

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Ley aplicable / AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACION FISCAL - Difiere del auto de apertura a juicio fiscal

En la fecha en la que ocurrieron los hechos irregulares, la norma vigente era la Ley 42 de 1993, pero al entrar en vigencia la Ley 610 de 2000 el 18 de agosto de ese año, las actuaciones que estaban en trámite en procesos de responsabilidad fiscal, se deberían regir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de ésta (...) En el presente caso la apertura de investigación fiscal ocurrió mediante Auto núm. 110 de 10 de agosto de 2000. La actora considera que el auto de apertura de investigación fiscal es equivalente al auto de apertura a juicio fiscal, por lo que se debe dilucidar si éstos son equivalentes o no. (...) De lo anterior se colige (artículos 74, 75, 77, 79 a 81 y 89 de Ley 42 de 1993), contrario a lo estimado por la actora, que el auto de apertura de investigación fiscal difiere del auto de apertura a juicio fiscal y que éste es un acto posterior a aquél. En el presente caso el auto de Apertura de Investigación Fiscal es de 10 de agosto de 2000 y la actora se vinculó a la investigación el 4 de mayo de 2001. Luego, para esta última fecha no se había proferido auto de apertura a juicio fiscal, por ende, le asiste razón al a quo en considerar que el proceso debía regirse por la Ley 610 de 2000, de conformidad con su artículo 67 transcrito.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 67 / LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 68 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 74 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 75 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 77 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 79 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 80 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 81 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 89

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Ley aplicable / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - No tiene término de caducidad según Ley 43 de 1992 / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Término de caducidad según Ley 610 de 2000

En cuanto al argumento referente a que la acción de responsabilidad fiscal había caducado, debe la Sala hacer algunas precisiones: El artículo 67 de la Ley 610 de 2000 dispone en su segundo inciso que en todo caso, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación, luego las diligencias que se adelantaron bajo los parámetros de la Ley 42 de 1993, durante su vigencia son válidas. Como está visto los hechos motivo de investigación ocurrieron cuando estaba vigente la Ley 42 de 1993 y para esa época, contrario a lo que afirma la actora, la acción de responsabilidad fiscal no tenía término de caducidad, de conformidad con lo expresado por la Sección en diferentes providencias, en las cuales ha sostenido que dicha ley no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal y que no obstante que su artículo 89 consagra que en los aspectos no previstos se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso, dado que el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción y del contenido del artículo 17 se desprende que dicho juicio puede ser iniciado en cualquier momento. (...) Esta circunstancia no afectaría lo actuado en el proceso administrativo antes de la entrada en vigencia de la Ley 610 de 2000; en todo caso, el último hecho generador del daño, como ya se vio en el recuento que se hizo de las actuaciones administrativas, ocurrió en diciembre del año 1998, luego los cinco años para que operara la caducidad de la acción se cumplían en diciembre de 2003 y el fallo de responsabilidad fiscal se profirió el 12 de diciembre de 2002. Por ende, para esta fecha necesariamente ya se había proferido el auto

de apertura del proceso de responsabilidad fiscal y, en consecuencia, la acción de responsabilidad fiscal no había caducado.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 9 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 89 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 17

NOTA DE RELATORIA: Sobre la no consagración expresa del término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal en la Ley 43 de 1992, sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, del 18 de abril de 2002, Radicado 1994-4586-01 (7211), M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; del 15 de noviembre de 2002, Radicado 1995-0104-01 (7417), M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; del 30 de enero de 2004, Radicado 2001-00248-01, M.P. Olga Ines Navarrete Barrero; del 20 de septiembre de 2007, Radicado 2000 -00277-01, M.P. Martha Sofía Sanz Tobón; y del 5 de febrero de 2009, Radicado 2000-01882-01, M.P. Marco Antonio Veilla.

RESPONSABILIDAD FISCAL - Grado de culpa. Criterio de imputación

Aduce la actora que la imputación fiscal se hizo de conformidad con el artículo 4° de la Ley 610 de 2000, cuya disposición fue declarada inexecutable, lo cual vulneró el artículo 29 de la Constitución Política. Al respecto, se tiene en cuenta lo siguiente: El auto de imputación fiscal núm. 008 de 22 de marzo de 2002 antes transcrito impuso responsabilidad fiscal a la actora a título de culpa y no de culpa leve, como lo afirma ésta, y así fue confirmado por el fallo de responsabilidad fiscal núm. 049 de 12 de diciembre de 2002. (...) La sentencia de la Corte Constitucional C-619 de 8 de agosto de 2002, declaró inexecutable el parágrafo 2° del artículo 4° y la expresión “leve” del artículo 53, pero como lo expresó el Tribunal, no por considerar que la culpa sea ajena a la responsabilidad fiscal, sino por exigirla en la modalidad de la culpa leve; en este sentido la Corte Constitucional consideró que “el criterio normativo de imputación no podía 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”. Al ser imputable la conducta de la actora a título de culpa, no se violó norma superior.

