>442</sup> (23)

IBAÑEZ<sup>442</sup>, propone al poder judicial uno independiente y con suficientes recursos, crisis de la garantía política que produce la amortización de los controles de esa procedencia y también de los de carácter jurídico internos de los aparatos administrativos, una respuesta a esto, podría radicar en la existencia de una instancia de fiscalización desde la legalidad dotada de cierto, grado de independencia como es la judicial.(22)

principal.(FAMA, JENSEN 1983). Cuando no hayan conflictos de metas a alcanzar, el agente se comportara tal como el principal lo espera, independientemente que haya monitoreo. A menor incertidumbre del resultado esperado, el agente percibirá un menor riesgo, lo contrario aumentara su riesgo percibido. (HARRIS Y RAVIV 1979)

- La programación de la tarea esta positivamente relacionada con los contratos basados en el comportamiento y negativamente relacionada con los contratos fundados en los resultados. La definición anticipada del contenido del trabajo que realizara el agente, facilitara su observación y evaluación, otorgando mayor inclinación hacia contratos apoyados en el comportamiento.
- La duración de la agencia esta positivamente relacionada con los contratos basados en el comportamiento y negativamente relacionada con los contratos fundados en los resultados. En los periodos cortos se puede dar la aplicación de asimetrías de la información que hacen evidente el problema de la agencia, en cambio, a mayor tiempo de la relación contractual el principal adquiere mayor conocimiento del agente. Cuando un resultado es difícil de medir ya que el tiempo de alcance es amplio y para complementarlo requiere del esfuerzo conjunto de varios miembros, los contratos cimentados en los resultados no son tan atractivos, por el contrario si la medición es rápida aumentara su predilección.

Al respecto puede concluirse sobre la información con la que cuenta el principal del comportamiento del agente y del riesgo en el que este incurre, que los operadores jurídicos del control constitucional a nivel latinoamericano y de hecho internacional, tienen un comportamiento en sus fallos más discrecional, lo que puede explicarse en la evolución que ha tomado el asumir el reconocimiento efectivo de derechos humanos y sociales, se han basado en jurisprudencia de otros Estados, en la teoría de proporcionalidad alemana, así como, el test de constitucionalidad norteamericano, entre otros,; que han sido referentes muy importantes al respecto. Como se ha visto el ejercer el control jurisdiccional de razonabilidad de las políticas públicas por parte de los jueces constitucionales<sup>443</sup>, más allá del debate que pueda suscitar en la medida de considerarse como una posible extralimitación de funciones del poder judicial, al invadir la órbita del poder ejecutivo que es el que formula y ajusta las políticas públicas, puede verse en términos de colaboración a la gestión del Estado, al ejercer un papel de *stakeholder*<sup>444</sup> o

---

<sup>443</sup> OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales, tres ejemplos de Colombia.2013. KONRAD ADENAUER.

<sup>444</sup> ARGANDOÑA, Antonio. La teoría de los stakeholder y el bien común. Universidad de Navarra 1998. La teoría de los stakeholders de la empresa oscila entre dos extremos, consecución de los beneficios máximos para sus accionistas (FRIEDMAN 1970), y desde los propios accionistas hasta la comunidad en general pasando por directivos, empleados, trabajadores, clientes, sindicatos, competidos, es decir partes interesadas de una sociedad democrática y moderna.

parte interesada en el proceso de solución de los problemas sociales o fallas en la gestión administrativa que perjudican y afectan derechos de los ciudadanos.

Conocimiento de las aptitudes del agente. Los órganos de fiscalización cuentan con un cuerpo de profesionales capacitados. En Colombia la mayor parte de los funcionarios de la Contraloría y en este caso, del grupo o dependencia que adelanta los procesos de responsabilidad fiscal y cobro coactivo pertenecen a carrera administrativa, lo que supone que el proceso de selección del personal ha surtido procedimientos previos de validación de los conocimientos y competencias para el desempeño del cargo, además de los conocimientos, profundización y especialización conceptual que se desprende de la estabilidad en el permanencia en la asunción de estas tareas por más de 15 años, teniendo en cuenta que a partir del año 2000 los funcionarios de la Contraloría han ingresado a través de esta forma de nombramiento y selección en el cargo, que tiene amparo constitucional.

Por su parte, las altas Cortes Constitucionales indiscutiblemente pueden tener elementos de méritos e idoneidad en el ejercicio del cargo, en sus magistrados, abogados sustanciadores, sin embargo han venido fortalecimiento sus conocimientos del derecho constitucional, que ha tomado arraigo en las últimas décadas. Para lo cual, han aplicado tendencias internacionales, como se ha mencionado, y los conceptos y figuras del *bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad* han sido relevantes al momento de acoger los preceptos internacionales en defensa de los derechos humanos y sociales al interior de sus países, sin embargo, debido a los últimos avances del reconocimiento de derechos sociales de personas perjudicadas por la falta de aplicación de políticas y gestión de actuaciones públicas, se han visto en la necesidad de ordenar al poder ejecutivo a una serie de requerimientos con el propósito de delimitar tiempos y actividades concretas por parte de la administración para superar estos asuntos, entrando en la órbita de la discrecionalidad de la definición de políticas públicas, por parte especialmente de las instituciones administrativas o gestión de la administración, llegando, en algunos de sus fallos, a demandar la aplicación y apropiación de recursos considerables que han puesto en riesgo, la sostenibilidad financiera del Estado, se observa al respecto, el caso de las sentencias estructurales en Colombia relativas al estado de reconocimiento pensional y el sistema de salud de los ciudadanos<sup>445</sup>.

---

<sup>445</sup> “El Sistema pensional colombiano, muchas reformas pocas soluciones”. Contraloría general de la República. Revista economía colombiana. pág 73. El análisis constitucional de leyes en materia de pensiones ha dado en Colombia al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema.” Las leyes de seguridad social deben contar con un expediente del que hagan parte los estudios técnicos que dan cuenta de la sostenibilidad financiera del proyecto que da origen al trámite, de las modificaciones que introducen los ponentes o los congresistas en el debate, cuidar que el texto de la norma (en pensiones) no quede con deficiencia técnica en su redacción y sobre el que los jueces puedan hacer la interpretación o valoración normativa sin introducir costos no previstos, en juicios de exequibilidad en sede de tutela o en los procesos ordinarios. A partir del supuesto de la escasa incidencia de la sostenibilidad financiera en la toma de decisiones judiciales y por lo general con débiles formulaciones... los jueces se consideran exentos de cuidar la aplicación del principio de sostenibilidad financiera”

Por lo tanto, en términos comparativos, sería pertinente indicar la necesidad que tienen estas altas cortes u órganos de control y revisión constitucional de crear al interior de sus dependencias cuerpos más técnicos que puedan dar un análisis integral a estos problemas y analizar todas las implicaciones de las posibles variables que lleguen a afectar la sostenibilidad del Estado y la continuidad e idoneidad de las soluciones a acciones, que en el corto plazo demandan estas Cortes Constitucionales para conjurar el problema.

Como lo ha indicado la teoría de la agencia, la pronta medición de los resultados del agente son necesarios cuando los resultados son largos, dado que por su parte, en tiempos cortos se puede dar asimetría de la información. Expone también esta teoría la importancia que genera esta teoría en dar blindaje a los estados de conflictos entre el agente y el principal, así como, en la justificación de la necesidad de programación de las tareas del agente. Al respecto debe decirse, que para el agente principal entendido como el Estado, el interés en los casos de los procesos fiscales es que puedan materializarse pronto en el resarcimiento del daño. De igual forma, los tiempos cortos son ventajosos para los accionantes de los procesos constitucionales porque encontrarían solucionado pronto sus acciones, y teniendo en cuenta que a través de este tipo de procesos pueden impedir de manera inmediata la vulneración de sus derechos o prevenir su vulneración, es de gran interés para el principal o accionante en este caso, que la respuesta o solución a su demanda pueda ser pronta, de hecho, los mecanismos que resuelven recursos de amparo o acciones de constitucionalidad cuentan con términos celeros para este tipo de trámites.

Al respecto de la incertidumbre del resultado en la teoría de la agencia y que el resultado puede afectarse por variables como políticas gubernamentales, dificultad probatoria del daño etc, para el caso de los procesos fiscales, puede verse identificada especialmente, en los procesos de jurisdicción coactiva, pues no obstante el proceso fiscal pueda tramitarse y llevarse a cabo en los tiempos procesales, el resultado en definitiva no logra cumplirse completamente si el investigado ha logrado insolventarse antes de la aplicación de las medidas cautelares en el proceso de cobro coactivo, han salido del país, y otra serie de elementos que llevan a que se dificulte el cobro coactivo del daño<sup>446</sup>. Por su parte, el juez constitucional puede igualmente caer en el riesgo, en el sentido que el interés del principal, entendido como Estado puede verse afectado, en la medida que dado el alto margen de discrecionalidad que maneja, pueda a través de sus fallos dar órdenes que comprometan la adecuada gestión y su sostenibilidad financiera como se ha mencionado.

De otra parte, de acuerdo a los postulados de esta teoría podría decirse que se observa una orientación hacia los intereses del principal y la información con la que cuenta el

---

<sup>446</sup> Precisamente por estos motivos, mediante el estatuto anticorrupción de Estado ley 1474 de 2011, se crea la Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes en la Contraloría General de la República.

principal para validar el comportamiento del agente. Debe decirse que al ser en ambos procesos, proceso constitucional y el proceso fiscal, reglados, o definidos en las leyes, el interesado o principal puede tener conocimiento de las obligaciones que consagra la vía judicial, y de esta forma hacer control a los resultados, sin embargo en ambos casos, existe el riesgo moral que el agente no ponga el esfuerzo en el proceso, el cual se ve matizado en los recursos que pueda poner el accionista, o al que se ha denominado principal para estos efectos concretos de la acción judicial que ha incoado.

En más detalle, en cuanto al riesgo moral, puede decirse que el juez fiscal puede ser proclive o verse tentado a tranzar con el accionante, dado que la naturaleza de este tipo de procesos es del orden económico o pecuniario, y fallar favorablemente el proceso, entrando en incumplimiento a los intereses del Estado

Respecto de los intereses del principal el juez constitucional muestra más favorabilidad por las causas y acciones judiciales de los accionantes, sin embargo como se ha mencionado, el reconocimiento de estos intereses que llegan a tener contenido económico en los accionantes, puede verse inmerso en fallos, y afectar de esta forma las finanzas del Estado.

Si bien, los derechos en un Estado Social de Derecho deben materializarse, no obstante el principio de progresividad que dicta, que estos derechos de contenido económico o de contenido prestacional como lo denominan en Chile, deben reconocerse a medida que el Estado cuente con los recursos y condiciones para reconocerlos, en los fallos constitucionales los jueces, como se ha observado, han dado preferencia al reconocimiento inmediata de estos derechos con las consecuencias de gran contenido prestacional que se ha indicado.

