



MEMORANDO

110.047.2002

Para: Carlos Botero Borda
DIRECTOR DE RESPONSABILIDAD FISCAL y
JURISDICCION COACTIVA

De: Juan Fernando Romero Tobón
DIRECTOR DE LA OFICINA JURIDICA

REF: Momento del daño- Caducidad de la acción fiscal- trámite
del grado de consulta.

NUR: 212-3-12605

Fecha: 4 de diciembre de 2002

Esta oficina ha recibido su consulta del epígrafe relacionada con varios tópicos del proceso de responsabilidad fiscal. Con el propósito de absolver los tres interrogantes en ella contenidos, me permito efectuar el siguiente análisis:

1. LA CONSULTA

Mediante oficio de 26 de noviembre de los corrientes, somete a consideración de la Oficina Jurídica los temas que a continuación se exponen:

- 1.1. En primer término, inquiera acerca de la contabilización del término de caducidad contemplado en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000 cuando el daño proviene del no pago oportuno de un tributo.

Indica que la pregunta tiene asidero en que algunas posiciones estiman, en materia de impuestos, que el daño patrimonial se produce en el momento mismo en que ha debido ocurrir el pago. Por el contrario, otras tesis, entre las que se encuentra la de esa dirección, sostienen que el mismo sólo se produce el día del pago efectivo. Esta última se fundamenta en la distinción que existe entre el "hecho generador de la obligación tributaria con el hecho generador del daño al patrimonio público".

- 1.2. En segundo lugar, plantea un interrogante en torno a la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal. Atendiendo a que la apertura

24 recibí
Juan Fernando Romero Tobón
5/12/02
concepto 110.047.2002

del proceso "suspende" la caducidad de la acción, no está claro si la misma "opera respecto de los hechos (criterio objetivo) o, si por el contrario, la operación (*sic*) se predica respecto de las personas que incurrieron en esos hechos (criterio subjetivo)." La relevancia de la pregunta estriba en determinar si la presencia de un nuevo vinculado genera una contabilización de términos de caducidad aparte o si, por el contrario, la apertura del mismo ha producido la aludida suspensión, aún para quien se vincula ulteriormente. La Dirección no sugiere, en este caso, una tesis.

- 1.3. Finalmente, se pregunta si el trámite del grado de consulta estaría vulnerando normas constitucionales y legales, para el caso las relacionadas con la revocatoria directa. La solución que parece surgir de su escrito sería la de surtir dicho trámite sin notificarlo.

2. CONSIDERACIONES

Con antelación a dar respuesta a las preguntas formuladas, se estima necesario analizar ciertos aspectos del proceso de responsabilidad en los términos en que quedó regulado en la Ley 610 de 2000. Lo anterior atendiendo a que fue un propósito expreso caracterizarlo de forma exhaustiva tal y como corresponde a una responsabilidad que es "autónoma e independiente" (párrafo 1° del art. 4°)¹, en manifiesta oposición a la regulación anterior (arts. 72 a 89 de la Ley 42 de 1993). Esta última, tal vez por tratarse de una norma que aglutinó varios temas concernientes a la vigilancia de la gestión fiscal, fue lacónica. Ello originó una serie de dudas en torno a su procedimiento, entre las que cabe destacarse la intervención del investigado, los recursos y notificaciones, el grado de consulta y la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal.

De este modo, aunque la jurisprudencia efectuó una interpretación sistemática del alcance de tales normas y, con tal fin las barnizó utilizando una serie de remisiones, el legislador consideró oportuno aplicarse a la tarea de expedir un régimen más completo. La regulación acudió al esquema previsto para aquellos procedimientos sancionatorios -lo que no inhibe que subsistan remisiones e institutos de otros procedimientos- con la pretensión de consolidar la responsabilidad fiscal y apuntar una identidad propia, coherente con el propósito resarcitorio que la impulsa dentro de un respecto pleno de las garantías procesales.

¹ En la sent. C-832 de 8 de octubre de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, se insiste en dicha caracterización.

La ley en comento se estructuró siguiendo las directrices que, en su momento, impartió la Corte Constitucional, especialmente los fallos C-046 de 1994, SU-620 de 1996, C-540 de 1997². En uno de ellos (SU-620 de 1996) se caracterizó el proceso de responsabilidad fiscal de la siguiente manera:

El proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo su naturaleza jurídica y los objetivos que persigue, presenta las siguientes características:

- 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.

Dicha 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.).

- c) Dicha 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

² CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Informe de ponencia a la sesión plenaria del Senado, para segundo debate al proyecto de ley número 162 de 1999 Senado y 25 de 1998 de Cámara. Gaceta del Congreso 9 de junio de 2000. No. 197.

resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94³.

- d) En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las 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. (Subraya la Corte).⁴

Recopilando la caracterización efectuada por la Corte Constitucional en el fallo transcrito, se advierte que el proceso de responsabilidad fiscal es un proceso de naturaleza administrativa. En consecuencia, la responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es patrimonial y su finalidad es

³ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-540 de 23 de octubre de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

exclusivamente resarcitoria⁵. Finalmente, y en tanto proceso, se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso. Es factible presentar dicho cambio legislativo y su correspondencia con tales pronunciamientos, en los siguientes términos:

- La determinación de unos principios y postulados generales. Entre ellos está, precisamente, la definición del proceso de responsabilidad fiscal como un conjunto de actuaciones administrativas (art. 1º) con el propósito de resarcir integralmente al Estado, tal y como aparece en los artículos 4º y 7º, por conductas contrarias a una debida gestión fiscal. También alude a los elementos de la responsabilidad fiscal (art. 5º), entre los que se encuentra la definición de daño (arts. 6 y 7º). Obviamente, la responsabilidad fiscal, en su carácter de juicio, implica el respeto de una serie de garantías procesales (art. 2º), que la ley denomina como principios orientadores de la acción fiscal. Especial interés tuvo el término de caducidad pues, la Ley 42 de 1993 no lo señalaba (art. 9º) así como ciertas disposiciones propias al devenir procesal (arts. 10 a 21). Dentro de estas normas se regula lo concerniente a la unidad procesal (art. 14), la acumulación de procesos (art. 15) y el grado de consulta (art. 18).
- No obstante, el Título II concreta ese carácter cuando enmarca el proceso de responsabilidad dentro de la serie de postulados procesales como son la necesidad de prueba, los impedimentos y recusaciones y las nulidades. En los artículos 39 a 59 se describe el proceso de responsabilidad, partiendo de la indagación preliminar (que sin embargo no aparece como etapa procesal), la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, los requisitos de dicho auto, la imputación de la responsabilidad fiscal y el fallo. Adopta, así, una estructura muy similar a la prevista para el proceso disciplinario.
- En el Título III se regula lo concerniente a las consecuencias que se derivan de la declaración de responsabilidad fiscal, especialmente, el mérito ejecutivo de la decisión que la declara.
- Por último, el Título IV incorpora una serie de disposiciones finales relativas a la derogatoria, vigencia, la aplicación extensiva de estas

⁵ Recientemente se pueden consultar las sents. C-619 de 8 de agosto de 2002, M.M.P.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil y C-832 de 8 de octubre de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

disposiciones a la Auditoría General de la República, el tránsito de legislación y la remisión normativa, entre otras.

No obstante lo anterior, es preciso indicar que ese afán exhaustivo de la ley ha producido inconsistencias y vacíos⁶ que no obvian la labor de interpretación que está en cabeza del aplicador jurídico, en este caso del servidor público de la Auditoría General de la Nación. Lo que sí parece producir agobio y moviliza en grado sumo la labor de conceptualización es la existencia de una hibridación que puede resultar contraproducente o generar, por lo menos, cierta aporía. El proceso se cataloga como administrativo resarcitorio, con múltiples elementos de patrimonialismo civil⁷. No obstante, la actividad procesal se despliega sobre la matriz de los procesos punitivos (administrativo sancionatorio o penal), produciendo una eventual fractura entre el objetivo perseguido y la forma para arribar a él⁸, por lo menos el silogismo que debe existir entre la estructura de un proceso y su objetivo. La gradación de las otras fuentes normativas remisorias (art. 66) pareciera organizar dicho espectro pero tampoco resulta evidente en muchos casos.

Así, si bien la ley tiene vocación de integralidad, ella, en cuanto ley de principios por medio de la cual se pretende determinar la responsabilidad fiscal debe ser leída sistemática y teleológicamente, lo cual implica esfuerzos de depuración normativa alrededor de los principios y postulados. Por su misma naturaleza, el enunciado general y abstracto de

⁶ Se puede traer a colación el tema de las medidas cautelares, regulado en los artículos 12 y 41 de la Ley 610. Es importante desatacar que varias de las normas de la misma (artículos 1º, 4, 6, 12 y 41) han sido cuestionadas constitucionalmente mediante el proceso D-3389. Entre los aspectos demandados está la expresión "con ocasión de" contenida en el artículo 1º. Como se indicó, ya existe el respectivo fallo bajo el número C-840 de 9 de agosto de 2001.

⁷ Cfr. el texto Ubicación de la Responsabilidad Fiscal, Antonio Thomas Arias, en SINDÉRESIS Revista de la Auditoría General de la República, número 5, Bogotá, D.C., marzo de 2002, (págs. 56-64).

⁸ Así se pone de presente en el texto La sociedad de los pacientes, Andrés Díaz Sáenz, en SINDÉRESIS Revista de la Auditoría General de la República, número 5, Bogotá, D.C., marzo de 2002, (págs. 65-75).

la ley ya impone al funcionario de control y al juez un esfuerzo de adecuación⁹, en el nivel de concreción que le es propio.

De acuerdo con lo planteado, es claro que las características del proceso de responsabilidad fiscal y el objetivo que se persigue con el mismo son el vértice a partir del cual es posible dar respuesta a cada uno de los interrogantes que se resumen de la siguiente forma: el momento del daño, la contabilización de la caducidad y el trámite de la consulta.

2.1. El momento del daño

Para esta dependencia ha sido claro que el no pago oportuno de tributos produce un daño y, por ende, constituye una conducta fiscalmente relevante. Así lo ha manifestado en las oportunidades en que tal pregunta se ha formulado¹⁰, alguna de ellas por la Dirección a su cargo. Doctrinariamente, por lo menos hasta donde se ha revisado, esta tesis se ha considerado acertada tal y como se lee en el siguiente texto:

Por lo tanto, en los eventos en que una entidad pública, por negligencia de sus funcionarios, se ve obligada a cancelar intereses moratorios a otra, existe responsabilidad fiscal por ese sobrecosto producido en el cumplimiento de la obligación.

Y si una entidad pública impone por causas similares una multa a otra, cuando se produzca la cancelación de la misma, sobreviene un daño patrimonial constitutivo de responsabilidad fiscal, cuando se trate de presupuestos independientes.¹¹

Cabe indicar que para la Contraloría General de la República tal situación no daría lugar a una persecución a nivel fiscal pues, no obstante ser de un típico acto de gestión fiscal, el Estado, *in genere*, no se ve afectado. Sin entrar a polemizar nuevamente sobre el tema, es del caso reiterar lo que

⁹ En relación con ciertos vacíos o lagunas en la Ley 610, *cfr.*, EL NUEVO CONTROL FISCAL, Lina María Higuera Rivera y Gerardo Domínguez, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín 2001.

¹⁰ Nos referimos a los conceptos de fecha 18 de septiembre de 2001, 19 de febrero y 19 de noviembre, los dos últimos de 2002.