NOTA DE RELATORIA: Se cita la sentencia de la Corte Constitucional C-619 de 2002

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Competencia para adoptar decisiones

A juicio de la actora, el funcionario que profirió el fallo fiscal no era competente. Sobre el particular, la Sala advierte lo siguiente: El Manual de funciones y Requisitos para el desempeño de empleos de la Contraloría Departamental adoptado mediante la Resolución núm. 027 de 18 de mayo de 2001, que obra en documento anexo a la demanda, prevé que el Director Técnico tiene la función general de “Dirigir la conducción y orientación institucional, a través de la determinación y desarrollo de los planes, programas, proyectos, actividades y parámetros que en materia de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva se deban llevar a cabo para el buen funcionamiento” y como una de sus funciones específicas la de efectuar las operaciones que estime convenientes para dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal cuando se hallaren hechos que atenten contra los intereses patrimoniales del Estado y “definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación, concluyendo con fallo, con o sin responsabilidad fiscal”. La misma resolución atribuye al funcionario especializado, la función de apoyar de forma directa las funciones de la

dependencia en la cual presta sus servicios, por lo que, como lo señaló el a quo, si bien es cierto que el auto de imputación fiscal de fecha 12 de diciembre de 2002, aparece suscrito por un investigador fiscal, ello no implica que tomó la decisión, pues el visto bueno que el Director Técnico le imprime (folio 42 del cuaderno principal), indica que éste fue quien la adoptó. La providencia de 11 de diciembre de 2003, emanada del Despacho del Contralor que confirmó el auto de imputación fiscal, en cuanto a que la actora sí era responsable fiscalmente, fue proferido por el Contralor departamental, de conformidad con las funciones que le otorga el citado Manual.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 027 DE 2001 (MAYO 18)

RESPONSABILIDAD FISCAL - Finalidad / REFORMATIO IN PEJUS - Invulneración por su no aplicación en el procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal

Considera la recurrente que en segunda instancia se le hizo más gravosa su situación, al desconocer la prohibición de la reformatio in pejus. La responsabilidad fiscal, no tiene carácter sancionatorio, ni penal, tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 610 de 2000. Así lo ha precisado la Sala en diversas oportunidades, entre ellas, en sentencia de 6 de julio de 2001 (Expediente núm. 1999-0324-01(6570), Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), en la que consideró que este fenómeno no opera frente al procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal. (...) La actora mediante proveído recibido por la entidad demandada el 30 de diciembre de 2002 (folio 715), interpuso los recursos de reposición y apelación contra el fallo núm. 049 de 2002; en respuesta al primero, mediante auto interlocutorio núm. 005 de 10 de febrero de 2003 (folio 783) el fallo fue revocado parcialmente en el sentido de excluir de la responsabilidad fiscal al señor Samuel Trujillo Aristizabal Exgerente de la Beneficencia del Tolima, quien también interpuso el recurso de reposición; el recurso de apelación interpuesto únicamente por la actora fue resuelto mediante acto administrativo de fecha 11 de diciembre de 2003 (...) En criterio de la Sala no es que se hubiera agravado la situación de la actora al aumentársele la suma por la cual inicialmente debía responder, sino que al haberse desvinculado del proceso al señor Joaquín Elías Cifuentes Blanco, porque revisados los documentos, se le había imputado, por el hecho de ser el superior jerárquico de la actora, una responsabilidad objetiva que está proscriba en materia de responsabilidad fiscal, lo lógico y coherente era considerar que quienes sí resultaron fiscalmente responsables debían asumir solidariamente la suma elevada a faltante, que fue imputada desde el inicio.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 4

NOTA DE RELATORIA: Sobre la reformatio in pejus en actuaciones administrativas sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, del 6 de julio de 2001, Radicado 1999-0324-01(6570), M.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 73001-23-31-000-2004-00857-01

Actor: EDDY ZARATE CORTAZAR

Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y OTRO

Referencia: APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de agosto de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual declaró no probadas las excepciones de inepta demanda y de falta de concordancia entre las pretensiones formuladas en la vía gubernativa y en la vía contenciosa, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto del Departamento del Tolima y negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

I.1- La señora Eddy Zárate Cortázar en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima contra el Departamento del Tolima y la Contraloría General del mismo, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1. La nulidad de los actos administrativos núms. 49 de 12 de diciembre de 2002, expedido por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Tolima y de la providencia de 11 de diciembre de 2003, emanada del Despacho del Contralor que confirmó el anterior, que conforman el fallo de responsabilidad fiscal que eleva a faltante de fondos públicos la suma de \$62'988.492.42 m/cte.

2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene la terminación y archivo del Proceso que por Jurisdicción Coactiva N° A/016/2004 se tramita ante la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal, si éste no ha culminado.

3. Como pretensión subsidiaria a la anterior, en el evento en que hubiese culminado el proceso y tenido que cancelar los dineros a que se ha hecho referencia, le sean reintegrados con los intereses causados hasta el momento del reintegro.

4. Que a la sentencia proferida, se le de cumplimiento en la forma y términos establecidos por los artículos 170 y ss del C.C.A.

I.2- La actora señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que es administradora de empresas y estuvo vinculada como servidora pública a la Beneficencia del Tolima desde el 25 de julio de 1995 hasta el 27 de agosto de 2001, fecha en que fue retirada del servicio en virtud de la liquidación de la entidad, en la cual inicialmente se desempeñó como Jefe de Grupo de Loterías hasta el mes de mayo de 1999 y, posteriormente, como profesional universitario de Servicios Internos.

Relató que durante su período de vinculación con la Beneficencia del Tolima, en el año de 1998, la entidad celebró con la empresa Inversiones J&D y/o JADIDME FLOREZ CASTRO, un contrato de comercialización de lotería cuyo objeto era la adquisición de billetería de la Lotería del Tolima.

Que luego de haber sido terminado el contrato en mención en forma unilateral y de ser declarada la caducidad por parte del entonces Gerente mediante la Resolución núm. 000054 de 5 de abril de 1999, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Lotería de Risaralda remitió a la Contraloría Departamental del Tolima una copia del oficio de 2 de junio de 1999, por medio del cual informó al Gerente de la Beneficencia del Tolima sobre la caducidad administrativa del contrato de billetería que suscribió con la firma antes mencionada, para que se adoptaran las medidas pertinentes en virtud de la inhabilidad que se generaba con la decisión adoptada.