No obstante el juez fiscal, puede hacer uso del principio de *independencia judicial* y a la vez del criterio propio racional, e independiente que tiene para fallar y decidir, y optar por dar pasos a fallos más innovadores como sería en el que presentara al identificar la gestión antieconómica con la que pudo obrar el demandado. Casos como ese, no son tan frecuentes, en los que se puede decir que obra cierta grado de discrecionalidad del operador jurídico, entre tanto, si bien en la ley 610 de 2000 que regula el proceso de responsabilidad fiscal, define lo que debe entenderse por gestión económica su aplicación no ha sido tan utilizada, se ha evidenciado a en algunos casos en los que se ha encontrado sobrecostos en la contratación, al evidenciarse que se contrató con la oferta u oferente que presentaba las condiciones más onerosas para el estado, respecto de otros que entregaban los mismos bienes y servicios en las mismas condiciones, pero no ha habido pronunciamiento en los casos en que pueda llegar a advertirse al gestor fiscal que debió realizar un gasto en particular o de manera oportuna para no llevar al Estado a incurrir posteriormente en otros gastos o conceptos que devinieron como consecuencia de la no atención oportuna de determinado evento o necesidad vgr como se ha mencionado

adecuación oportuna de un inmueble con el propósito que no se convirtiera con el paso de los años en bien que amenace ruina y tenga que removerse, o en otro tipo de gastos innecesarios para el Estado.

Con lo cual, es este tipo de decisiones que tienen cierto grado de *discrecionalidad* en razón en cierta medida a la figura de *independencia judicial*, pues el operador jurídico se ha comportado en la antigüedad con una actitud o criterio conservador ante este tipo de decisiones tal vez con la finalidad que no tengan o lleven a márgenes de discusión o que dificulte su calidad probatoria, si pueden ser ventajosas para el Estado, como principal, en la medida que abre la opción del resarcimiento por otros conceptos al daño al Estado en procura del uso eficiente de los recursos públicos.

Análisis costo beneficio, tanto el agente como el principal prefieren inversiones con alto rendimiento, para el principal es indiferente el riesgo específico o no sistemático de una inversión, el agente se ve directamente afectado, pues para el agente está en riesgo su riqueza y estatus. Con lo cual, el juez fiscal debe ser prudente en sus decisiones con el propósito de no incurrir en prevaricato, o nulidades esta sería otra explicación de su comportamiento conservador en las decisiones de fallos que no cuenten con un margen amplio y detallado de precedentes judiciales sobre la misma materia (vgr. casos gestión antieconómica), pues sería igualmente deseable tanto como para el principal como para el agente, que se presentaran fallos que maximizaran la eficiencia del uso de los recursos, como los casos ya mencionados, pero al no estar lo suficientemente reglado el agente tiende a guardar un comportamiento conservador y contrario al riesgo.

Teoría al campo de managent, (teoría de la agencia de 1989), como se ha descrito, su contribución radica en el tratamiento de la información que puede implicar conflictos de interés por el oportunismo del agente, las implicaciones de riesgos en las relaciones contractuales principal-agente, costos de agencia originados en gastos de control del principal, costos de garantía de fidelidad del agente, costos por pérdida de eficiencia. El propósito es asimetría de la información (JENSEN Y MECKING) contar con una información clara continua y consistente. La supervisión es costosa y depende de la información.

Al respecto debe decirse que en términos generales los entes de control rinden información sobre los resultados de sus fallos de resarcimiento del daño. Se realiza igualmente al interior de estas organizaciones, tareas de control interno o vigilancia o supervisión al interior de las dependencias que sustancian estos procesos, con el propósito de controlar los tiempos y términos procesales, pues una de las críticas considerables en Colombia es que se presenta prescripción de procesos.

Ante esto debe observarse el tema de las distintas nulidades a las que se ven sujetos los procesos que inciden en que vuelvan a iniciarse a las actuaciones en el estado en el que se encontraban, sin que se suspenda los términos o tiempos, con lo que se presenta que transcurran de forma más rápida los cinco años con los que cuenta el Estado para resolver

la acción de responsabilidad fiscal. El cambio introducido en el Estatuto Anticorrupción es evidente al dar prioridad a los procesos verbales sin embargo sigue existiendo prescripción<sup>447</sup>.

Mecanismos de alteración de los incentivos del directivo; la aplicación de este principio se representa en el pago a los directivos y en el tiempo que lleve el directivo en la agencia, pues a mayor tiempo se ve representado en estabilidad, continuidad y desempeño de la agencia y conlleva a un tiempo adecuado para conocer las competencias del agente (EISENHART). Al respecto debe decirse, que el pago o salario en la Contraloría, es significativo, si bien no se sujeta a bonos o incentivos adicionales de carácter pecuniario, si se observa una contraprestación por la prestación del servicio con un buen nivel dentro de la escala salarial del Estado. El problema, podría decirse, se presenta es respecto del principio de delegación, por la división del trabajo fundada en el principio de buena fe.

En este sentido, entre tanto, el proceso de judicialización se divide en múltiples instancias y jerarquías de funcionarios el riesgo, sin desconocer que el directivo, pueda ser sobornado, se puede presentar también en los funcionarios de base o sustanciadores, que son en su mayoría, los que instruyen el proceso, con lo cual, este riesgo se diversifica en este tipo de funcionarios, al ser los que practican pruebas y proyectan decisiones.

En relación con el tiempo de antigüedad del agente en el cargo debe decirse que existen referentes como el caso de la GAO, que precisamente para tener mayor imparcialidad al ser nombrado el Contralor de este órgano por el Congreso y el presidente, cuenta además con 15 años de labor, con el propósito de no dejarse permear por los gobiernos o administraciones y generar estabilidad y profesionalismo en su órgano de control.

En Colombia, el termino de duración del Contralor coincide con el del nuevo gobierno o presidencia, de hecho la terna de los tres funcionarios que se postulan para este cargo, la presenta un candidato del presidente y dos por cada una de las altas cortes para ser elegido por el pleno del Congreso de la República. Con lo cual, puede decirse que el tiempo de duración que es de años es adecuado, pero al observar los factores que influyen en su elección habría que presentar el debate de cuál debería ser el principal o sujeto al que deba rendirse cuentas de la gestión: <sup>448</sup>el ejecutivo o los ciudadanos? o la concurrencia de todos estos grupos, pues el agente deberá cumplir las expectativas del principal.

---

<sup>447</sup> CORREA GOMEZ Eugenia, PINZON MALDONADO, Héctor. "Responsabilidad fiscal en Colombia". Revista prolegómenos Derechos y Valores. 2012 Bogotá. Colombia. ISSN 0121-182X. Al respecto proponen estos autores en relación con los tiempos de trámite de las etapas del proceso su reducción. "la reducción o disminución de las etapas de indagación, preliminar, investigación y juicio fiscal, que cada etapa se desarrolle en el término máximo e improrrogable de tres meses..". El estatuto anticorrupción intento minimizar los tiempos en mediante el proceso verbal al margen de 1 año.

<sup>448</sup> LEE GOMÉZ, indica hace referencia al respecto, al recalcar que también podría tener injerencia en los resultados del Contralor el Parlamento o Congreso, entre tanto, es en definitiva, quien lo elige.



De igual forma, es pertinente, mencionar que los directivos que en concreto tienen la responsabilidad del proceso de responsabilidad fiscal, dado que el Contralor General delega la competencia de instrucción y juicio fiscal del proceso de responsabilidad en directivos, llamados Contralores Delegados que pueden ser removidos de su cargo, dado que son de libre nombramiento y remoción, con lo que se vuelve relevante a efectos de la estabilidad del proceso, la antigüedad y trayectoria de los funcionarios base de la Contraloría que cuentan con estabilidad y cualificación para el ejercicio del cargo con fundamento en lo anteriormente mencionado, para respaldar los buenos resultados de este negocio o labor procesal.

Críticas y limitaciones de la teoría de la agencia (FANTRODONA Y SISAN 2005) estos autores hacen la crítica de quién es dueño de la empresa, pues no se puede ser el dueño de un simple nexo, poseer capital no es la mismo que poseer empresa, dando lugar a criterios que se relacionan con la teoría de los *stakeholders*, y es precisamente el debate que puede plantearse en la relación de agencia del juez fiscal, el definir cuál es el *principal*, es el gobierno o los ciudadanos? o el Estado en términos conceptuales al integral todo lo público?.

Ante la teoría de los stakehoders el juez fiscal, sería un participante que entraría a jugar en el contrapeso de poderes que supone sancionar al ejecutivo, esto es, a representantes del ejecutivo que hayan obrado como gestores fiscales, además, de rendir cuentas al Congreso de su gestión para que realice el control político y tome medidas contra las autoridades de este poder ejecutivo por su inadecuada gestión fiscal, en procura del bien público.

Otras críticas a la teoría de la agencia pueden verse identificadas en que existe otro tipo de intereses más que el económico, los intereses económicos generan conductas oportunistas en el corto plazo, la finalidad de la empresa es obtener un beneficio motivacional. El argumento es debatible, pues las empresas buscan generar resultados, a menos que sean empresas sin ánimo de lucro, aunque estas en últimas, también llegan a perseguir fines económicos. Es decir, para el sector privado sería muy debatible esta teoría, sin embargo dada la función o naturaleza de la función pública, se presenta que los intereses del particular o principal, en cierta manera, se vean afectados por las motivaciones que tiene el agente, que si bien, no llegan a ser económicas pueden llevar a presentar otro tipo de incentivos para fallar de determinada manera o tener determinado comportamiento procesal, y esto, es lo que en definitiva daría lugar a actos de corrupción, representados en prevaricato, concusión, cohecho y que lleven a la exoneración, que además de tener implicaciones económicas al no tener que reconocer esta suma o monto de dinero al Estado, pueden beneficiar al investigado al no tener inhabilidades que le impidan ser a futuro funcionario público o contar con este antecedente fiscal en su hoja de vida.

Otra crítica radica en que la firma es algo más que un nexo de relaciones, la persona está integrada de una condición moral que le es innata entre tanto las personas no pueden ser consideradas solamente en términos funcionales, su misión social o de moralidad es relevante. Esta concepción tiene pleno recibo en el campo público, pues las instituciones debe comportarse con moralidad pública, que es un bien jurídicamente protegido por el Estado, máxime en presencia de los órganos públicos de control, y es en esta medida, que al contrario de lo que expone esta teoría, en términos de la agencia para el sector público, las relaciones laborales y un ambiente de moralidad es esencial para evitar la corrupción y que en los fallos se defiendan la moralidad y el patrimonio público del Estado.

Al analizar los costos de transacción (COASE), se plantea que no es cierto que la dirección de recursos dependa solamente del mecanismo de precios, pueden como influir otros factores, como ordenes internas a una persona o que al directivo le interese pagar más de lo que recibe para ejercer poder y dominio, entre otras. Existen costos que puede utilizar el mercado, los contratos cortos se pueden sustituir por contratos largos. La coordinación de costos se presenta mediante la coordinación gestionada (HOLMTRON Y ROBERTS: 1998) se habla de la racionalidad limitada del agente y de la utilidad en los costos de transacción al establecer cosas que no se prevén o que ayudan a mejorar la empresa.