¹¹ TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, Uriel Alberto Amaya Olaya. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002, pág. 164.

esta dependencia ha conceptualizado sobre el particular: el primer peldaño del análisis existe, vale decir, esa conducta genera un daño.

Surge, sin embargo, la pregunta en torno al momento en que debe considerarse la ocurrencia de dicho daño, aspecto trascendental, entre otras razones, para determinar la existencia o no del fenómeno de la caducidad. Sobre el particular, dos tesis son susceptibles de ser analizadas:

- a. Por un lado, aquélla que sostiene que la contabilización del término deberá iniciarse a partir del momento del incumplimiento de la obligación tributaria. Esta tesis encuentra soporte en aspectos propios de la organización del Estado y su repercusión en el andamiaje institucional, así:
 - i. Si uno de los aspectos que ha permitido sostener que el daño se produce como una bilateralidad, es decir, afecta a la entidad que debe percibir los recursos oportunamente, el sólo hecho del no pago estaría produciendo el hecho lesivo. Su cuantificación estaría supeditada a su efectiva ocurrencia. De modo que, desde esta perspectiva, aún si nunca se paga, ya existe una actuación fiscalmente reprobable. Estaríamos en la esfera de la mensurabilidad más de la ocurrencia del hecho dañoso pues, siguiendo este razonamiento, adquiere certeza el no pago.
 - ii. Adicionalmente, permite entender que aquél que paga por fuera del término no soporta, necesariamente, la carga del desgreño administrativo haciéndolo responsable por una conducta que estaba llamado a suplir, en ocasiones, otro funcionario. Preliminarmente, esta tesis estaría más cercana al garantismo del cual se ha hablado a espacio pues no castiga a quien realiza el acto de gestión fiscal que le corresponde.
 - iii. Adicionalmente, cabría reconocer que las obligaciones de pago son independientes y separables y su juzgamiento no podría obedecer a un solo hecho. En efecto, desde el punto de vista de la presupuestación, ésta registra obligaciones proyectadas en el tiempo.
 - iv. Por último, es preciso señalar que el daño también proviene de conductas omisivas, tal y como lo reconoce el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 610 de 2000. El no pago puede ser catalogado como una conducta de ese carácter, reprobable por sí

misma y, además y según queda visto, dañosa al patrimonio estatal.

- b. *A contrario sensu*, se ha formulado la tesis según la cual el daño sólo se concreta, adquiere certeza, en la fecha del pago. De ella podría derivarse otra teoría, que presenta esta Oficina, según la cual lo que se juzga inapropiado resulta ser el consecutivo de omisiones pero el reparo fiscal no involucra el pago en sí. La variante consistiría en tomar el pago como obligado referente de una serie de conductas omisivas que se sucedieron con antelación al mismo. Esta posición se encuentra fundamentada en los siguientes puntos axiales al proceso de responsabilidad fiscal y a la noción misma de detrimento, como son:
- i. Hasta la fecha del pago se produce la erogación y, por tanto, sólo entonces el erario se ve afectado por mermas, pérdidas o deterioros imputables a los responsables de la gestión fiscal (art. 6º). En efecto, el no pago, *per se*, no constituye detrimento para la entidad estatal obligada a su pago pues es factible que, en tanto obligación tributaria, nunca sea cancelada y que, adicionalmente, la entidad recaudadora omita su persecución al punto que se torne incobrable, por fenómenos como la caducidad y la prescripción. El pago no constituye, exclusivamente, un elemento de la mensurabilidad del daño.
 - ii. Como desarrollo de este criterio, debe advertirse que no es tarea propia del proceso de responsabilidad fiscal suplir las deficiencias de la administración tributaria. De no ser así, es factible que se inicie un proceso de responsabilidad fiscal sin que se materialice el daño.
 - iii. De lo que se desprende que, como es propio de la responsabilidad patrimonial, ésta no se predica del perjuicio eventual sino de la certeza de su ocurrencia. A pesar de que a partir del vencimiento del plazo para declarar se causan intereses de mora y/o sanciones, estos valores tan sólo se dejan de computar cuando se produce el pago o vence el plazo reconocido a la administración tributaria para la determinación oficial del impuesto, evento este último en el cual, ya no procedería exigir del sujeto responsable el pago de los valores causados y, por tanto, no podría hablarse de la configuración de un detrimento al no haberse producido el pago. Para que un

daño sea indemnizable se requiere que éste sea cierto, anormal, especial y cuantificable, con arreglo a su real magnitud.

En este sentido, se ha indicado:

[. . .] Aunque la doctrina francesa ha intentado varias divisiones posibles entre las dos calificaciones mencionadas, lo importante es saber que sólo se debe hablar de perjuicio cierto y perjuicio eventual. Las demás clasificaciones si bien interesan desde una perspectiva doctrinaria, no aportan nada verdaderamente nuevo al problema esencial a resolver: ¿qué es un perjuicio cierto para la jurisprudencia colombiana y para la francesa?

Para responder a la pregunta se debe, una vez más, confrontar la definición de certeza con la de eventualidad. Un salvamento de voto colombiano al fallo del 27 de marzo de 1990 enuncia, en efecto, que tanto "doctrinal como jurisprudencialmente ha sido suficiente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales es indispensable que el daño sea cierto; es decir que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia."¹²

[. . .] Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una fórmula bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio "aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual"¹³. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con

¹² Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, actor: Esther Bodmer vda. de Garavito, exp. S-021, tomo I de los Recursos de súplica de 1990, p. 140.