Anotó que la Contraloría Departamental del Tolima, por medio de la Dirección Técnica de Auditorías Integradas, teniendo en cuenta la información allegada, al revisar el estado de la cartera de la Beneficencia del Tolima, encontró que el distribuidor Inversiones J&D/Jadidme Flórez Castro aparecía con saldos insolutos, por lo que presentó un informe final al ente fiscalizador el 8 de noviembre de 1999 y mediante auto de 15 de diciembre siguiente se avocó el conocimiento de las diligencias fiscales y se ordenó adelantar indagación preliminar; que evacuadas

las pruebas ordenadas, mediante auto N° 110 de 10 de agosto de 2000 se ordenó la apertura de Investigación Fiscal.

Manifestó que practicadas las pruebas y demás diligencias correspondientes, el ente de control profirió Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal N° 008 de 22 de marzo de 2002, fijando el faltante de fondos públicos a cargo del ex Gerente de la Beneficencia del Tolima, el ex jefe del Departamento Comercial, la contratista y de ella en su calidad de ex Jefe de Loterías y las compañías de seguros La Previsora S.A. y Seguros del Estado.

Considera que la imputación fiscal se realizó luego de haber caducado la acción fiscal en su contra, porque los hechos ocurrieron durante los meses de marzo a diciembre de 1998, es decir, 4 años antes del auto de imputación de responsabilidad fiscal, por lo cual se había perdido competencia.

Que, además, la Imputación Fiscal la realiza el órgano de control departamental teniendo como fundamento lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 4° de la Ley 610 de 2000, vulnerando lo establecido en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política, que señala que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Señaló que en el mes de diciembre de 2002, el Investigador Fiscal, profirió el fallo de responsabilidad fiscal N° 49, siendo que el competente es el Director Técnico de Responsabilidad Fiscal, quien se limitó a poner un visto bueno.

Que, el fallo viola el debido proceso al señalar que se dicta a título de culpa, no obstante que para esa fecha se había declarado inexecutable lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 4° de la Ley 610 de 2000 mediante la sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002 y, por lo tanto, se debió tener en cuenta el artículo 90 de la Constitución Política, que se refiere a la conducta dolosa y gravemente culposa.

Alude que de las vulneraciones a que ha hecho referencia, la decisión de 11 de diciembre de 2003 que respondió al recurso de apelación que presentó, vulneró el principio de la no reformatio in pejus consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política y en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal, porque le correspondió una condena por una suma mayor a la ya decidida.

Consideró que por lo anterior hubo abuso y desviación de poder, falsa motivación y violación de normas superiores.

I.3- Explicó así el alcance del concepto de violación:

Que se violaron los artículos 89 de la Ley 42 de 1993, vigente para la época de ocurrencia de los hechos; 4°, 39 – 57, 66 y 67 de la Ley 610 de 2000, 17 del Código Penal y 87 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Señaló que los preceptos constitucionales fueron violados por cuanto los actos cuya nulidad se demanda desconocen los principios allí previstos, como son, que los servidores públicos sólo pueden hacer lo que les está estrictamente permitido; que no puede existir empleo sin funciones detalladas en la ley y el reglamento y el debido proceso.

Consideró que no debió imputársele responsabilidad fiscal conforme a las reglas del párrafo 2° del artículo 4° de la Ley 610 de 2002, porque esta norma no existía al momento de la ocurrencia de los hechos materia de investigación y, por lo tanto, se violó el debido proceso, pues no era una norma preexistente al hecho que se imputa; que además esta norma había desaparecido del escenario jurídico por efectos de la sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002, que dispuso que el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4°, párrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional.

En relación con la caducidad de la acción fiscal, se refiere al artículo 67 de la Ley 610 de 2002 que señala que los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Trae a colación las sentencias C-046 de 1994 y T-973 de 1999 de la Corte Constitucional que dispusieron que el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece los términos de caducidad de las acciones, que para el caso de la acción de reparación directa es de 2 años a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa y que 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, el que se aplica al proceso de responsabilidad fiscal,

dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa; que entonces el término de caducidad ya había empezado a correr mucho antes de la expedición de la Ley 610 de 2002.

Finalmente, afirmó que se vulneró el principio de la no reformatio in pejus, porque la responsabilidad solidaria estaba radicada en 3 personas y en la respuesta al recurso de apelación pasó a radicarse en cabeza de 2.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

II.1 El Departamento del Tolima contestó la demanda proponiendo la falta de legitimación en la causa por pasiva, porque los actos acusados fueron expedidos por la Contraloría Departamental del Tolima, ente con autonomía presupuestal y administrativa y totalmente independiente.

Propuso las excepciones de inepta demanda y de absoluta legalidad de los actos demandados.

II.2 La Contraloría General del Departamento del Tolima se opuso a las pretensiones de la demanda.

Consideró que la actora confunde el procedimiento aplicable en el proceso, porque se debe tener en cuenta que si bien es cierto que los hechos hacen referencia a los meses de marzo y diciembre de 1998, es necesario observar lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley 610 de 2000, que dispone que en los procesos de responsabilidad fiscal en los cuales, al entrar en vigencia esta ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en la etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento de la Ley 42 de 1993 y que en lo demás se adecuará a la nueva ley.