Las críticas a las teorías de los costos de transacción indican (HOLMTRON Y ROBERTS: 1998) que se trata de universalizar el postulado de oportunismo en la contratación omitiendo las relaciones de confianza que se puede generar como consecuencia de la interacción repetida entre el tiempo entre ambos participantes.

WILLIAMSON presente la teoría de la planeación diseño y estructura de gobierno, atributos de transacción, especificidad de los recursos involucrados, redundancia de la transacción en el tiempo en el que se prolonga la incertidumbre presente en la ejecución del contrato, previsibilidad y tiempos judiciales ex post, así como, la importancia de los contratos completos.

Si se observan los costos de transacción que pudiera llegar a generar el trámite de proceso de responsabilidad fiscal, los riesgos en los que incurre podrían explicar los costos de transacción que se generan para el cumplimiento efectivo del producto o adecuada gestión en este tipo de agencia.

Todas estas menciones de mejora nos puede llevar a pensar en la posibilidad de requerir un nuevo *Diseño Institucional*, (GOODIN) expone que se explica que *diseño institucional* se explica a través del comportamiento arraigado en las instituciones. El institucionalismo reconoce la importancia de la agencia como también de la estructura en la que se manifiesta. El cambio de las instituciones se presenta como consecuencia de un accidente de evolución natural, es el resultado de una intervención deliberada, no existe un único diseño institucional. Al respecto, más que el cambio estructural de un *diseño institucional* en las dependencias que fallan los procesos de responsabilidad fiscal, es decir, en las que

participa el juez fiscal, sin desconocer que debe mejorarse el control de las actuaciones y tiempo de los procesos, lo que debe optarse es por hacer exigible los mandatos constitucionales y legales que han sido expedidos y en tal medida, la labor de prevención de los actos de corrupción, así como, el hacer uso de las figuras legales que ya han sido otorgadas es esencial.

## CONCLUSIONES

### 1. Calidad del agente y determinación del daño patrimonial.

Como se ha mencionado a través de las sentencias del Tribunal de Cuentas y Tribunal Supremo mediante recurso de casación, expuestas en este trabajo, se puede observar que a través de los pronunciamientos jurisprudenciales, el máximo órgano de enjuiciamiento contable, ha venido sentando criterios al respecto de elementos constitutivos de la responsabilidad contable como son la calidad del agente generador del daño patrimonial al Estado, así como, lo que debe entenderse por recursos públicos.

En este orden de ideas ha definido la *calidad del agente*, en atención a la *relación de hecho* con la que este ha podido contar en la disposición de dineros públicos, así como, también se ha establecido su responsabilidad como consecuencia de la conducta omisiva respecto de gestión o labor que pudo haber realizado en la adecuada administración y disposición de recursos, y ha determinado los eventos de responsabilidad por culpa grave o dolo que pueden dar lugar a la generación de daño al patrimonio público.

Con lo cual, y afectos del análisis comparativo en la metodología propuesta, puede decirse que esta los dos entes de control, el Tribunal de Cuentas y Contraloría General, han reconocido el hecho omisivo como un elemento decisivo al momento de establecer la responsabilidad, sin embargo, la Contraloría en sus pronunciamiento ha hecho énfasis de la necesidad de demostrar la condición de gestor fiscal de la conducta, de esta forma, solo si las actividades o funciones están oficial y expresamente otorgadas al funcionario, es que puede ser sujeto de la responsabilidad fiscal, lo que no puede observarse en los eventos de relaciones de hecho o no jurídicas en las que el responsable haya dada lugar al daño, que hace parte de la tesis acogida en el Tribunal de Cuentas.

De otra parte, respecto de la naturaleza de los recursos públicos y por ende de la descripción del alcance de los diferentes eventos en los que puede verse involucrado el concepto de dineros o caudales públicos, la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, ha observado eventos particulares en los que puede generarse esta situación, a diferencia de lo que ha venido observado la Contraloría, en tal sentido, ha encontrado que pueden recibir esta naturaleza dineros que a pesar de no ingresar a las arcas públicas pueden ser objeto de jurisdicción contable y daño patrimonial.

En algunos aspectos, estos conceptos de la legislación española, pueden revestir un concepto más amplio de lo que se ha venido aplicando en la legislación colombiana, dado que el concepto de gestor contable puede llegar a involucrar labores que *de hecho* pueda llegar a ejercer, sin que necesariamente tenga vínculo jurídico que le faculten, establecido en el contrato, estatuto o reglamento de funciones que le vinculan al Estado.

No obstante la ley 610 de 2000 de Colombia establece que podrán responder del daño patrimonial ocasionado, quienes “contribuyan” a este, y en esta medida, ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la relación de contribución debe ser directa y necesaria, con lo cual usualmente pueden vincularse como responsables fiscales quienes de manera directa, administren a fondos, o administren dineros, como es el caso de contratistas cuando disponen de los anticipos para ejecutar de los contratos o de los pagos que se hayan hecho sin que pudieran representar efectivamente la contraprestación a la que estaban obligados por este concepto.

Con lo cual esta ampliación de responsabilidad debe llevar implícita de una u otra forma en los dos ordenamientos jurídicos, la gestión efectiva de la administración y disposición de dineros públicos.

De otra parte, debe decirte que el tema de la responsabilidad por *omisión*, al omitir

precisamente los deberes *in vigilando* de administradores y directores de establecimientos, reúne una especial importancia respecto de los criterios de análisis de responsabilidad fiscal en Colombia, pues usualmente los representantes legales de las entidades públicas no son vinculados a los procesos de responsabilidad fiscal, alcanzando la responsabilidad solo a directores de oficinas Financieras, tesorerías o en las que se delega expresamente la facultad de suscribir contratos públicos.

La jurisprudencia, fundamenta esta posición en considerar que estos administradores especialmente de sociedades que cuentan con recursos públicos, se les eximiera de responsabilidad porque no tenían un contacto directo con tales recursos, sin embargo, esto sería desconocer las obligaciones que como representantes de las entidades se les debe exigir en esta adecuada administración de recursos, así como en el ejercicio de tareas de control y vigilancia de sus subordinados.

No obstante, en los dos regímenes, es decir el de la responsabilidad fiscal en Colombia, así como, el de jurisdicción contable en España, no han considerado el fenómeno de la figura *in eligendo*, que establece la doctrina al momento de determinar la responsabilidad del delegante al delegatario, en los casos, en los que el daño o detrimento patrimonial se presente por parte del delegatario por la impericia o desconocimiento de los asuntos objeto de la delegación. En este sentido, este criterio tiene plena justificación en la medida que el si el delegante no seleccionó correctamente al delegatario y no verificó que este tenía los conocimientos necesarios para adelantar la tarea, estaría siendo consciente del riesgo que se generaba en otorgarle el cumplimiento de estas actividades, y por lo tanto, entraría a ser responsable en la ocurrencia del daño. Este tipo de teorías permitirían que en muchos casos los representantes legales de las entidades entraran a responder por la ocurrencia de daños al patrimonio del Estado ya que en virtud de la delegación en instancias intermedias de ejecución, esta responsabilidad escapaba de su órbita de comportamiento, especialmente en el caso de Colombia, en donde la responsabilidad se ha limitado concretamente a lo que establece el manual de funciones.

Debe mencionarse también el concepto de los sujetos “*extraneus*”, es decir aquellos, que son ajenos a la calidad de gestores fiscales, pero que sin embargo, participan o más aún, incitan o realizan la conducta, pues reviste importancia en la valoración del detrimento al patrimonio público.

Debe decirse, que si bien, no cuentan con la expresa calidad de gestores de fondos públicos, aquellos que participan de manera directa de la ocurrencia del hecho dañoso<sup>449</sup>, no son tan ajenos a los deberes que el adecuado manejo de los recursos y caudales públicos exige, puesto, que en estos eventos de *injerencia cercana* en la concurrencia del daño, como en los eventos analizados, de contratistas que exceden sus funciones afectando el erario público, o sin ir más lejos, de servidores unidos a la función pública, mediante un vínculo legal o reglamentario<sup>450</sup>, que realizan funciones para las que no están facultados y que afectan el patrimonio estatal, les es exigible, no obstante, dado el deber de comportamiento como servidores públicos que deben tener, e incurrir en tal sentido, en responsabilidad, no solo por el incumplimiento de sus tareas, sino también por la extralimitación de sus funciones<sup>451</sup>.

Preceptos constitucionales establecen en este sentido, que *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus*

---

<sup>449</sup> Al tener en cuenta, que de acuerdo a sentencias del Tribunal de Cuentas, se ha recurrido en recurso de casación por parte de la defensa del ente afectado, la posibilidad de la determinación de responsabilidad subsidiaria de sujetos que han participado en la realización del daño patrimonial, pero que no son gestores de fondos públicos. En este entendido, existen eventos en los que la participación del sujeto es cercana al vínculo jurídico por el que se produce el daño o más bien lejana, como se calificó en el capítulo de este trabajo denominado, *“Sujeto de responsabilidad contable y fiscal y la naturaleza de los recursos públicos”*, con lo cual es *cercana*, en antecedentes jurisprudenciales, como en el caso de contratistas que exceden de sus funciones afectando el erario público, y *lejana*, en eventos de personas jurídicas con los que se subcontrata la prestación de servicios contratados con el Estado u objeto de subvención.

<sup>450</sup> Funcionarios de planta o carrera administrativa

<sup>451</sup> Además, si un gestor de fondos públicos incumple sus deberes de debida administración y disposición de dineros públicos, excediendo en ámbito de sus competencias al generar gastos antieconómicos, no solo está incumpliendo sus funciones sino que además se está excediendo en esta función, con lo cual esta extralimitaciones de funciones y en tal sentido, esta conducta no debería ser ajena de la que realiza otro servidor.

*funciones.*"<sup>452</sup>

Por su parte, debe mencionarse que en el derecho penal fue admitida por medio de la ley de reforma al Código Penal, la adición de un nuevo número al art. 65, contemplándose, ahora de forma expresa, la participación del extraneus en un delito especial propio, al establecer que "*cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate*". Con lo cual, se posibilita el enjuiciamiento, de personas que pesar de no contar con las calidades del tipo penal, adquieren esta condición de actor en la conducta, gracias a esta reforma de esta ley<sup>453</sup>.

Así las cosas, debiera considerarse la posibilidad de realizar un ajuste normativo en este sentido, con el propósito de procurar desde el mismo proceso de responsabilidad contable, que se resarza el daño patrimonial, al contar además este proceso, con la especificidad en el trámite de este tipo de materias, así como una valoración en determinado caso más adecuada del daño patrimonial, con lo cual, si llegare a repetir la administración contra el servidor que no realiza funciones de gestor público a través de la jurisdicción civil<sup>454</sup>, se daría un uso más eficiente de la maquinaria judicial del Estado, al hacer uso de la jurisdicción contable, teniendo además en cuenta, que en caso que el daño se sancione vía penal<sup>455</sup>, es el Tribunal de Cuentas quien en definitiva persigue el

---

<sup>452</sup> Artículo 6o. de la Constitución Política de Colombia.