¹³ Consejo de Estado col. Sección Tercera, 4 de noviembre de 1975, C.P.: Dr. Portocarrero Mutis, ACE, T. LXXII, exp. 1494, actor: Jorge Ignacio Arboleda Arboleda, ACE, año L, T. LXXXIX, No. 447-448, 2º semestre de 1975, p. 443. Ver en el mismo sentido: 29 de agosto de 1985, C.P.: Dr. Uribe Acosta, exp. 3347, actor: Carlos Julio Noguera y otros.

perjuicio eventual o hipotético, pues que aquél "es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará"^{14,15}

Aplicado a la responsabilidad fiscal, se ha afirmado:

[. . .] Se entiende que el "daño" es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. De esta definición inmediatamente se destaca que el daño cierto puede ser pasado -ya ocurrió- o futuro -va a suceder-. En principio el daño pasado no es tan problemático puesto que ya existe el problema que se presenta generalmente es cuantificarlo. En cambio el daño futuro presenta muchas más aristas que son problemáticas. Estudiemos primero la cuestión relativa a los daños futuros para luego entrar en los pasados.

Frente a los daños futuros la jurisprudencia y la doctrina -tanto colombiana como extranjera- son claras en establecer que este puede considerarse cierto siempre y cuando las reglas de la experiencia y de la probabilidad indiquen que éste habrá de producirse. Esta certeza por supuesto no es absoluta pues sobre el futuro no puede predicarse una certeza absoluta. Lo importante es que existan suficientes elementos de juicio que permitan establecer que el daño muy seguramente se producirá. El daño futuro cierto -también denominado virtual- se opone al daño futuro hipotético que es aquel sobre el cual simplemente existe alguna posibilidad de que se produzca pero las reglas de la experiencia y de la probabilidad indican que pueden o no producirse.

Establecer los alcances del daño futuro en materia de responsabilidad fiscal sería un ejercicio académico interesante, sin embargo por ahora nos basta decir que de acuerdo con la normatividad actual a la responsabilidad fiscal sólo importan los daños pasados. No puede derivarse responsabilidad fiscal sobre los daños futuros.

¹⁴ Consejo de Estado col. Sección Tercera, 28 de junio de 1967, C.P.: Dr. Portocarrero Mutis, ACE, T. LXXII, año XLII, No. 413-414, p. 279.

¹⁵ EL DAÑO. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Juan Carlos Henao. Universidad Externado de Colombia. 1998. páginas 130 y 131.

[. . .] la certeza del daño futuro es una certeza relativa. Sobre el futuro es imposible tener certeza absoluta puesto que siempre existe un margen de error en las predicciones. Esto podría acarrear entonces injusticias al atribuir responsabilidad a alguien -quien tendría que acarrear con las graves consecuencias que ello implica- sobre un daño que finalmente no se produjera. En este caso se presentaría un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado y el ciudadano podría demandar para que le reembolsaran lo pagado.¹⁶

Y, en otro texto ya utilizado en este escrito, se afirma:

El daño futuro, que entonces constituye una diversidad del daño cierto, es *aquel aún no realizado pero que necesariamente habrá de producirse*. O en otra conocida fórmula: "Por consiguiente, para que el perjuicio futuro sea evaluable requiere que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actualmente susceptible de estimación inmediata".

Sin embargo, los eventos de daños futuros en la responsabilidad fiscal no son admisibles, dadas las características tipológicas sobre las cuales la jurisprudencia ha construido el concepto de daño futuro en la responsabilidad civil, y las particulares circunstancias que rodean el carácter jurídico del patrimonio público, cuyo resarcimiento por vía de la acción fiscal encuentra su límite en la reparación integral del daño producido, con la debida actualización al valor presente del daño al momento de producirse el fallo, tal y como lo dispone el inciso 2º del artículo 53 de la Ley 610 de 2000.¹⁷

Sin entrar a afirmar, rotundamente, la inexistencia de daño futuro en la responsabilidad se observa, sin embargo, que, para el caso *sub examine* y de manera un tanto paradójica, el pago es la única actuación que confiere certeza al daño. Por el contrario, la no cancelación oportuna es un rasgo equívoco, frente al cual no se desprende, necesariamente, la existencia de un daño.

- iv. De este modo, el no pago de las obligaciones cuando éstas son adeudadas, y sólo en este ámbito, resulta ser, por lo tanto, un

¹⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficina Jurídica. Concepto No. OJ80112-0070A de enero 15 de 2000.

¹⁷ Uriel Alberto Amaya, *op. cit.*, pág. 195.

aspecto disciplinable que no ha traspasado el umbral fiscal. Así parece advertirlo el parágrafo del artículo 112 del Artículo Primero del Decreto 111 de 1996 que sanciona con causal de mala conducta a quienes "demoren sin justa causa" la cancelación o pago de lo comprometidos.

- v. La actuación generadora del daño al patrimonio público no es de aquéllas que puedan calificarse de ejecución instantánea, pues los efectos de la no presentación se prolongan en el tiempo y sólo cesan cuando el responsable o responsables del incumplimiento presenta sus declaraciones, paga el valor de los impuestos y liquida y cancela el valor de las sanciones e intereses de mora establecidos en la ley. Esta tesis es coherente con la exploración subjetiva que debe realizarse dentro del proceso de responsabilidad fiscal. La paradoja sobre cómo un acto acertado de gestión fiscal (el pago) se torna en el hecho dañino queda subsanada. Tal actuación aglutina un conjunto de consecutivo de omisiones diarias por lo que no encontramos en la hipótesis final del artículo 9º, vale decir, "y para los complejos o de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto". De este modo y para brindar mayor precisión conceptual, debe afirmarse que la caducidad se contabiliza hasta el día anterior al pago.
- vi. Por último, si la caducidad se contabilizará a partir de la omisión, sería preciso iniciar la investigación una vez ocurrida ésta y no esperar al pago. Sin embargo, en este evento no habría certeza sobre la ocurrencia de un daño. El proceso bien podría culminar sin responsabilidad fiscal porque el daño nunca se concretó.