Que la Ley 610 de 2000 entró en vigencia el 18 de agosto de ese año y que en esa fecha tan sólo se había proferido auto de apertura de investigación fiscal con fecha 10 de agosto de 2000, por lo que al no haberse proferido auto de apertura de juicio fiscal las actuaciones procesales debían seguirse adelantando al amparo de esta ley.

En cuanto a la caducidad, explicó que los hechos ocurridos fueron de carácter continuo y permanente, así como que finalizaron en diciembre de 1998; que entonces al proferirse el auto de apertura de investigación con fecha 10 de agosto de 2000, fue suspendido el término de caducidad, por cuanto no alcanzaron a transcurrir 2 años sin que el órgano de control iniciara la acción fiscal correspondiente; que la actora fundamenta la caducidad teniendo en cuenta la fecha del auto de imputación de responsabilidad y no la del auto de apertura de la investigación fiscal.

Considera que el fallo de Responsabilidad Fiscal núm. 049 de 2002 sí fue proferido por el competente, pues las funciones estaban adscritas a la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal mediante la Ordenanza núm. 008 de 5 de abril de 2001, el Oficio DTRF-174 de 12 de junio de 2002 que otorgó la comisión y la Resolución 0257 de 21 de mayo de 2001.

Estimó que no es cierto que la conducta se hubiera calificado a título de culpa leve, lo cual se desprende del acto de 11 de diciembre que respondió al recurso de apelación.

Que no es cierto que mediante el acto que respondió al recurso de apelación presentado por la actora, se le hubiera agravado la situación; que si bien es cierto que la responsabilidad solidaria fue radicada en cabeza de tres personas, finalmente quedó radicada en dos, ello es lógico, dado que la suma con que se debía reparar el faltante de los fondos públicos no se podía disminuir.

Propuso la excepción de no haber concurrencia entre las pretensiones de la vía gubernativa y la demanda, porque en aquella pretende la exoneración de todo cargo porque no tiene responsabilidad alguna y en ésta que se declare la nulidad de los actos acusados.

III. FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal en el fallo que se recurre, declaró no probadas las excepciones de inepta demanda y de falta de concordancia entre las pretensiones formuladas en la vía gubernativa y en la vía contenciosa, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto del Departamento del Tolima y negó las pretensiones de la demanda.

Frente al fondo del asunto, se refirió a cada uno de los cargos, así:

Sobre el procedimiento a seguir respecto de las actuaciones que estaban en trámite en procesos de responsabilidad fiscal, una vez entró en vigencia la Ley 610 de 15 de agosto de 1997, señaló que de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 67, no podía aplicarse de manera ultractiva la Ley 42 de 1993, porque la División de Investigaciones Fiscales de la Contraloría ordenó la apertura de la investigación fiscal mediante proveído de 10 de agosto de 2000, el cual se amplió por auto de 4 de mayo de 2001.

En lo relacionado con la caducidad de la acción fiscal, manifestó que de conformidad con el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, la acción fiscal caduca si transcurridos 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, el cual empezará a contarse, para el caso de los hechos de tracto sucesivo desde el último, lo que en este caso ocurrió en diciembre de 1998, luego cuando se ordenó la apertura del proceso de responsabilidad fiscal el 10 de agosto de 2000 contra algunos presuntos responsables fiscalmente, y se amplió por auto de fecha 4 de mayo de 2001, vinculando a la actora en el presente proceso, no habían transcurrido los 5 años.

De otro lado consideró que los actos acusados no desconocieron la sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002, que declaró la inexecutable del parágrafo 2° del artículo 4° y de la expresión "leve" del artículo 53 de la Ley 610 de 2000, porque lo que se declaró inexecutable fue éste término sin excluir la "culpa" como factor de responsabilidad.

En cuanto a la competencia del funcionario que profirió el fallo de responsabilidad fiscal, señaló que si bien es cierto que el investigador fiscal aparece suscribiendo el fallo núm. 049 de 12 de diciembre de 2002, ello no significa que la decisión fue adoptada por éste, dado que de acuerdo con el Manual de Funciones de la Contraloría, el Director Técnico es el competente y por ello lo rubricó, sin que la firma del primero implique la usurpación de competencia.

Finalmente, se refirió al principio de la no reformatio in pejus, para indicar que no es posible afirmar que se violó este principio, porque el fallo de segunda instancia

que se profirió en la vía gubernativa, hubiera desvinculado a uno de los implicados y la actora tuviera que responder por una suma mayor.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

En memorial obrante a folio 161 la parte actora solicita la revocación del fallo apelado, porque con los actos acusados se violaron normas superiores, como son las de competencia y el debido proceso.

Considera que el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política es un derecho fundamental, por lo que de conformidad con el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 2° de la Ley 794 de 2003, las normas procesales son de derecho público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y no podrán ser derogadas, modificadas y sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley; que el fallo apelado no hizo ningún tipo de análisis frente a esta garantía constitucional, porque el fallo de responsabilidad fiscal cita una norma declarada inexecutable.

Argumenta que no es de recibo que un funcionario con simples funciones de apoyo pueda adoptar válidamente decisiones de trascendencia patrimonial para la entidad y los administrados.

Que tampoco comparte el criterio del a quo en el sentido de que no se pueda aplicar en forma retroactiva o ultractiva una norma, que resulte más favorable.