<sup>453</sup> Código Penal, la Ley Orgánica 15/2003.

<sup>454</sup> FERNANDEZ AJENJO, "*El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la IGA*" ,Establece algunos eventos que con ocasión del manejo de fondos pueden constituirse en ilícitos penales: tipos de infracciones contables también se conectan con el concepto de corrupción en tanto que las vulneraciones de los deberes institucionales de los responsables de la gestión financiera en muchos casos se encuentran motivadas por intereses personales. Así, la existencia de un alcance puede implicar que el saldo deudor injustificado se haya destinado a fines espurios de los que el cuentadante no quiere dar conocimiento (v. gr., su propia autofinanciación en forma de préstamo irregular), la liquidación de ingresos sin sujetarse a las disposiciones vigentes puede suponer la concertación con los contribuyentes para aminorar la recaudación pública (v. gr., el cobro de una coima a cambio de aminorar una liquidación tributaria), o la dación de pagos reintegrables puede indicar la entrega de fondos indebidos a personas vinculadas con el propio gestor.

<sup>455</sup> El gestor de fondos públicos puede actuar con dolo, y el contratista que se apropió de estos dineros también, la justificación del gasto, es el elemento diferenciador, mientras que el caso del acto del gestor de fondos públicos, este se



resarcimiento civil del daño<sup>456</sup>, y de esta forma, estaría facultado de conocer de todos los casos que deriven responsabilidad contable en el manejo directo y *de hecho* de fondos públicos.<sup>457</sup> En conclusión, en este orden de ideas, el ajuste normativo en el que se amplíe la calidad de los sujetos que pueden ser responsables contables, es necesario, como lo expone el Tribunal Supremo, y este debe ser expreso con el propósito de no vulnerar el principio de legalidad con el que se pueda cumplir la tipicidad de la conducta del actor con el hecho generador del daño.

De otra parte, al respecto de la naturaleza de los recursos públicos y de la configuración de menoscabo o daño patrimonial, debe decirse, que el daño debe recaer sobre recursos o caudales públicos, y constituirse en cierto, identificable y cuantificable. No obstante, Jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, se ha pronunciado sobre el tema, declarando la existencia de responsabilidad contable, en eventos en los que a pesar del daño no haberse producido, la naturaleza del mismo, denota que se *producirá indefectiblemente en el futuro*, como es el caso de la cartera incobrable, con lo cual, solo si se demuestra que los funcionarios realizaron debidamente las acciones pertinentes para procurar el cobro y que pese a eso, éste no se pudo adelantarse, se ven excluidos de este tipo de responsabilidad.

---

ve más legítimo que la apropiación, más si se compara con el gasto injustificado para satisfacer un interés personal o ayudar a un particular, la justificación del acto se desdibuja, así como el grado intencionalidad o dolo con el que se obro, correspondiendo las funciones de vinculación al cargo las que delimitan el sujeto pasivo de la responsabilidad que como se ha mencionado, debe tener una interpretación más amplia, pues la extralimitación de funciones, es decir llevar a cabo tareas que no se le son facultadas, y en este caso, la disposición dineros, no debería ser diferente a la disposición indebida y dolosa de recursos que pudiera llegar a realizar un gestor de fondos públicos, pues el contratista habría incumplido también deberes como servidor público a través de su extralimitación de funciones que tuvieron trascendencia contable

<sup>456</sup> FERNANDEZ AJENJO, “El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la IGA” Menciona que además, puede identificarse la relación inversa entre los ilícitos de corrupción con la responsabilidad contable, delitos que tendrían reparación civil al Estado. Así, por ejemplo, el soborno con sobreprecio en las adquisiciones públicas vulnera las normas presupuestarias y causa un daño patrimonial en forma de pago excesivo por los bienes adquiridos (v. gr., la adjudicación de un contrato a un postor que presenta una oferta más gravosa económicamente, pero que ha sobornado a las autoridades adjudicatarias); el tráfico de influencias para contratar un trabajo inexistente que tiene un coste innecesario para la Administración (v. gr., la contratación de informes y estudios con personas vinculadas con la autoridad adjudicataria que se abonan sin que nunca se lleguen a realizar) o las exacciones ilegales que obvian la obtención de los ingresos legítimos a favor de la Hacienda Pública (v. gr., la exigencia por un funcionario público, para su propio beneficio, de una tasa ‘paralela’ inferior a la oficial por la prestación de un servicio público).

<sup>457</sup> En este sentido, no debe confundirse los eventos de reparación patrimonial del estado a terceros que se adelanta mediante acción de reparación civil extracontractual del Estado.

En el mismo sentido, observa el Tribunal de Cuentas, mediante fallos que sientan nueva interpretación normativa, en eventos en los que dineros que no reposan en cuentas o arcas públicas, y que no cuentan con un título expreso y claro que acredite titularidad del Estado, pueden llegar a ser reconocidos como caudales públicos, teniendo en cuenta, la causa o razón en que se generan, en tal sentido, dineros que habían sido consignados en cuentas de concejales, por el uso de espacios públicos del municipio, pero que habían sido depositadas antes que se fijara el cobro oficial de estas tarifas en tal municipio, se consideran, así como otros supuestos que reúnan la causa o justificación en actividades o gestiones de origen público, según esta interpretación jurisprudencial, en dineros o recursos públicos, y de esta forma, la naturaleza o ámbito en el que se generan, determina su condición de patrimonio del Estado.

Estas consideraciones jurisprudenciales brindan elementos que complementan la interpretación normativa, y facilitan la determinación de la conducta constitutiva de responsabilidad contable. De esta forma se concluye, además, que al no prever la ley directamente tales prescripciones, la dejan bajo el análisis del operador jurídico o juez, en la medida en que se observe el grado de diligencia con el que se podía actuar, la previsibilidad en la ocurrencia del daño y la relación con la función estatal o de su estructura organizacional, la determinación de existencia o no de responsabilidad contable. Al respecto de la previsibilidad de las acciones que pueden generar daño fiscal, debe decirse que no tiene el mismo recibo que las gestiones que dan lugar a responsabilidad fiscal, cuenten con culpa grave o dolo, entre tanto, como se ha demostrado, estas actividades tienen mayor margen de previsibilidad en los efectos que pueden llegar a generar, que respecto de acciones o hechos que se originan por acción de la repetición, en las que el operador o agente estatal causa un daño antijurídico a un particular, que el Estado tiene que entrar a reparar, pues, debe hacerse énfasis en la diferencia que existe entre una acción o hecho que generalmente es incidental, mediante el cual se generan daños al particular, a las actividades de la disposición del gasto que dan lugar a la generación del daño fiscal.

No obstante, puede decirse al respecto del tema de los “*dineros por el uso de los recursos públicos*”, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, que son temas que revisten, más bien, objeto de análisis de otro tipo de jurisdicción como puede ser la tributaria, entre tanto, como ocurre en Colombia, el pronunciamiento sobre recursos que dejaron de cobrarse por concepto de impuestos, corresponden a la Jurisdicción Tributaria, y en tal medida se entraría a analizar la injerencia que el Tribunal de Cuentas puede llegar a tener en otros actos u operaciones administrativas de la administración en términos generales.

## **2. Delimitación de la conducta generadora del daño fiscal.**

En la aplicación de justicia el juez cuenta con la independencia, que le garantiza el Estado de derecho, cuenta según algunas teorías del derecho, de manera indirecta con la legitimación que le brinda la voluntad general, entre tanto, los miembros del órgano legislativo, han sido elegidos en el ejercicio de la soberanía popular y al dictar las leyes, estas se presumen legítimas y el juez legitima su actuación de esta forma.

Si bien la *Ley* es general y abstracta, su aplicación no debería dar lugar a interpretaciones, debe ser clara y describir de manera precisa la prescripción o mandato que se exige a quienes son sus destinatarios. En caso de duda el operador jurídico puede hacer uso de las fuentes auxiliares del derecho, como son los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la costumbre. Sin embargo, esto genera un margen de cierta discrecionalidad, que podría llegar a viciar en cierta medida la finalidad con el que ha sido creado el precepto legal.

Como se ha mencionado, contra las sentencias del Tribunal de Cuentas, procede el recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo. Estos recursos proceden en términos generales, por motivos de

vulneración al debido proceso, así como, por la aplicación indebida de la ley. El Tribunal de Supremo, ha anulado sentencias del Tribunal de Cuentas, por encontrar que ha habido extralimitación de funciones, como en el caso de sentencias, en las que al valorar algunos hechos constitutivos como responsabilidad contable, pueden llegar decidirse por la instancia *ad quem*, no alcanzan esta categoría al encontrarse que han sido gastos o erogaciones sobre las que recae presunción de legalidad y que solo pueden ser invalidados por la jurisdicción correspondiente, como en el caso de la jurisdicción contenciosa administrativa.

La ley de responsabilidad contable, como se ha mencionado, deriva un tipo *sui generis* de responsabilidad, si bien tiene naturaleza civil, al buscar el resarcimiento del daño, recoge preceptos o criterios de legalidad de la adecuación de la conducta típica prescrita y la existencia de culpabilidad.

De esto deriva, la importancia que la ley que regula la responsabilidad de quienes incurran en daño patrimonial al Estado, cuente de la mejor forma posible con la mayor claridad y descripción de conductas que del lugar a este tipo de sanción. La descripción de la conducta típica, puede llegar a encerrar varias cualidades, en tal sentido, determinar la condición y requisitos del agente que la ocasiona, las circunstancias y condiciones de modo, tiempo y lugar que la generan, así como también, las cualidades del bien o interés jurídico tutelado. El daño patrimonial al Estado, representa un bien jurídico, de gran importancia en las finalidades del Estado, y en la ejecución de las políticas públicas.

La responsabilidad contable o fiscal, debe contar con la mayor descripción de las conductas generadoras del daño, así como del concepto de lo que debe entenderse por daño patrimonial, pues como se ha visto si bien la jurisprudencia a complementado la interpretación normativa, el patrimonio como bien tutelado, merece una mayor delimitación de asegure los eventos de existencia de responsabilidad sin que queden

muchos aspectos en la discrecionalidad del operador jurídico.