Estos razonamientos anidan en el principio de la responsabilidad, según el cual ella sólo procede deducirla cuando el daño efectivamente se ha ocasionado. Las expectativas sobre su ocurrencia no constituyen título para deducirla. Lo anterior permitiría concluir que la fecha de ocurrencia del detrimento corresponde a aquélla en que se realiza el pago de las sanciones o intereses de mora establecidos en el régimen tributario. Es más, en el caso *sub examine*, el carácter patrimonialista del proceso de responsabilidad lo hace impermeable a conductas que si bien pueden atentar contra el buen ejercicio de la función pública, no han pasado el quicio del detrimento, como ocurre con actitudes omisivas. Sólo el paso de dicho umbral produce la consolidación de un hecho fiscalmente

relevante y el desequilibrio que se pretende reparar. Si bien esta tesis podría privilegiar a quienes se resisten al pago de las obligaciones tributarias, se insiste que no es ésta la materia propia al proceso de responsabilidad fiscal.

A esta misma conclusión se arriba si el hecho del no pago oportuno del tributo y sus consecuencias se les otorga el carácter de actuaciones complejas, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, pues, en ellos el detrimento inicia al momento del incumplimiento de la obligación tributaria y sigue persistiendo hasta el momento del pago en que también se cuantifica el detrimento.

Con base en lo anterior, esta oficina considera, entonces, que el daño en esta clase de eventos se produce tomando en cuenta el pago (un día antes). Sólo entonces es posible darle entidad de certeza y converge en la precisión que esa Dirección realiza en torno a la diferencia entre el hecho generador de la obligación tributaria y el hecho generador del daño al patrimonio público, en los términos previstos en el artículo 6°.

2.2. Contabilización de la caducidad- el enigmático caso del nuevo vinculado

Al contrario del tema abordado *supra*, en donde la solución pareciera centrarse en la certeza del daño, para responder al segundo interrogante se exige una labor compleja más propia de un ajuste de piezas, aquellas que la Ley 610 confiere, inclusive la remisión a tres codificaciones. Bien puede ser que la solución se encuentre en una norma pero el análisis exige contemplar varias disposiciones. Una lectura preliminar de la ley y sin énfasis especial en algún tema podría generar una respuesta contundente: resulta casi imposible que, si existe un vacío, tres codificaciones tan prolíficas no pueden llenarlo en la jerarquía prevista. Ocurre, sin embargo, que el proceso de responsabilidad fiscal contiene, a la vez, esquemas normativos civiles y punitivos, creando en el intérprete una dificultad primaria en la remisión. Tales circunstancias no deben ser obstáculo para que éste realice el ejercicio que le corresponde y no se arredre por el hermetismo oracular que puede tener la ley. Es más, podrían convertirse en aliciente para profundizar en algunos de los aspectos de la misma.

Sea lo primero una aproximación a la caducidad como instituto procesal. Ésta ha sido definida por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.¹⁸

Esta figura se soporta en la necesidad de determinar, claramente, el momento después del cual se pierde un derecho o una acción en virtud de su no ejercicio durante un plazo señalado por el legislador o por acuerdo entre las partes¹⁹. Desde el punto de vista procesal, el mismo erige al transcurso del tiempo como elemento determinante del devenir jurídico revelando uno de los valores fundantes de nuestro ordenamiento como lo es el de la seguridad relacional en el campo del derecho. En general, la caducidad se predica tanto de las relaciones que involucran a particulares como de aquéllas en las cuales se trata de una investigación por parte del Estado. Tal es el caso, por ejemplo, de su operancia en materia penal. En general, se caracteriza por formar parte del acervo garantista que ha sido desarrollado en la Ley 610.

Ahora bien, en materia de responsabilidad fiscal y en vigencia de la Ley 42, ese mismo tribunal produjo la siguiente determinación:

Establecida la viabilidad de la apertura de un nuevo examen en relación con una cuenta previamente fenecida, en el evento de que posteriormente aparecieran pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares en las que se sustentaba, resta por vía puramente ilustrativa señalar sucintamente el marco legal que el actor echa de menos y sobre cuya aparente ausencia edifica los cargos de inconstitucionalidad. En razón de la remisión que al Código Contencioso Administrativo y al Código de Procedimiento Penal hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993 con el objeto de completar e integrar la regulación de la responsabilidad fiscal de los funcionarios del erario, no cabe duda de que a la luz del artículo 66-2 del primero, el acto administrativo de fenecimiento deberá entenderse que pierde fuerza

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-832 de 9 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1967, pág. 482

333

ejecutoria como consecuencia de la desaparición de sus fundamentos de hecho. No obstante, el proceso de responsabilidad fiscal - conservando en estos aspectos la remisión al Código Contencioso Administrativo por la afinidad y naturaleza de la materia - sólo podrá iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta.

Si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya (C.C.A, art. 136), el mismo término deberá predicarse mutatis mutandis de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado. Lo anterior no es óbice para que los autores de las operaciones fraudulentas o irregulares puedan ser objeto de investigación y sanción penal y que, en este caso, la entidad respectiva obtenga la correspondiente indemnización.²⁰

Sin entrar en el detalle de la disputa suscitada entre esa Corporación y el Consejo de Estado, la cual se mantiene vigente según se desprende de un fallo de ese último Tribunal, es factible colegir del texto transcrito que se adopta un criterio objetivo, pues, el proceso como conjunto de actuaciones investigativas respecto de unos hechos es uno sólo.