Menciona que el beneficio derivado de la apelación sólo es para quien apeló, porque los efectos son personales y no reales y que por lo tanto en el caso de que existan dos afectados y sólo uno haya apelado, quien consintió la sentencia de primera instancia es porque la consideraba justa, pues quien ejerce la segunda instancia no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso introducido; anota lo anterior para concluir que en la vía gubernativa, el juzgador de segunda instancia desvinculó a uno de los implicados sin que éste hubiera presentado ningún recurso, haciendo más gravosa su situación.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada reiteró lo expresado en la contestación de la demanda e insiste en que no se presentaron las causales de nulidad planteadas por la actora.

El señor Agente del Ministerio Público no se pronunció.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La parte actora en su recurso expone varias inconformidades contra la sentencia apelada que negó las pretensiones, porque considera que los actos acusados, esto es el núm. 49 de 12 de diciembre de 2002 y el expedido el 11 de diciembre de 2003, sí están incurso en causal de nulidad de acuerdo con los cargos que presentó en la demanda. Su inconformidad se resume así:

1. Se puede aplicar en forma ultractiva o retroactiva una norma que resulte más favorable; la Sala entiende que se refiere a la aplicación de la Ley 42 de 1993, que en criterio del actor además era la norma aplicable para la época de los hechos y debió aplicarse en todo el procedimiento.
2. La acción de responsabilidad fiscal había caducado.
3. La imputación fiscal se hizo de conformidad con el artículo 4° de la Ley 610 de 2000 cuya disposición fue declarada inexecutable.
4. Que el funcionario que profirió el fallo fiscal no era competente.
5. Se violó el principio de la no reformatio in pejus.

En orden a dilucidar la controversia, la Sala se referirá a cada una de las inconformidades presentadas por la actora contra el fallo apelado, para lo cual debe hacer el siguiente recuento fáctico:

De conformidad con la Resolución núm. 000054 de 5 de abril de 1999, el Gerente de la Beneficencia del Tolima declaró el incumplimiento del Contrato de Distribución de Loterías suscrito con INVERSIONES J.D., su terminación unilateral y la caducidad administrativa (folio 105 pruebas).

La Contraloría Departamental del Tolima -División de Investigaciones-, mediante proveído de 15 de diciembre de 1999 "Auto de Apertura de la Diligencia Preliminar" resolvió avocar el conocimiento de las indagaciones preliminares, practicar las diligencias que se consideraran convenientes y "determinar a través

del acervo probatorio que se allegue al expediente, si es procedente disponerse la Apertura de la correspondiente Investigación Fiscal” o se ordene su archivo (folios 109 y 110 *idem*).

A folio 215 *idem* reposa copia del Auto de Cierre de Diligencia Preliminar y Apertura de Investigación Fiscal expedido por la División de Investigaciones el 10 de agosto de 2000, de acuerdo con las facultades que le otorgan los artículos 72 a 77 de la Ley 42 de 1993, en el cual no se involucra como presunta responsable a la actora.

El 4 de mayo de 2001, la citada División de Investigaciones dictó el auto “mediante el cual se vincula a un sujeto procesales (sic) a la diligencia fiscal adelantada ante la Beneficencia del Tolima”, en el cual previo un resumen de los actos anteriores, resuelve “vincular al presente investigativo como presunto responsable fiscal a los doctores SAMUEL TRUJILLO ARISTIZABAL Y EDDY ZARATE CORTAZAR, en sus calidades de Gerente y Jefe de Loterías de la Beneficencia del Tolima” y oírlos en versión libre y espontánea.

De conformidad con el auto de imputación de responsabilidad fiscal núm. 008 de 22 de marzo de 2002 (folio 4), la conducta irregular desplegada por la actora se produjo en el año de 1998. Dice el citado auto:

*“...el comportamiento que se reprocha en el presente caso es la presunta gestión fiscal irregular en que incurrieron los señores Samuel Trujillo Aristizabal, Reinaldo Molano, Joaquin Elías Cifuentes Blanco, **Eddy Zárate Cortazar** y Jadidme Florez Castro, en calidades de Gerente, Jefe de Control Interno, Jefe del Departamento Comercial, jefe de Loterías y Distribuidora de Loterías de la Beneficencia del Tolima, ..., con ocasión de los despachos de billetería para los sorteos de la Lotería del Tolima y Extra de Colombia durante el año de 1998 a la Distribuidora Jadidme Florez Castro hasta completar un saldo adeudado a la Beneficencia del Tolima por valor de \$48.356.776.00, quedando sin amparo este saldo, pues la póliza de cumplimiento solo cubre el despacho de un sorteo. **Encontrándose dentro del proceso plenamente demostrado la culpa de los responsables fiscales**, al evidenciarse la negligencia, imprudencia e inobservancia en la conducta desplegada por los funcionarios de la Beneficencia al expedir billetería a una distribuidora que empezó a incumplir con los pagos de los respectivos sorteos y a responder por sus obligaciones con cheques que posteriormente eran devueltos por la causal 2 FONDOS INSUFICIENTES, y sin embargo se seguía expidiendo billetería a la mencionada distribuidora sin percatarse de su nivel de endeudamiento y capacidad para responder. (resalta la Sala)*

1. Frente a la inconformidad relativa a la aplicación de la Ley 42 de 1993, se tiene lo siguiente:

En la fecha en la que ocurrieron los hechos irregulares, la norma vigente era la Ley 42 de 1993, pero al entrar en vigencia la Ley 610 de 2000 el 18 de agosto de ese año, las actuaciones que estaban en trámite en procesos de responsabilidad fiscal, se deberían regir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de ésta, que a la letra dice:

*“ARTICULO 67. ACTUACIONES EN TRÁMITE. En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigencia la presente ley, se **hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en la etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley 42 de 1993.** En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley.*

En todo caso, los términos que hubieren empezado a correr y las citaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. (Resalta la Sala)

En el presente caso la **apertura de investigación fiscal** ocurrió mediante Auto núm. 110 de 10 de agosto de 2000.