La ley establece que la gestión contable y fiscal debe ser ejercida bajo principios de legalidad, eficiencia y economía, sin embargo el concepto de gestión económica en algunas ocasiones no es tan claro, pues llega a representar varios escenarios de posibles actuaciones que denoten eficiencia en la administración de los recursos o caudales públicos, que no son consideradas por los gestores contables o fiscales al momento de disponer o administrar tales recursos.<sup>458</sup>

Podría decirse, de acuerdo con la regulación presupuestal, que aquellos gastos que no estén soportados en un proyecto de inversión, que no hagan parte de los gastos de funcionamiento o no estén debidamente fundamentados en gastos imprevistos de urgencia manifiesta, deberían entenderse como gastos o erogaciones antieconómicas e innecesarias, o tener aún un concepto aún más restringido.<sup>459</sup>

Tales situaciones deberían ser consideradas en la norma de responsabilidad fiscal o contable, o describir por lo menos condiciones que permitan delimitar con mayor efectividad los eventos en los que se incurre en responsabilidad por este concepto.<sup>460</sup> De esta forma, se estaría salvaguardando y procurando en mejor medida la aplicación del principio de legalidad y debido proceso, así como también, el grado de

---

<sup>458</sup> La responsabilidad contable en principio estuvo orientada a la obligación de rendir y responder por el recaudo y pago de cantidades prefijadas en la contabilidad y presupuesto público, no yendo más allá a aspectos de eficiencia y maximización de recursos. No cabe exigir responsabilidad contable a los funcionarios de la administración de agricultura, cuya actuación pudo no atenderse a los criterios normativos sobre recogida y pago del trigo en función de la calidad del producto y que pudo producir perjuicio al erario público, pero que este no resulta de la obligación de rendir cuenta. Auto 7 de 1996 del Tribunal de Cuentas.

<sup>459</sup> MEDINA GUJJARRO, expone al respecto, que durante la vigencia de la actual regulación en materia de enjuiciamiento contable, el número de los incoados no se corresponde con la importancia del objeto pues el grueso de los procesos seguidos por la sección de enjuiciamiento se ha reconducido al procedimiento de reintegro por alcance y a nadie se le oculta que aunque desgraciadamente sean numerosos descubiertos de fondos públicos, no lo son menos las gestiones ineficaces y antieconómicas. Las razones de tan extraño proceder la dificultad que entraña acreditar la falta de eficacia o economicidad de una culpable gestión pública en términos jurídico procesales como en la complejidad de los actuales trámites para su exigencia.

<sup>460</sup> Sentencia sala de apelación 22 de 1993. Afirma que ni el artículo 49 LFTCU no otro, establece la forma de graduar la negligencia, ni las pautas que precisen cuando debe considerarse de carácter grave. Recae sobre el juzgador la valoración de la misma, pues la responsabilidad contable es una categoría autónoma. Sentencia 14 de 1996, desestima la existencia de culpa si el daño no era previsible en relación con la conducta del sujeto.

eficiencia en la administración de justicia, máxime en preceptos que requieren una descripción más completa de las conductas constitutivas del daño<sup>461</sup>, pues como se ha mencionado este tipo de sanciones son una extensión de la potestad sancionatoria del Estado, y sus repercusiones pueden llegar a comprometer con más exigencia los derechos del investigado, si se compara respecto de otro tipo de preceptos o materias legales en las que se puede transar, conciliar y hasta desistir del derecho. Como lo han concluido autores del tema como MEDINA GUIJARRO, la determinación de condiciones que permitan definir los gastos económicos del estado involucra el objetivo de equidad que persigue la economía pública y el bienestar social.<sup>462</sup>

### **3. Respeto de la aplicación de facultades jurisdiccionales en regímenes administrativos de responsabilidad contable o fiscal.**

Si bien el derecho a la doble instancia, es un derecho innato con el que deben contar los procesos administrativos y judiciales, el trámite de algunas actuaciones que no tuvieran la necesidad de ser conocidos en grado apelación o a través de recursos extraordinarios, implicaría al Estado mayor eficiencia y disminución de costes administrativos.

El ejercicio real de la actividad judicial llega a demostrar que en la generalidad, quienes son sancionados o a quienes se endilga algún tipo de responsabilidad jurídica, hacen uso generalmente de los recursos ordinarios y extraordinarios procesales, sin embargo, en la medida en que el operador jurídico de la instancia de conocimiento ad quo o instancia superior ad quem, cuenta con la suficiencia y claridad jurídica que respalden sus decisiones dará un trámite más celero y concreto a los fallos o actuaciones

---

<sup>461</sup> Puede mencionarse además al respecto, que, el proyecto de Ley de Transparencia, establece que en los contratos se establece si existe deber de publicar la disposición de recursos, con lo cual la obligación de los contratistas se ve delimitada a lo que contenga el contrato, generándose así una disposición discrecional, que puede limitar o reducir mecanismos de la verificación del gasto. <sup>461</sup> Al respecto también menciona que los partidos políticos tienen el deber de reportar públicamente la disposición de sus recursos públicos y son porque son gestores de dineros públicos y porque de acuerdo a los que establece la ley tienen la potestad de adjudicar, en la medida en que a través de la contratación adjudican contratos.

<sup>462</sup> MEDINA GUIJARRO, Javier. "Presente y futuro del Tribunal de Cuentas". Ídem.

que resuelva.

Se ha venido fundamentando la necesidad de independencia del órgano que enjuicia la responsabilidad contable del que fiscaliza las cuentas y caudales públicos, con el propósito de garantizar mayor autonomía e imparcialidad en su labor judicial. Como se ha mencionado hay países en los que la determinación de responsabilidad a gestores fiscales por el manejo de fondos o recursos públicos se ejerce por parte de una dependencia u oficina del órgano o entidad fiscalizadora, como es el caso de Colombia, en donde la determinación de responsabilidad fiscal se realiza mediante un proceso administrativo que posteriormente puede ser impugnado ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

De otra parte, existen países donde la determinación de responsabilidad al manejo de fondos y caudales públicos la realiza el mismo órgano que fiscaliza, pero con la diferencia que lo lleva a cabo a través de facultades jurisdiccionales, como es el caso de España.

En principio el sistema jurisdiccional abona ventajas en el trámite del proceso, especialmente las concernientes a la posibilidad de procurar la culminación y *status de cosa juzgada* en un menor tiempo del que se pudiera adelantar en vía gubernativa y después en vía judicial, en caso de demandarse la validez del acto administrativo que decide la existencia de responsabilidad en gestores.

Sin embargo como se ha podido concluir, en los dos eventos, esto es el caso de responsabilidad vía gubernativa o judicial, la máxima Corte Contencioso-administrativa puede revocar los fallos que hayan declarado existencia de responsabilidad en gestores de fondos públicos proferidos en vía gubernativa como en vía judicial, al concluirse que hasta tanto no se demuestre la invalidez del acto administrativo, por violación al principio de legalidad u otra causal de nulidad, este acto se encuentra revestido de presunción de legalidad y las consecuencias presuntamente constitutivas de menoscabo o detrimento patrimonial estarían sujetas a la validez del acto, y por ende al pronunciamiento de la justicia contencioso administrativa. Con lo cual, tanto el proceso vía gubernativa como

judicial tendrían limitaciones en este aspecto.

De otra parte, respecto de la defensa técnica, se observan además algunas limitaciones en el proceso vía judicial, dada la naturaleza de esta clase de procedimientos. De acuerdo a como lo establece la ley orgánica y ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la parte demandante, que se ve representada en la entidad afectada, debe probar la ocurrencia del daño y culpabilidad del sujeto, en esta parte se observa la carga de la prueba, y el juez básicamente desde su posición independiente, debe valorar las pruebas, así como los argumentos y fallar. Si bien puede hacer uso de pruebas de oficio, como se ha mencionado corresponde a la parte legitimada por activa demostrar la responsabilidad del demandado.

En sentencias del Tribunal de Cuentas, esta Corte, ha evidenciado que no ha obrado una adecuada demostración de responsabilidad del demandado por la parte actora, lo cual denota falencias<sup>463</sup> en el proceso y defensa en definitiva de los intereses patrimoniales del Estado, pues habría que reconocer que quienes generalmente representan a la entidad afectada son letrados o abogados que se desempeñan en el área del derecho administrativo, pero que en cierta medida no pueden llegar a contar con la pericia con la

---

<sup>463</sup> En sentencias del Tribunal de Cuentas se observan algunos detalles de estos eventos, de falta de demostración de la legitimidad por pasiva del demandado: **Stcu 28 de febrero de 2001.** “A pesar de que la labor investigadora desarrollada por el Ayuntamiento ha sido laboriosa y profunda, no ha resultado suficiente como para aportar al proceso elementos probatorios de naturaleza bastante para lograr la convicción de esta Sala de Justicia sobre la existencia de un alcance en el sentido en que se define en el tantas veces citado artículo 72.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril. La carga de la prueba del alcance correspondía a la actora, como ella misma reconoce en su escrito de 25 de mayo de 2000 (folio 16 de la pieza de apelación), y a pesar de sus exhaustivas comprobaciones no ha podido incorporar a los autos documentos que reflejen la realidad de los hechos descritos en sus diversos informes. No existiendo un alcance acreditado en lo que se refiere a las partidas examinadas en este Fundamento Jurídico, resulta imposible entrar a decidir si cabe exigir alguna responsabilidad contable al demandado, como solicita la representación procesal del Ayuntamiento de S. F. **Sentencia 28 de febrero de 2001.**” La parte actora no ha sido capaz de probar que el demandado tuviera a su cargo esos caudales públicos en ninguno de los sentidos a los que se refiere el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo. Si no se ha acreditado en autos de forma suficiente, ni que el demandado recibiera esa suma pecuniaria, ni que participara en la posterior gestión de la misma, resulta evidente que no se le puede imputar responsabilidad contable alguna por el menoscabo del Patrimonio Municipal en dicha cantidad pues no se cumplen todos los requisitos que, para que exista responsabilidad contable, exigen los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo y 49 de la Ley 7/88, de 5 de abril, y que ya se expusieron en líneas anteriores.”



que podría actuar un funcionario especializado en asuntos de responsabilidad contable o fiscal.

Esta sería entonces la ventaja que podría encontrarse en regímenes administrativos de responsabilidad en el manejo de fondos públicos, en donde el servidor que adelanta el trámite del proceso cuenta con la especialización en el tema y debe además demostrar, con toda la carga probatoria la responsabilidad del gestor de fondos públicos, si bien se ha cuestionado que es “juez y parte” tiene el deber o carga de comprobar este tipo de responsabilidad, que en términos generales se realiza de manera adecuada pues los fallos del Consejo de Estado por regla general confirman las sentencias.<sup>464</sup>

El grado de especialidad en quien está representando la defensa de los fines e intereses estatales es importante, pues si se analiza este régimen de responsabilidad respecto de otros como el penal, si bien los dos cuentan con la asistencia de un representante del ministerio público, el fiscal en materia penal es un funcionario versado en el tema, con lo cual en el proceso de responsabilidad de manejo de fondos públicos, también se debería garantizar esta defensa de los intereses patrimoniales del Estado.

#### **4. Sobre la ocurrencia del año con ocasión de las políticas públicas**

El juez fiscal, como se ha indicado, y con el propósito de brindar una visión más integral a los eventos sobre los que puede constituirse daño fiscal, al fallar este tipo de casos, -mirar en tal sentido el ejemplo hipotético formulado para el caso de programas y políticas públicas con gasto ineficiente-es decir sobre la existencia de daños que se originen como consecuencia de las falencias en la formulación e implementación de políticas públicas, establecería criterios generales que debió tener en cuenta el ejecutivo o legislativo en la adecuada gestión fiscal de esta política. Esto como un ejercicio similar al de los jueces constitucionales en el ejercicio de control judicial a las políticas públicas, explicado en esta

---

<sup>464</sup> Como en el caso de la Contraloría.

tesis. Esto se justifica, además, en que al representar el juez fiscal al ente de control fiscal que define y sanciona el daño fiscal, cuenta de esta forma, con la doctrina y precedentes judiciales en la determinación de la gestión fiscal y del adecuado manejo de los recursos del Estado.