Así se lee de lo previsto en el artículo 9º de la Ley 610, cuando dispone "la acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, **no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal**" (se resalta). Bastaría esta disposición para entender que el lapso de cinco años estaría atado al momento de los hechos investigados, criterio objetivo, independientemente de los sujetos que sean vinculados al mismo, pues allí radica la identidad procesal. Persiste una implicación lógica entre el hecho generador y una actuación procesal respecto del mismo denominada "auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal". De este modo, para establecer si ha operado o no la caducidad sería necesario, exclusivamente, determinar si sobre determinados hechos ya existe una investigación en curso.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-046 de 10 de febrero de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Se subraya, resaltado en el texto.

10

Otras normas soportan tal conclusión como lo son la unidad procesal y conexidad (art. 14) y la acumulación de procesos (art. 15). La primera, especialmente, insta a tramitar una sola actuación procesal por cada hecho generador de responsabilidad fiscal, cualquiera sea el número de implicados. Añade dicha norma que es preciso que el investigador efectúe la agregación de las diligencias. Además, en el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se deben tener en cuenta los principios administrativos. Estas normas refuerzan, sin duda, la tesis objetiva (el término de caducidad se ha suspendido tanto para b, como para x y z).

Ahora bien, el fundamento de una conclusión en contra de la expuesta *supra* parece provenir del tupido escenario procesal que nos plantea el Título II, especialmente cuando se analiza el capítulo 4º del trámite del proceso. Así, al revisar el contenido del auto de apertura se tiene que el mismo debe abarcar, entre otros puntos, "la identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales" (art. 41, numeral 4º). Ello porque la etapa anterior (la indagación preliminar) persigue "la determinación de los presuntos responsables" (art. 39) y la apertura se produce cuando existen "serios indicios sobre los posibles autores" (art. 40). Otro tanto debe indicarse con respecto a la vinculación del garante pues "[l]a 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" (art. 44).

Empero y matizando este escenario, el artículo 48 es categórico en señalar que el auto de imputación de responsabilidad fiscal debe contener "la identificación plena de los presuntos responsables" (se resalta). El énfasis en el auto de imputación pareciera significar, preliminarmente, que hasta antes del mismo, se está en la búsqueda de responsables.

Tal conjunción normativa confluiría en la denominada posición subjetiva, vale decir, una contabilización del término de caducidad individualizado pues, aún desde el auto de apertura del proceso fiscal, debe existir una identificación del responsable, en cuanto parte dentro del proceso de responsabilidad fiscal (la suspensión de la caducidad no habría afectado a b).

A esto se suma, de una manera indirecta, respecto de lo que ocurre con el auto de imputación, el criterio expresado por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, dependencia que ha manifestado lo siguiente:

Bajo este orden normativo, cuando iniciado el proceso de investigación fiscal aparecen nuevos implicados, se les debe vincular al proceso en la forma que establece la ley, y garantizar el debido proceso.

[...]

En el proceso de responsabilidad fiscal al proferir el auto de imputación, nos hallamos ante la iniciación de la etapa de juzgamiento, toda vez que después de éste y surtido el período probatorio pertinente, debe emitirse el fallo con o sin responsabilidad fiscal, según fuere el caso. En este orden, al aparecer en este estado del proceso nuevos presuntos responsables, es viable atender lo preceptuado en el artículo 90 (sic) del Código Procesal Penal.

En estos casos bastará que se compulse copias para la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal a los presuntos responsables que no fueron cobijados con el auto de imputación de responsabilidad fiscal.²¹

De dicho concepto se podría colegir, con cierto grado de laxitud, que existe una contabilización del término de caducidad aparte, el cual no se vería suspendido por la expedición del primer auto de apertura.

El dilema, sin embargo no está, precisamente, en establecer la forma en que se debe vincular un sujeto procesal que, según se puede vislumbrar constituye otra problemática, lo cual evidencia necesarias fórmulas de adecuación que no están previstas en la Ley 610 y que requieren de un escenario garantista, sino, básicamente, si ello produce un nuevo auto de apertura y, de allí, una caducidad propia, así se aplique la unidad procesal comentada. Por ello, esta Oficina no considera necesario acudir al auxilio de otros estatutos que, eventualmente, puedan servir de guía para absolver esta duda pues no encuentra el escenario de vacío que lo inste a ello.

Por el contrario y tomando en cuenta el artículo 9º citado, se observa que en el mismo se efectúa un planteamiento que, a juicio de esta dependencia, resulta nítido. La caducidad sólo es oponible cuando la entidad estatal de control no ha realizado las actuaciones tendientes a resarcir el erario por la ocurrencia de una hecho dañoso. Es más, cuando no ha producido una decisión en la cual dota a dichas actuaciones de un cierto margen de contundencia. Las situaciones procesales ulteriores a ese meridiano norte que traza el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal

²¹ Concepto de 21 de mayo de 2001, dirigido a la doctora Gloria Ibeth García Russi, Contralora Departamental de Boyacá. Resaltado fuera del texto.

respecto de unos hechos, no afectan esa actividad que, efectivamente, ya se ha iniciado. Es diferente el caso respecto de la investigación sobre otros hechos pues, allí si, difiere la premisa planteada en el aludido artículo.

De modo que, si el proceso de responsabilidad tiene un carácter resarcitorio, que comporta una serie de actuaciones con miras a determinar tres elementos básicos como son el daño, la culpa y el nexo causal (art. 5º), es apenas acertado considerarla desde una óptica objetiva. Es evidente que la caducidad reprende la inacción del Estado pero no los elementos propios de la investigación que van surgiendo en su decurso alrededor de unos hechos. Precisamente, el objetivo del proceso es el continuo afinamiento en torno a las condiciones que rodearon unos determinados hechos.

En este tema no sobra tener en cuenta las fases previas a la indagación preliminar. A través de los diversos sistemas de análisis se alimenta la iniciación de los procesos de responsabilidad fiscal realizando lo que en el argot del control fiscal se cataloga como "hallazgo", vale decir, y según el léxico de la FCAC,

Observaciones y conclusiones halladas tras comparar evidencia suficiente, fiable, pertinente del rendimiento con criterios predeterminados de auditoría.