La actora considera que el auto de apertura de investigación fiscal es equivalente al auto de apertura a juicio fiscal, por lo que se debe dilucidar si éstos son equivalentes o no.

Sobre el proceso de responsabilidad fiscal, el Capítulo II, artículos 72 a 89 de la Ley 42 de 1993, que fueron derogados por el artículo 68 de la Ley 610 de 2000 disponía, en lo pertinente:

“CAPÍTULO III

EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Artículo 74º.- *El proceso que adelantan los organismos de control fiscal para determinar responsabilidad fiscal puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. **Las etapas del proceso son: Investigación y Juicio Fiscal.***

Artículo 75º.- *La investigación es la etapa de instrucción dentro del proceso que adelantan los organismos de control fiscal, en la cual se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a las decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad.*

Artículo 77º.- Los investigadores de los órganos de control fiscal dictarán el auto de apertura de investigación y, dentro del mismo, ordenarán las diligencias que se consideren pertinentes, las cuales se surtirán en un término no mayor de treinta (30) días, prorrogables hasta por otro tanto.

Vencido el término anterior o su prórroga se procederá, según sea el caso, al archivo del expediente o a dictar **auto de apertura del juicio fiscal**.

Artículo 79º.- El juicio fiscal es la etapa del proceso que se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación.

El auto que ordena la apertura del juicio fiscal se notificará a los presuntos responsables y al asegurador si lo hubiere, en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo, y contra él sólo procede el recurso de reposición.

Artículo 80º.- Si el acto administrativo que da apertura al juicio fiscal no se hubiere podido notificar personalmente, una vez transcurrido el término para su notificación por edicto, la Contraloría designará un apoderado de oficio para que represente el presunto responsable en el juicio.

Artículo 81º.- Terminando el proceso se declarará por providencia motivada el fallo respectivo, el cual puede dictarse con o sin responsabilidad fiscal, y será notificado a los interesados.

Artículo 89º.- En los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso”.

De lo anterior se colige, contrario a lo estimado por la actora, que el auto de apertura de investigación fiscal difiere del auto de apertura a juicio fiscal y que éste es un acto posterior a aquél.

En el presente caso el auto de Apertura de Investigación Fiscal es de 10 de agosto de 2000 y la actora se vinculó a la investigación el 4 de mayo de 2001. Luego, para esta última fecha no se había proferido auto de apertura a juicio fiscal, por ende, le asiste razón al a quo en considerar que el proceso debía regirse por la Ley 610 de 2000, de conformidad con su artículo 67 transcrito.

2. En cuanto al argumento referente a que la acción de responsabilidad fiscal había caducado, debe la Sala hacer algunas precisiones:

El artículo 67 de la Ley 610 de 2000 dispone en su segundo inciso que en todo caso, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación, luego las diligencias que se adelantaron bajo los parámetros de la Ley 42 de 1993, durante su vigencia son válidas.

Como está visto los hechos motivo de investigación ocurrieron cuando estaba vigente la Ley 42 de 1993 y para esa época, contrario a lo que afirma la actora, la acción de responsabilidad fiscal no tenía término de caducidad, de conformidad con lo expresado por la Sección en diferentes providencias, en las cuales ha sostenido que dicha ley no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal y que no obstante que su artículo 89 consagra que en los aspectos no previstos se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso, dado que el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción y del contenido del artículo 17 se desprende que dicho juicio puede ser iniciado en cualquier momento.¹

Ahora bien, la Ley 610 de 2000 sí previó la figura de la caducidad, en los siguientes términos:

“ARTICULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCION. 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. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

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

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública”.

¹ Sentencia del 18 de abril de 2002. RAD. 1994-4586-01 (7211). C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.; sentencia del 15 de noviembre de 2002. RAD. 1995-0104-01 (7417). C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia del 30 de enero de 2004. RAD. 2001-00248-01. C.P. Dra. Olga Ines Navarrete Barrero; sentencia de 20 de septiembre de 2007, RAD. 2000-00277-01, C.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón; sentencia del 5 de febrero de 2009, RAD. 2000-01882-01, C.P. Dr. Marco Antonio Velilla.

Esta circunstancia no afectaría lo actuado en el proceso administrativo antes de la entrada en vigencia de la Ley 610 de 2000; en todo caso, el último hecho generador del daño, como ya se vio en el recuento que se hizo de las actuaciones administrativas, ocurrió en diciembre del año 1998, luego los cinco años para que operara la caducidad de la acción se cumplían en diciembre de 2003 y el fallo de responsabilidad fiscal se profirió el 12 de diciembre de 2002. Por ende, para esta fecha necesariamente ya se había proferido el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal y, en consecuencia, la acción de responsabilidad fiscal no había caducado.

3. Aduce la actora que la imputación fiscal se hizo de conformidad con el artículo 4° de la Ley 610 de 2000, cuya disposición fue declarada inexecutable, lo cual vulneró el artículo 29 de la Constitución Política.

Al respecto, se tiene en cuenta lo siguiente:

El auto de imputación fiscal núm. 008 de 22 de marzo de 2002 antes transcrito impuso responsabilidad fiscal a la actora a título de culpa y no de culpa leve, como lo afirma ésta, y así fue confirmado por el fallo de responsabilidad fiscal núm. 049 de 12 de diciembre de 2002.