ORDOÑEZ MATAMOROS indica que es política pública una situación de moción problemática que puede constituirse como una ventana de oportunidad ante problemas no atendidos *correctamente*, CLEMONS Y MACBETH establecen que el problema debe llegar a ser público, SHEPARD indica que este problema para ser objeto de política pública debe necesariamente estar en una *agenda de gobierno*, ROTH que el problema puede radicar en uno o varios objetivos colectivos que pueden ser tratados por lo menos parcialmente.<sup>465</sup> Visto desde estas teorías, el pronunciamiento del juez fiscal, así como, de los otros jueces que se pronunciarían sobre la formulación de políticas públicas, como sería el juez constitucional, con fundamento en los argumentos expuestos anteriormente, obraría a través de una forma de colaboración en calidad de *stakeholders* o parte interesada en el tema, para que ejecutivo pueda corregir la formulación de políticas.

La diferencia de lo que se presenta con el juez constitucional radicaría en que su competencia, si bien, inicia con el traslado del conocimiento de los hechos o hallazgos fiscales y en el mismo sentido, el juez constitucional con una demanda de constitucionalidad o acción de amparo, es decir, nunca podrán pronunciarse de oficio sino en la medida en que llegue a su conocimiento oficialmente los hechos, pues estos hechos, como se conoce, en política pública, corresponden en primera medida a la competencia natural del pronunciamiento del ejecutivo en su esfera política o como consecuencia de ejercicios de control político del Congreso o Parlamento.

El juez constitucional en el ámbito del control de razonabilidad de las políticas públicas, indica criterios para la solución inmediata de problemas públicos y por lo tanto sus decisiones son vinculantes y ordenan a autoridades concretas su cumplimiento. El juez fiscal a diferencia del juez constitucional, presentara unos argumentos de los fundamentos utilizados para declarar la responsabilidad en la determinación del daño fiscal. Estos criterios o argumentos pueden servir de criterios o antecedentes judiciales o jurisprudenciales que el ejecutivo y el legislativo podrán tomar como referentes en casos de condiciones similares o finalidades en los que tenga que formular política pública. Así como AJA lo indica, los antecedentes judiciales pueden servir para el legislativo y parlamento, en este evento, podrán servir para el ejecutivo igualmente.

Sin embargo, existen problemas o críticas que se presentan, a la legitimidad del hecho que los jueces puedan pronunciarse sobre la formulación de políticas públicas, pues autores como por ejemplo PADIOLEAU<sup>466</sup> indica que el problema público, es un conjunto de problemas percibidos que demandan un debate público y la intervención de autoridades políticas legítimas. Por su parte, CASAR<sup>467</sup> refiere que la concentración exclusiva en las reformas a los poderes formales sin ocuparse de los poderes reales, no es adecuado *“Los proponentes de una reforma política entendida como una transformación del marco institucional que rige las formas de acceso al poder y la estructura de gobierno, pasan por alto que la política y las políticas no se reducen a las instituciones formales. En particular, hacen caso omiso de los actores que influyen de manera determinante en la toma de decisiones públicas y que tienen poder de veto sobre ellas al margen de las instituciones políticas”*.

Con lo cual, los cambios o adaptación de funciones que deben tener las instituciones llevan a *arreglos institucionales* y de esta forma, en el cambio de *diseños institucionales*, se observa que los poderes o parte influyentes no corresponden propiamente solamente

---

<sup>466</sup> PADIOLEAU. Ídem.

<sup>467</sup> CASAR, Ma. Amparo. Los arreglos institucionales y la funcionalidad de la democracia.2012

a las formales sino que se presentan por el concurso de otras instancias o poderes no reconocidos oficialmente. Esto llega a explicar eventos, como en este caso, sobre la injerencia de los jueces en la formulación de las políticas públicas y abre el debate a posible reformulación de las estructuras.

## 5. Sobre la Teoría de la Agencia

El juez fiscal tiende a ser prudente en sus decisiones para no incurrir en prevaricato, o nulidades, esta sería una explicación de su comportamiento conservador en las decisiones de fallos que no cuenten con un margen amplio y detallado de precedentes judiciales sobre la misma materia (vgr. casos gestión antieconómica). Aunque sería igualmente deseable tanto como para el principal como para el agente, que se presentaran fallos que maximizaran la eficiencia del uso de los recursos, como en los casos en los que se falle al respecto de gestión económica que es uno de los ámbitos que no ha sido tan abordado por el juez fiscal por su aversión al riesgo, y dado que no está lo suficientemente reglado este aspecto, el agente tiende a guardar un comportamiento conservador y contrario al riesgo.

En este sentido, es relevante el pronunciamiento oportuno que pueda hacer el ente de control sobre los actos que pueden generar gestión antieconómica al Estado, si bien la figura de control o función de advertencia con la que contó la Contraloría General de la República fue vista por la Corte constitucional como una medida de coadministración<sup>468</sup> y

---

<sup>468</sup> OEA. Organización de Estados Americanos. Respuesta del Estado Colombiano al Cuestionario en Relación Con La Disposición De La Convención Interamericana Contra La Corrupción Seleccionada Para Ser Analizada En La Cuarta Ronda Y Para El Seguimiento De Las Recomendaciones Formuladas En La Primera Ronda. La contraloría general de la republica manifiesta que *Entre el 1 de septiembre de 2010 y el 9 de agosto de 2011, la Contraloría emitió 158 funciones de advertencia por un valor \$724.354 millones en temas relacionados con la contratación de obras, multifiliaciones y afiliaciones irregulares al régimen subsidiado de salud, impacto ambiental, construcción de vivienda de interés social, gestión tributaria y cobro de cartera entre otros*<sup>72</sup>. *Igualmente entre el 1 de agosto de 2011 y el 13 de junio de 2012, se formularon y comunicaron 163 funciones de advertencias que alcanzaron un valor de \$1.517.589 millones, distribuidas de la siguiente manera: En los sujetos de control sectorizados en la Contraloría Delegada para el sector Agropecuario se presentaron 9 funciones de advertencia por valor de \$138.959 millones representando un 5.5% y 9.2%, respectivamente, del número y valor total.*

en tal medida se declaró inexecutable, debe buscarse la concurrencia con otros órganos de control que si pueden realizar función preventiva, como es el caso de la Procuraduría General de la Nación, con el propósito de brindar oportunamente los insumos correspondientes y que se advierta oficialmente sobre este tipo de medidas antieconómicas a la administración.

De otra parte, como se ha comentado, y precisamente ligado a la necesidad de la evolución de las instituciones, el diseño institucional hablando en el sentido de cambio y mejora, como el que ha tomado en el comportamiento y asuntos de conocimiento de las Altas Cortes presenta la necesidad de tecnificar y afianzar el conocimiento en estas instancias en el conocimiento de políticas públicas. Con lo cual, este criterio evolutivo debiera llevarse al juez fiscal, dado que a través del hallazgo jurídico creador, puede generar argumentos que le permitan generar doctrina y jurisprudencia en el concepto de gestión antieconómica y de esta maximizar la tendencia y criterio de los fallos en beneficio del interés público y bienestar general en el manejo de los recursos del Estado<sup>469</sup>.

Colombia, por tercer año consecutivo recibió una baja calificación en el Índice de Percepción de Corrupción que publica anualmente Transparencia Internacional, con una calificación de 37 sobre 100, el informe de 2016 muestra al sector público entre aquellos percibidos como proclives a las prácticas corruptas, si bien la Contraloría General cuenta con una calificación de 80, este informe deja entrever que la labor de fiscalización es fundamental a la hora de mejorar la corrupción en el país.

---

<sup>469</sup> La estabilidad institucional cuenta con rigidez. Existen referencias internacionales como la GAO que es el ente de fiscalización de Estados Unidos que puede al analizar programas y políticas de manera concomitante o en el momento de su formulación, lo cual permite prevenir el daño, es decir, este órgano de control además de analizar la ejecución del presupuesto y la gestión del gasto, puede alertar para prevenir la ocurrencia del daño. Colombia cuenta con un elemento relevante de rigidez institucional pues de hecho tendría que cambiarse mediante acto legislativo la potestad de la contraloría para realizar control previo como antes lo tenía, sin embargo esto fue el resultado de un cambio histórico del que no se observan hasta el momento ánimos de retroceso al respecto. Por lo cual, debe hacerse uso de las estrategias que ha estado el estado de manera integral para realizar función preventiva.

Como se ha mencionado, el riesgo de la imposibilidad del recaudo, pues como se observó las pólizas de seguros que cobijan la responsabilidad en el manejo de recursos no alcanzan a cubrir buena parte de los procesos de responsabilidad en Colombia, el riesgo de la prescripción al que se ve sujeta el proceso, así como, el conflicto de intereses que puede llegar a presentarse en donde el juez fiscal no siga los intereses de la agencia sino los personales buscando mediante conductas oportunistas obtener ventajas de esta labor de representación, podrían llegar a pensar que este tipo de trámites o procesos pudiera concederse a un tercero mediante una figura de arbitraje u otras afines, no obstante la naturaleza del proceso al tener un fin económico no deja de ser permeado por cualquier finalidad o intención oportunista, tal vez podría mejorarse el trámite o efectividad del cumplimiento más celero de los términos procesales pero tendría que contarse con elementos muy estratégicos de control de la gestión del agente y de la información con la que este cuenta para no correr el riesgo de medidas oportunistas por su parte y evitar asimetrías esta información.

De esta forma, la presente tesis ha abordado aspectos relevantes para el análisis de la responsabilidad y daño fiscal que puede ser objeto de mejora regulatoria, relativos a la naturaleza y determinación del agente generador del daño, el alcance y ámbito de jurisdicción de los eventos generadores del daño, el grado de culpabilidad y las falencias institucionales, y de esta forma la posibilidad de arreglos institucionales que pudieran llevar a esta mejora, todo esto, en beneficio de la adecuada gestión de los recursos públicos del Estado y de la accountability, o rendición de cuentas esta gestión, a las partes interesadas.

## BIBLIOGRAFIA

**ACKERMAN**, Susan Rose. LA CORRUPCION Y LOS GOBIERNOS, CAUSAS CONSECUENCIAS Y REFORMAS, MADRID SIGLO xxi de España editores.2001

**AGUILAR**. PROBLEMAS PUBLICOS Y AGENDA DE GOBIERNO. México. Miguel Ángel Purruá grupo editorial. 1993

**AGUILAR**. El estudio de las políticas públicas. México. Miguel Ángel Purrua. Grupo Editorial 2009

**AHUMADA RAMOS**, Francisco Javier de “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas : elementos estructurales”. Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi, D.L. 2004 587 p.