Con lo que se considera que el mismo requiere una formulación lógica de una problemática sustentada debidamente, pero que es necesario corroborar y alimentar mediante las etapas subsiguientes. La entidad estatal de control realiza una continua homologación del mismo y recauda las pruebas que resulten necesarias con el propósito de establecer o desvirtuar la observación que le dio fundamento. Ello redundo en factores de precisión, ensanchamiento y recogimiento, propios de tales actuaciones. En cuanto a la ubicación de los presuntos responsables esta actitud es igualmente válida.

2.3. Acerca de la institución de "consulta"-trámite²²

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

²² Se retoman aspectos del concepto emitido por esta oficina de fecha 12 de octubre de 2001.

ausencia de recurso de apelación, con el objeto de asegurar el máximo acierto en la decisión adoptada, [. . .] en orden a proteger los intereses de determinados sujetos de derecho que actúan en un proceso y que con ella reciben especial tratamiento"²³. Este grado de competencia funcional otorga al funcionario de superior jerarquía la facultad de revisar íntegramente el fallo o decisión adoptada por el inferior y el mismo se tramita en el efecto suspensivo, es decir, la providencia consultada no queda en firme hasta que no se adopte decisión por parte del superior jerárquico.

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

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

Teniendo en cuenta que la norma transcrita reconoce este principio frente a sentencias judiciales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al estudiar la razón de ser y los alcances de esta figura procesal, ha indicado, no obstante, que ella también, procede para autos.

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

[. . .] 29- La Corte tampoco encuentra ninguna objeción a que el CDU establezca la consulta de ciertos fallos disciplinarios. Ya en anterior decisión, esta Corporación había señalado que "esta figura es perfectamente admisible en las actuaciones administrativas, adecuándose en este sentido a los mandatos del artículo 29.²⁴ " Por ello la Corte desestima los cargos contra el artículo 110 del CDU, ya que no considera que se esté estableciendo una presunción de culpabilidad en contra del funcionario absuelto, pues las decisiones absolutorias sólo podrán ser revocadas por el superior si encuentra clara la prueba de la responsabilidad del investigado. En ese orden de ideas, hace parte de la libertad del Legislador

²³ DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Dupré Editores, Pág. 841.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-406 de 11 de septiembre de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

consagrar estos grados obligatorios de jurisdicción a fin de proteger valores de raigambre constitucional, como el interés público y los propios derechos y garantías fundamentales del investigado.²⁵

Ahora bien, en materia de responsabilidad fiscal se introdujo dentro del proceso de responsabilidad fiscal tal figura, en los siguientes términos:

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

El primer cuestionamiento que surge de la inquietud formulada tiene que ver con la existencia de una posible vulneración de lo previsto en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.-, tomando como premisa el carácter administrativo de la actuación fiscal ya relatado a espacio en este escrito. Esto exige abordar dos temas centrales, a saber, la firmeza y ejecutoriedad de la actuación y, de paso, el principio de *non reformatio in pejus*, que sería la garantía propia a un fallo absolutorio.

En primer lugar, la firmeza, ejecutoria, ejecutoriedad o ejecutividad en el proceso de responsabilidad fiscal son estados propios de las actuaciones administrativas que en él se dictan. Si bien el artículo 56 dispone los casos en los cuales queda ejecutoriada una decisión administrativa, el inciso 3º del artículo 18 previene qué acontece si no se adopta una determinación dentro del plazo allí fijado, *vgr.*, el auto o fallo consultado queda en firme. La firmeza, término utilizado a nivel del procedimiento administrativo, está ligada a la ejecutoriedad y así se lee en el artículo 62 del C.C.A. cuando aquella aparece como un prerrequisito de la última. Sin duda, el trámite de consulta no conduce a la firmeza de la actuación en el proceso de responsabilidad fiscal, como resulta propio de la figura establecida. Por ende, no puede alegarse que la situación regulada es de aquellas con base en las cuales se ha consolidado derecho particular y concreto alguno en cabeza del implicado pues, precisamente, no se encuentra en firme. Si de lo que se trata es de limitar el espectro dentro del cual puede pronunciarse el superior, ya está visto, además, que la consulta no entraña una vulneración al principio de *non reformatio in pejus*.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-280 de 25 de junio de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

La pregunta, sin embargo, trasciende este aspecto pues en ella se formula una eventual solución a un problema que se considera no existe. Dentro de la lógica argumentativa allí expuesta, se plantea la notificación de las decisiones una vez surtido el grado especial contemplado en la ley. Si bien, tal alternativa se revela no sólo innecesaria sino también contraria a la publicidad de actuaciones de trascendencia procesal como lo son el auto de archivo, el fallo sin responsabilidad fiscal y el fallo con responsabilidad fiscal cuando el implicado hubiese estado representado por un defensor de oficio, pues precisamente la ley prevé su notificación (art. 55, por ejemplo), la reflexión en torno a la revocatoria de un acto de carácter particular y concreto se mantiene, sobre todo en cuanto al principio de *non reformatio in pejus*. Si se aceptara la observación del artículo 73 del C.C.A. y así el acto no se hubiese notificado, ¿no tendría el implicado posibilidad de proclamar que la primera decisión le favorecía y, que sin su consentimiento, se profirió otra que agrava su condición?

Ahora bien, es necesario precisar que en los procesos punitivos la consulta no desvirtúa el principio *non reformatio in pejus*, que resulta, en verdad, el problema que se debate. Así, en materia penal ha manifestado la Corte Constitucional:

La consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.

La consulta es una figura distinta de la apelación. Se surte obligatoriamente en los casos y con las características que define la ley, sin contar con la voluntad de las partes. A diferencia de la apelación, no es un recurso. Por eso no hay apelante y, por ende, la competencia del juez de segundo grado no depende de si una sola o ambas partes aspiran a la modificación de la sentencia proferida en primera instancia, de tal manera que goza de atribuciones suficientes para reformar y aún revocar el proveído que se somete a su conocimiento. Pero, desde luego, habrá de tenerse en cuenta el motivo de la consulta, es decir, el interés que con ella se busca tutelar, a fin de establecer, dentro de las características propias que ofrece en las distintas jurisdicciones, hasta dónde podría llegar el juzgador en el momento de introducir cambios a la providencia en cuestión.

De lo dicho se concluye que el argumento del actor en cuanto a la posible contradicción del artículo 434 acusado con el 31 de la Carta por hacer

imposible la garantía que prohíbe la "reformatio in pejus" es a todas luces equivocada.²⁶

Y tal acontece en el ámbito disciplinario, según se tuvo oportunidad de indicar. Del texto del artículo 18 se desprende que, mediante la adopción de esta figura dentro del proceso de responsabilidad fiscal²⁷, se han querido tutelar tres principios básicos, retomando aquellos propios de la anterior norma disciplinaria. No se pretende solamente garantizar la protección que debe recibir el patrimonio público, mediante decisiones ajustadas a la realidad y al ordenamiento jurídico sino adicionalmente, proteger los derechos de las personas que, vinculadas al proceso por cualquier circunstancia, no puedan comparecer al mismo y deban ser representadas por un apoderado de oficio pues se entiende que ellas se encuentran en situación de desventaja frente a aquellas que han intervenido dentro del proceso directamente o por intermedio de apoderado debidamente constituido por ellas. Lo anterior explica que se establezca la procedencia del grado de consulta frente a autos de archivo, fallos sin responsabilidad fiscal y fallos con responsabilidad fiscal en que el responsabilizado haya estado representado por apoderado de oficio.

Visto lo anterior, esta dependencia no observa que, en sí mismo, el trámite del grado de consulta, cuando la decisión consultada se ha notificado, contravenga norma constitucional o legal alguna ni atentado al debido proceso, máxime si, como en este caso, está previsto legalmente en los términos ya relatados.

No sobra denotar que si bien el Código Contencioso Administrativo es norma remisoría, su aplicación es subsidiaria, vale decir, cuando la Ley 610 de 2000 no regula el tema. La inexistencia de norma aplicable al caso controvertido se deriva de un exhaustivo tamiz de la norma que remite para evitar que la misma sea sustraída de su aplicación. Como lo ha expresado esta oficina²⁸, la regla de complementariedad es, esencialmente, restrictiva. En consecuencia, no se puede acudir a ella directamente pues,

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-055 de 18 de febrero de 1993, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

²⁷ Se resalta que la figura de la consulta no estaba contemplada en los artículos 72 y siguientes de la Ley 42 de 1993, que definían el trámite del proceso de responsabilidad fiscal con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 610 de 2000.

²⁸ Concepto de 17 de julio de 2002, NUR 214-1-10256.

tal proceder implica, además, eliminar aspectos propios al proceso fiscal entre los que se encuentra, precisamente, la consulta.

Comentando la norma relativa a la consulta, se ha afirmado entonces:

[...] los tres días deben contarse no a partir del día en que se produzca la decisión referida, sino a partir del día en que se completa el término previsto por la ley para la ejecutoria de los autos, es decir, y al texto del artículo 56.2 de la Ley 610 de 2000, "cinco días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos".

[...]

Como se aprecia sin dificultad, se debe esperar el término de ejecutoria para efectos de contar los tres días, y la decisión no ganará firmeza hasta tanto no se produzca la consulta. La finalidad jurídica no es otra que la de permitir que, *v.gr.*, una de las partes involucradas en la decisión en cuya cabeza no se origina la consulta, pues la decisión de archivo se produce a favor de otra, pueda interponer recurso de apelación, caso en el cual el acto recurrido se somete a ese recurso impugnatorio, y no al grado de consulta.²⁹

De lo infraescrito se extrae no sólo que las actuaciones previas a la consulta deben ser notificadas -con el propósito de surtir el trámite previsto en el artículo 18- sino también que las mismas no han adquirido firmeza hasta tanto no se produzca la consulta. Así mismo, se destaca un aspecto esencial al debido proceso como lo es la complejidad de la decisión cuando son varios los implicados.

De allí que esta dependencia estima que la solución propuesta no resulta viable y antes que prevenir violaciones al debido proceso puede estarlas generando al sustraer de la publicidad ciertas actuaciones que, por su naturaleza, deben ser notificadas.

Resumiendo se observa que:

- a. En el caso *sub examine*, no existe un vacío procedimental. El artículo 18 establece el trámite que debe surtir, en concordancia con el artículo 55 *inter alia*.

²⁹ Uriel Alberto Amaya, *op. cit.*, pág. 451. Se resalta.

- b. Adicionalmente, la teoría del acto administrativo no pugna con el instituto de consulta cuando éste ha sido establecido expresamente.
- c. La aplicación de la ley no es causal para considerar que en ella misma se encuentran *in nuce*, violaciones al debido proceso cuando, además, la propia Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de revisar el tema en materia disciplinaria.
- d. Para culminar, el acto administrativo de consulta no ha adquirido firmeza y, por lo tanto, no se puede predicar del mismo su intangibilidad en cuanto acto de carácter particular y concreto. Esta situación sólo se produce, precisamente cuando la actuación "está en firme".

En espera que sus inquietudes hayan sido absueltas, y la duda, propia de la condición humana, hubiese sido cuando menos rebasada hacia otras preguntas, sólo resta advertir que este concepto se emite en desarrollo de lo previsto en el artículo 25 del C.C.A.

Atentamente,

Original Firmado Por:
Juan Pineda de la Cruz