El artículo 4° de la Ley 610 de 2000, dispone:

*“ARTICULO 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. (resalta la Sala)*

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.

PARAGRAFO 1o. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

PARAGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE> El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa “leve”.

Y el artículo 53 *ídem* disponía:

“ARTÍCULO 53. FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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”.

La sentencia de la Corte Constitucional C-619 de 8 de agosto de 2002, declaró inexecutable el parágrafo 2° del artículo 4° y la expresión “leve” del artículo 53, pero como lo expresó el Tribunal, no por considerar que la culpa sea ajena a la responsabilidad fiscal, sino por exigirla en la modalidad de la culpa leve; en este sentido la Corte Constitucional consideró que “el criterio normativo de imputación no podía 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”.

Al ser imputable la conducta de la actora a título de culpa, no se violó norma superior.

4. A juicio de la actora, el funcionario que profirió el fallo fiscal no era competente.

Sobre el particular, la Sala advierte lo siguiente:

El Manual de funciones y Requisitos para el desempeño de empleos de la Contraloría Departamental adoptado mediante la Resolución núm. 027 de 18 de mayo de 2001, que obra en documento anexo a la demanda, prevé que el Director Técnico tiene la función general de “Dirigir la conducción y orientación institucional, a través de la determinación y desarrollo de los planes, programas, proyectos, actividades y parámetros que en materia de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva se deban llevar a cabo para el buen funcionamiento” y como una de sus funciones específicas la de efectuar las operaciones que estime convenientes para dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal cuando se hallaren hechos que atenten contra los intereses patrimoniales del Estado y “definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación, concluyendo con fallo, con o sin responsabilidad fiscal”.

La misma resolución atribuye al funcionario especializado, la función de apoyar de forma directa las funciones de la dependencia en la cual presta sus servicios, por lo que, como lo señaló el a quo, si bien es cierto que el auto de imputación fiscal de fecha 12 de diciembre de 2002, aparece suscrito por un investigador fiscal, ello no implica que tomó la decisión, pues el visto bueno que el Director Técnico le imprime (folio 42 del cuaderno principal), indica que éste fue quien la adoptó.

La providencia de 11 de diciembre de 2003, emanada del Despacho del Contralor que confirmó el auto de imputación fiscal, en cuanto a que la actora sí era responsable fiscalmente, fue proferido por el Contralor departamental, de conformidad con las funciones que le otorga el citado Manual.

Todo lo anterior desvirtúa la inconformidad de la recurrente.

5. Considera la recurrente que en segunda instancia se le hizo más gravosa su situación, al desconocer la prohibición de la reformatio in pejus.

La responsabilidad fiscal, no tiene carácter sancionatorio, ni penal, tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 610 de 2000. Así lo ha precisado la Sala en diversas oportunidades, entre ellas, en sentencia de 6 de julio de 2001 (Expediente núm. 1999-0324-01(6570), Consejera ponente doctora María Inés Navarrete Barrero), en la que consideró que este fenómeno no opera frente al procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal. Dijo la Sección:

“... Para la Sala es claro que el principio de la reformatio in pejus, consagrado en el inciso 2° artículo 31 de la Constitución Política, no ostenta todo su rigorismo frente al procedimiento administrativo, pues dicho postulado hace referencia solo a la sentencia penal, y se aplica a la sanción de tipo disciplinario. En cuanto a la remisión al artículo 357 del C.P.C., no resulta de recibo en la actuación administrativa, pues, acorde con el artículo 59 del C.C.A., que establece: “Concluido el término para practicar pruebas, y sin necesidad de auto que así lo declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de convivencia, si es del caso. La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo haya sido antes.”; en algunos casos el ad-quem, al conocer del recurso de apelación, puede ejercer su competencia funcional sin limitación alguna sobre la decisión administrativa impugnada. Ello, para permitir que la administración pueda, desde su estructura interna, dar debido cumplimiento al principio de legalidad aplicando la sanción o medida descrita en la norma, como resultado de tener por probada una contravención de tipo administrativo. Además, cuando el

artículo 357 del C.P.C marca el ámbito de competencia del superior, para indicar que el recurso se entiende interpuesto solo en lo favorable, hace alusión al proceso judicial relativo a controversias entre particulares, mientras que en el caso en estudio, por tratarse de una materia que involucra el bien común, en la medida en que el respeto por las normas urbanísticas redundará en bienestar, tranquilidad y organización social, se trasciende la esfera de lo meramente privado.

Si bien, la reformatio in pejus, más que un principio, constituye una regla técnica del derecho, no es de aplicación absoluta, pues, por el contrario, el ordenamiento jurídico establece las limitaciones propias que restringen su operatividad frente a un caso concreto. Es así, que aunque institución netamente procesal, no tiene una utilización uniforme en todos los procesos judiciales, y si bien puede ser aplicable en algunos procedimientos administrativos, su ámbito depende de la estirpe disciplinaria-sancionatoria que algunos de ellos contengan, y que la norma aplicable lo permita, no cobijando dicho postulado, por lo tanto, al caso sub-examine, puesto que lo demandado evidencia la ausencia de ese carácter en la medida en que los fines que persigue la Ley 388 de 1997 son la promoción, por parte de los municipios, del desarrollo, ordenamiento y uso equitativo del suelo, protección del medio ambiente, prevención de desastres, así como el garantizar la función social y ecológica de la propiedad; dista, por lo tanto, tal objeto del aspecto penal o netamente disciplinario o sancionatorio, a pesar de que la Ley haya previsto sanciones por la violación de normas urbanísticas, impuestas para garantizar su efectividad.