**ALBERT**, Some epistemological aspects of cost-benefit análisis. George Washigton law review. 1977

**ÁLVAREZ GARCÍA, S. Y D. CANTERO Prieto (2004)**, “Disciplina fiscal, transparencia y visibilidad de las políticas de ingresos y gastos públicos”, Hacienda Pública Española. Monografías 2004. Estabilidad Presupuestaria y Transparencia, 99-126.

**ÁLVAREZ MARTÍN**, Juan Antonio. “La responsabilidad en la gestión de los fondos públicos : la doctrina del Tribunal de Cuentas y Supremo”. Barcelona: Editorial Bayer Hnos., 2006 1005 p.

**ALVIRA, GARCIA FERRANDO E IBAÑEZ**. El análisis de la realidad social, métodos técnicas de investigación Madrid. Alianza editorial. 1986.

**ARQUILLO COLET**, Begoña “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”, *InDret 1/2004*

**ARROW**. Social choice and individual values. Yale university. 1951.

**BALEY**. Methods of social research . New York the free press. 1982.

**BAUMGARTNER Y JONES**. Agendas and instability in american politics Chicago. University Chicago press. 1993

**BAÑÓN MARTÍNEZ**, Rafael. La evaluación de la acción y de las políticas públicas. Ediciones Díaz de Santos.2002.pag 126

**BARCELONA LLOP**, Javier. (2000), “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*.

**BAREA, j. (2004)**, “la necesidad de transparencia en la gestión pública”, i congreso nacional de auditoría en el sector público, toledo, 21 abril 2004.

**BELADIEZ ROJO**, Margarita. **“Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos”** Madrid : Tecnos, D.L. 1997  
273 p

**BIDART CAMPOS**, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, BuenosAires, Ediar, 2000, II-A, p. 809). 30 Fallos 332:640 (2009).

**BLASCO ESTEVE** Avelino. (1993) “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, con Juan Alfonso Santamaría Pastor y otros, Carperi, Madrid.

**CEPAL**, Nivel intermedio del arreglo institucional para Latinoamérica. 1998

**CLEMONS Y MACBETH**. Public policy praxis. Teory and pragmatism, a case approach. NEW JERSEY. UPPER SADDLE RIVER

**COHEN –MARCH**, A garbage can model of organizational choice administrative sciend quarterly vol 17 pp 25

**CRUZ CASTRO FERNANDEZ**, La Investigación y Persecución de la Corrupción. BUENOS AIRES 1991.

**CASANA MERINO, Fernando**, **“La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran”**. Madrid : Instituto de Estudios Fiscales, 2005 151 p.

**COASE**, R. 1937. «The nature of the firm». En: *Económica*, 4 (16), pp. 386-405. COLES, J., MCWILLIAMS, V., y SEN, N. 2001. «An examination of the relationship of governance mechanisms to performance». En: *Journal of Management*, 27, pp. 23-50.



**CORONA MARTÍN**, Rafael María. “la Responsabilidad Contable de los Gestores de los Fondos Públicos” en **IGAE**. Análisis. La reforma de la contabilidad española. El nuevo Plan General de Contabilidad Presente y futuro de la política de cohesión.2008

**CORTELL GINER, R.P.:** “Supuestos de responsabilidad contable” en *Auditoría Pública* nº 50 (2010), pág. 49

**CUBILLO RODRÍGUEZ, C.:** *La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas*. Editorial Comares. Pág. 154.

**CASAR**, Ma. Amparo. Los arreglos institucionales y la funcionalidad de la democracia.2012

**CASINO RUBIO**, Miguel. (1999), “El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Documentación Administrativa*.

**COLOQUIO HISPANO-LUSO** de Derecho Administrativo. **La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos** Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo (3o. 1997. Valladolid, España) Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999 551 p.

**CUBILLO RODRÍGUEZ**, Carlos . “**La jurisdicción del Tribunal de Cuentas**”. Granada : Comares, 1999. 323 p

**DE LA VALLINA VELARDE**, José Luis (1997), “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 274-275, pp. 331 y ss.

**DÍAZ ECHEGARA Y CIZUR MENOR**, José Luis. **Los deberes y la responsabilidad civil de los auditores de cuentas : adaptado a la Ley 16/2007, de** : Thomson-Aranzadi, 2007 474 p.

**DÍEZ SÁNCHEZ**, Juan José (2007), “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid.

**DOMENECH**, Pascual, G., *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio*, Indret, Barcelona 2008.

**DUBOST.** El trabajo de campo. Tomado de internet pdf

**DROR** Prolegomenos para las ciencias políticas: En Aguilar el estudio de las ciencias políticas. México. Miguel Ángel Porrua. 1971 2000

**EISENHARDT, K.** 1988. «Agency and institutional explanations of compensation in retail sales». En: *Academy of Management Journal*, 31, pp. 488-511. 1989. «Agency theory: An assessment and review». En: *Academy of Management Review*, 14, 57-74.

**ESCALANTE GONZALBE, Fernando.** La corrupción política apuntes para un modelo teórico. 1989, pg 328-345.

**FAMA, E.** 1980. «Agency problems and the theory of the firm». En: *Journal of Political Economy*, 88, pp. 288-307., y **LENSEN, M.** 1983. «Separation of ownership and control». En: *Journal of Law and Economics*, 26, pp. 301-325.

**FONTRODONA, J., y SISON, A. J. G.** 2006. «The nature of the firm, agency theory and shareholder theory: a critique from philosophical anthropology». En: *Journal of Business Ethics*, 66 (1), pp. 33-42.

**HARRIS, M., y RAVIV, A.** 1979. «Optimal incentive contracts with imperfect information». En: *Journal of Economic Theory*, 20, pp. 231-259. **HOLMSTRÖM, B., y ROBERTS, J.** 1998. «The boundaries of the firm revisited». En: *Journal of Economic Perspectives*, 12 (4), pp. 73-94.

**HOWLETT, RAMESH Y PERL.** Studying public policy. Toronto Oxford University press. 2008

**HECLO.** Issue networks in the executive establishment. 1995

**HERNÁNDEZ CORCHETE** Juan Antonio (1999), "Artículo 145", en *La reforma del procedimiento administrativo*, coord. José Luis Piñar Mañas, Dykinson, Madrid, pp. 393 y ss.

**HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS,** Juan Manuel (2004), "La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas", *InDret*, 4/2004 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

**HIERRO,** Liborio (2003), *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona.

**HUERGO LORA,** Alejandro. (2003), "El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas", *InDret* 3/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

**FONDO MONETARIO INTERNACIONAL.** Manual de transparencia fiscal. Departamento

de Finanzas Públicas.2001.

**IBAÑEZ, Andrés.** Corrupción necesidades, posibilidades y límites de la respuesta judicial, poder derecho y corrupción. Pág 197.

**FUENTES GARCIA-MONTORO:** «Pretensión, alcance y responsabilidades en los Procedimientos jurídicos del Tribunal de Cuentas», en *Tribunal de Cuentas — Seminarios, 1984*. Servicio de Estudios del Tribunal de Cuentas, 1985.

**GARCÍA DE ENTERRÍA,** Eduardo y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,** Tomás Ramón (1993), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 4ª ed., t. II--- (2005), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 10ª ed., t. II.

**GÓMEZ POMAR,** Fernando y **ARQUILLO COLET,** Begoña (2000), “Daños dolosos y seguro”, *InDret 3/2000* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

**GONZÁLEZ PÉREZ,** Jesús (2006), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid.

**GONZÁLEZ PÉREZ** Jesús y **GONZÁLEZ NAVARRO** Francisco (1994), *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid.

**GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA** José Luis (1962), “Funciones públicas y acciones de responsabilidad civil”, *Revista de Administración Pública*, 39, pp. 187 y ss.

**GUASP, Jaime** *Derecho procesal civil*. Cuadernos Cívitas Madrid, 1968. y del mismo autor, “La pretensión procesal.” 1981.

**KLITGARD,** Robert. Estrategias a nivel nacional e internacional para reducir la corrupción. Pena y estado revista latinoamericana de política criminal buenos aires.1995.pa 247.

**KLITGARD,** Robert. Controlando la corrupción. La paz Bolivia. Fundación. Hanns siedel.1992.

**GALÁN SÁNCHEZ, R.M.:** *El enjuiciamiento contable. El control de la gestión de fondos públicos por el Tribunal de Cuentas*, ob. cit., pág. 90.

**JENSEN, M., y MECKLING, W.** 1976. «Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure». En: *Journal of Financial Economics*, 3, pp. 305-360.

**JOSKOW, P.** 1985. «Vertical integration and long term contracts: the case of coal burning electric generating plants». En: *Journal of Law, Economics and Organization*, 33, pp. 32-80.

**J.M. REYES MONTERREAL:** «Aspecto jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», en *I de Cuentas de España*, op. cit., vol. II, págs. 1239 y ss.

**MARCOS MATIAS**, Fernando Pablo, **RIVERO**, Ricardo y **CALVO SANCHEZ**, María Dolores. *Instituciones de procedimiento administrativo común*.2016. Ediciones Juruá.

**J.L. MONZO TORRES**, «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las actuaciones instructoras en el procedimiento de reintegro por en *Actualidad Administrativa*, núms. 24 y 25 de 1990, págs. 263 y ss., 1990.

**KLEIN, B., CRAWFORD, R., y ALCHIAN, A.** 1978. «Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process». En: *Journal of Law and Economics*, 21, pp. 297-326.

**MEDINA GUIJARRO, J., Y PAJARES GIMÉNEZ, J.A.,** “Comentario general sobre la jurisprudencia contable”, en *Revista española de derecho financiero* nº. 93, págs. 110 y ss.

**MASTEN, S.** 1993. «Transaction costs, mistakes and performance: assessing the importance of governance». En: *Managerial and Decision Economics*, 14, pp. 119-129.

**LAPORTA**, Francisco. *La corrupción política introducción general*. Álvarez Silvina. La corrupción política. Alianza Madrid 1997 pag 24

**LASSWELL.** 1971 a preview of policy sciences new york american elsevier publishing company

**LIPSEY Y LANCASTER** The General Theory or second best” the review of economic studies. 1957

**LOPEZ PRESA**, *Corrupción y Cambio*. Fondo De Cultura Economica.1998. PA 375.

**LEGUINA VILLA**, Jesús (1993), “La responsabilidad patrimonial de la Administración y de sus autoridades y personal a su servicio”, en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirs. Jesús Leguina Villa/Miguel Sánchez Morón, Tecnos, Madrid.

**LUQUE TORRES**, Gracia (1997), "Notas sobre la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos", *Actualidad Civil* 4/1997, pp. 1015-1029.

**MALEM**, Jorge, Financiamiento, corrupción y gobierno. Fondo de Cultura Económica 2003.

**MALEM SEÑA**, Jorge. Globalización comercio internacional y corrupción.

**MELTSNER**, Rediscovery institutions the organizational basis of politics new york, free press. 1976

**NIETO**, Alejandro. Corrupción en la España democrática. Barcelona. Ariel 1997 pág 90

**MANHEIM Y RICH**. Investigación por encuesta. Análisis político empírico. Métodos de investigación en ciencia política, Madrid España. Alianza.1988

**MULLER** p 2006. L'analyse des politiques publiques paris 1998

**MARTÍN REBOLLO**, Luis (2001), "La acción de responsabilidad contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)", *Derecho y Salud*, 9-1, pp. 9 y ss.

**MARTÍNEZ NOVELLA**, Susana (2002), "La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios", *Cuadernos de Derecho Local*, 0, pp. 75 y ss.

**MORCILLO MORENO**, Juana. Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales.

**MEDINA GUIJARRO** y J.A. PAJARES GIMÉNEZ: «Novedades de la Ley de Función jurisdiccional (Jurisdicción y responsabilidad contable)», ponencia presentada en la Asociación de los Cuerpos' Superiores de letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas, julio 1991.

**MENDIZABAL ALLENDE**: «La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas de España»Págs. 63 y ss., Instituto de Estudios Fiscales, 1982.

**MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA**, J. I. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid núm. 24, enero 2003

**MEDINA GUIJARRO**, Javier. Código del Tribunal de Cuentas / edición preparada por, coordinador, (Navarra): Thomson Aranzadi, 2008 948 p.

**MIR PUIGPELAT** (2002), Oriol. “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, pp. 1023-1058 (2006), “Sin opción”, *InDret* 3/2006 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

**MONASTERIO ESCUDERO, C. y R. FERNÁNDEZ LLERA (2004)**, “El principio de transparencia en la normativa de estabilidad presupuestaria”, Hacienda Pública Española. Monografías 2004. Estabilidad Presupuestaria y Transparencia, 127-150.

**NAVARRO MUNUERA**, Andrés E. (1994), “La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en *Administración pública y procedimiento administrativo*, coord. Joaquín Tornos Mas, Bosch, Barcelona.

**NAVAS VÁZQUEZ, R.:** “Nueva aproximación a la jurisdicción contable” en *Auditoría Pública* nº 40 (2006), pág. 37.

**OEA. CUARTA RONDA.** Respuesta Estado Colombiano al Seguimiento de los Compromisos en materia de Corrupción

**OCDE**, Recomendaciones en política pública para América Latina. 2011

**ONRUBIA, J. (2005)**, “Exigencias organizativas para una gestión pública eficiente”, *Economistas*, nº 105, 2005, 20-28.

**ODONELL GUILLERMO**, COUNTERPOINT.P 164 SELECTEC ESSAYS AUTORITARIANISM AND DEMOCRATIZATION. PAG 124

**ORDOÑEZ MATAMOROS**, manual de análisis y diseño de políticas pblicas. Universidad 0065ternado de ecolumbia 2013

**PEDRAJA, F. y J. Salinas (2005)**, “¿Es posible medir la eficiencia de los servicios públicos?”, *Economistas*, nº 105, 2005, 86-93.

**PÉREZ PÉREZ, J.A. (2005)**, “La evaluación de las políticas públicas de gasto en el ámbito de la Intervención General de la Administración del Estado”, *Revista Española de Control Externo*, nº 20, mayo 2005, 21-33.

**PÉREZ DE AYALA BECERRIL, LUIS.** La responsabilidad de empleados públicos y cargos políticos por deudas del Sector Público.

**PACHECO CAÑETE, Matilde.** Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores / Madrid : Consejo Económico y Social,

2000 422

**PARADA VÁZQUEZ, Ramón** (1993), *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid.

**PEÑA LÓPEZ, Fernando** (2005) “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, *Práctica de Derecho de Daños*, 30, pp. 5 y ss. (versión electrónica: LA LEY 4414/2005).

**PERUZZOTTI ENRUQUE, SMULOVITZ CATALINA.** ACCOUNTABILITY SOCIAL, LA OTRA CARA DEL CONTROL.CONTROLANDO LA POLITICA BUENOS AIRES TEMAS2002.

**PETERS GUY.**EL NUEVO INSTITUCIONALISMO, LA TEORIA INSTITUCIONAL EN CIENCIA POLITICA. BARCELONA. GEDISSA 1999.

**POPPO, L., y ZENGER, T.** 1998. «Testing alternative theories of the firm: transaction cost, knowledge based, and measurement explanations for make or buy decisions in information services». En: *Strategic Management Journal*, 19, pp. 853-877. ROSS, S. 1973. «The economic theory of agency: the principal's problem». En: *American Economic Review*, 63, pp. 134-139. GUTIERREZ GARCIA, María Concepción “La responsabilidad contable de los gestores de los fondos públicos”

**RESHER, Induction.** University Pittsburg. 1980

**RODRIGUEZ PONCE, Álvaro y Alberto Bustamante, Gonzalo.**“El Control Externo en materia de Subvenciones Públicas en un contexto de Gobernanza”. Tribunal de Cuentas de la Provincia de Córdoba.

**RIVERO YSERN, Enrique** (1973), “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”, *REVL*, 177, , pp. 1 y ss.

**ROCA I TRÍAS, Encarnación** (1998), “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 51-1, pp. 7-40.

**ROSSI, Adriano.** “Revisione contabile e certificazione obbligatoria” Milano A. Giuffrè, 1985 XII, 303 p ; 25 cm

**ROSIÑOL I VIDAL, C.:** *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, Monografías Civitas (1994), pág. 48.

**ROTH.** *Perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas de la razón ciencia al arte retórico.* (2008).

**ROTH.** *Políticas Públicas formulación, implementación y evaluación.* BOGOTA EDICIONES AURORA. 2004.

**ROTHES y CONTINUUN.** *La construction de sens dans les politiques publiques débats autor de la notion de referential.* París l'harmattan

**SANTO BAIZ .** *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981.

**SESMA SÁNCHEZ, B.:** *Las subvenciones y su control en el ordenamiento español*, Sindicatura de Comptes (1996), pág. 39.

**Sala Sánchez, P.:** "Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España", en *Revista española de derecho administrativo*, nº 39 (1983), pág. 534.

**SALA SÁNCHEZ,** Pascual. Tribunal Constitucional. *La responsabilidad contable en la nueva Ley general presupuestaria.*2007.

**SALA SÁNCHEZ:** «Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, J 515 y ss., 1983.

**SÁNCHEZ REVENGA, J. (2005),** "El presupuesto por programas en España" *Economistas*, nº 105, 2005, 29-37.

**Schick, Allen, (2002),** "Les Parlements nationaux peuvent-ils retrouver un rôle effectif dans la politique budgétaire?", *Revue de L'OCDE sur la gestion budgétaire*, Volume 1, nº 3, 2002.

**SALA SÁNCHEZ, Pascual.** "El Tribunal de Cuentas : fiscalización y enjuiciamiento" Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 2003.178 p



**SALA SÁNCHEZ, Pascual.** “La jurisdicción contable: las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva ley orgánica del Tribunal de Cuentas de España”

Madrid: Tribunal de Cuentas, Servicio de Publicaciones, D.L. 1984

**SALA SÁNCHEZ:** “Nuevos aspectos de la jurisdicción contable en el Tribunal de Cuentas: en *El Tribunal de Cuentas, Ayer y Hoy*, págs. 41 y ss., Servicio de Publicaciones del Tribunal de Cuentas, 1987.

**SOLA FERNANDEZ,** «Aproximación al estudio de la compatibilidad entre la jurisdicción Contable y la Jurisdicción penal», en *Crónica 1987*, págs. 141 y ss., Asociación de Censores Letrados y entables y Servicio de Estudios del Tribunal de Cuentas, 1988.)

**SHELANSKI, H., y KLEIN, P.** 1995. «Empirical research in transaction cost economics: a review and assessment». En: *Journal of Law, Economics and Organization*, 11 (2), pp. 335-361.

**SHEPARD, A.** 1993. «Contractual form, retail price, and asset characteristics». En: *Rand Journal of Economics*, 24, pp. 58-77. **SLADE, M.** 1996. «Multitask agency and contract choice: an empirical assessment». En: *International Economic Review*, 37, pp. 465-86.

**SHEPARD.** Problema público. Diccionario de políticas públicas. Universidad Externado de Colombia 345-366. 2009

**SABATIER** pa. Theories of the policy process westview press. Boulder . 1999.

**TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA** .Responsabilidad y transparencia en las ayudas públicas y subvenciones.

**Tórtola, Ana Pérez.** “rendición de cuentas y la responsabilidad contable” V JORNADAS EUROSAL-OLACEFS LISBOA, MAYO 2007

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO.** “Función Jurídica de Control de la Administración Pública”. México.

**VACAS GARCIA. Luis.** “Prioridad de la jurisdicción contable sobre la penal en la determinación de la responsabilidad civil nacida de los delitos”.

**VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis.** “El Tribunal de Cuentas : fiscalización y enjuiciamiento” **Concep.** Madrid : Consejo General del Poder Judicial, Centro

de Documentación Judicial, D.L. 2006 271 p.

**VISCASILLAS**, Eduardo. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública”. Madrid.

**VACAS-GARCIA ALOS**, Luis. Fiscalización del Tribunal de Cuentas y su dimensión constitucional.

**VILLANUEVA RODRÍGUEZ, Ulpiano L.** Notas sobre la responsabilidad contable. Revista Auditoría y gestión de los fondos públicos Auditoría Pública nº 55 (2011), pp. 11 - 27

**VACAS GARCÍA-ALÓS, L.:** *La responsabilidad contable de los gestores públicos y de los perceptores de subvenciones en la jurisprudencia*, ob. cit., págs. 68 y 69. *El enjuiciamiento contable. El control de la gestión de fondos públicos por el Tribunal de Cuentas*, ob. cit., pág. 80

**WILLIAMS** tr. A critique of the assumptions of survey research, public opinion quarterly. Spring 55-62. 1976

**WILLIAMSON**, O. 1979. «Transaction-cost economics: the governance of contractual relations». En: Journal of Law and Economics, 22, pp. 233-261.

**WILLIAMSON**, O. 1985. The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting. New York, Macmillan Publishers. \_\_\_\_\_. 1988. «The logic of economic organization». En: Journal of Law, Economics and Organization, 4, pp. 65-93. \_\_\_\_\_. 1991. «Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives». En: Administrative Science Quarterly, 36, pp. 269-296.

### **Jurisprudencia**

Sentencias corte constitucional Colombia-Control y Responsabilidad Fiscal

Sentencias Tribunal Cuentas de España,

entre otras:

SSJTCude 10 de julio de 1987.

SSJTCu de 29 de septiembre de 1999.

SSJTCu de 21 de octubre de 1994.

SSJTCu de 24 de abril de 2007 y de 13 de octubre de 2008.

SSJTCu de 17 de noviembre de 2001.

SJTCu de 25 de febrero de 1993, de 15 de diciembre de 1994 y de 14 de febrero de 1997.