Además de lo anterior, es claro para la Sala que en la vía gubernativa la Administración puede corregir los errores en que haya incurrido el funcionario de inferior jerarquía al expedir el acto recurrido, lo cual permite que el ad-quem pueda llegar a modificar la decisión administrativa que haya adoptado el ad-quo, así esto traiga como consecuencia la aplicación de una sanción mayor a quien actuó como impugnante respecto del acto de primera instancia, cuando lo que se vislumbra es el desconocimiento abierto de la ley.

Se trata, desde luego, de una situación excepcional en la que el inferior, sin justificación alguna, de manera franca y ostensible, inaplica la ley y adopta una decisión completamente distinta, sin que medie o esté en juego la facultad de interpretar la norma ni el ejercicio de atribuciones discrecionales.

Se hace la anterior claridad porque, en este caso, el superior se limitó a darle alcance a la ley tal cual son sus precisiones, en un aspecto que no admite ninguna duda, como lo es, el mínimo de la multa imponible al infractor de normas urbanísticas.

En otras palabras en este caso, más que la vigencia del principio de la reformatio in pejus lo que está en juego es la necesaria vigencia del imperio o aplicación de la ley en un aspecto que no admite la más mínima hesitación, como lo es el atinente al punto señalado.

No se trata entonces de que el superior haya querido agravar la multa sino que se limitó a imponer la que, como mínimo, legalmente

correspondía, al igual que impuso otras medidas para la efectividad de la decisión adoptada.

En este orden de ideas, la expresa remisión que se hace al Código de Procedimiento Civil por el artículo 267 del C.C.A. para los aspectos no contemplados en el mismo, no se aplica en el tema en concreto, pues existe norma especial que regula la materia, artículo 59 del C.C.A., norma que permite que el funcionario de segunda instancia tenga flexibilidad para enmendar el error cometido por su inferior al proferir una decisión abiertamente ilegal”.

....

De manera que la argumentación en la que sustenta la parte actora el cargo del desconocimiento del principio de la reformatio in pejus no resulta de recibo, pues la sanción de multa impuesta a BERTIERI en primera instancia, de una parte, no constituye una pena, como tampoco una sanción de tipo disciplinario, conceptos que tienen su desarrollo en el Código Penal y en el Único Disciplinario, no en la Ley 388 de 1997, donde el tratamiento sancionatorio tiene una identidad y unos fines propios, denominándosele sanción urbanística, como una forma de distinción frente a las demás que el Estado puede imponer respecto del incumplimiento de las obligaciones por parte de los administrados, pero no como consecuencia de la comisión de un delito ni de una falta disciplinaria imputable a un servidor público...”.

Por lo demás, en este caso, mediante el acto administrativo núm. 049 de 12 de diciembre de 2002, se resolvió:

“Elevar a faltante de fondos públicos la suma de (62'988.492.42) M/cte, como daño patrimonial ocasionado a la beneficencia del Tolima, el cual se deja a cargo y bajo Responsabilidad Fiscal Solidaria de los señores SAMUEL TRUJILLO ARISTIZABAL ... Exgerente de la Beneficencia, JOAQUÍN ELÍAS CIFUENTES BLANCO Exjefe del Departamento Comercial, EDDY ZARATE COLTAZAR ... Exjefe de loterías, JADIME FLOREZ CASTRO ... Excontratista, así como las compañías aseguradoras LA PREVISORA S.A. y la Compañía Seguros del Estado ..., como terceros civilmente responsables ...”.

La actora mediante proveído recibido por la entidad demandada el 30 de diciembre de 2002 (folio 715), interpuso los recursos de reposición y apelación contra el fallo núm. 049 de 2002; en respuesta al primero, mediante auto interlocutorio núm. 005 de 10 de febrero de 2003 (folio 783) el fallo fue revocado parcialmente en el sentido de excluir de la responsabilidad fiscal al señor Samuel Trujillo Aristizabal Exgerente de la Beneficencia del Tolima, quien también interpuso el recurso de reposición; el recurso de apelación interpuesto únicamente por la actora fue resuelto mediante acto administrativo de fecha 11 de diciembre de 2003 (folio 812), que resolvió:

“Primero: Modificar el artículo primero del Auto Interlocutorio 005 del 10 de febrero de 2003 proferido por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal, el cual quedará así: Elevar a faltante de fondos públicos la suma de ... 62'988.492.42 m/cte, como daño patrimonial ocasionado a la Beneficencia del Tolima, a cargo y bajo responsabilidad solidaria de EDDY ZARATE CORTES Y JADIDME FLOREZ CASTRO, en sus calidades de Jefe de Loterías y Contratista de la Beneficencia del Tolima para la época de los hechos, actuando como garantes y terceros civilmente responsables las compañías La Previsora y Seguros del Estado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Segundo: Desvincular del presente Proceso de Responsabilidad Fiscal al señor JOAQUÍN ELÍAS CIFUENTES BLANCO...”.

En criterio de la Sala no es que se hubiera agravado la situación de la actora al aumentársele la suma por la cual inicialmente debía responder, sino que al haberse desvinculado del proceso al señor Joaquín Elías Cifuentes Blanco, porque revisados los documentos, se le había imputado, por el hecho de ser el superior jerárquico de la actora, una responsabilidad objetiva que está proscrita en materia de responsabilidad fiscal, lo lógico y coherente era considerar que quienes sí resultaron fiscalmente responsables debían asumir solidariamente la suma elevada a faltante, que fue imputada desde el inicio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia de 9 de agosto de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 20 de enero de 2011.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO