

CONTROL FISCAL - Los procedimientos, sistemas y principios son de reserva legal / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Inaplicación de Acuerdo Municipal ante regulación legal; incompetencia de entidades territoriales para reglamentar materias de reserva legal

Todo lo anterior (Ley 42 de 1993 artículos 1, 4 y 6) significa que la regulación de los procedimientos, sistemas y principios del control fiscal, que comporta la determinación de la responsabilidad patrimonial de quienes ejercen gestión, es de reserva legal, es decir, que le está dada de modo exclusivo al legislador, y por ende, la normativa que en el ejercicio de ese control se ha de aplicar es preferencialmente la contenida en la ley, que en ese entonces era la Ley 42 de 1993, cuya aplicación fue la que reclamó el actor desde los inicios mismos del procedimiento administrativo sub júdice. Por lo tanto, además de que el Acuerdo 015 de 1993 en la normativa indicada es opuesto al artículo 267, inciso segundo, de la Constitución Política, es claro que el acto administrativo acusado violó el artículo 6 de la Ley 42 de 1993, al tiempo que desatendió los artículos 1º y 4º, puesto que en este acto administrativo se aplicó aquél Acuerdo cuando lo que debía aplicarse era la normativa de la citada ley, de modo que contrariando los citados artículos 1º y 4º dejó de aplicar la normativa que estos preceptos le imponían aplicar, los de la misma ley. De otra parte, ninguna de las disposiciones invocadas en el Acuerdo facultan al Concejo Municipal para regular dichos procedimientos. Ellas se refieren a determinar la organización y funciones de la Contraloría Municipal, cuando ellas pueden crearse según las condiciones del respectivo municipio; aspectos muy diferentes a los señalados en la Constitución y la ley en cuanto hace al control fiscal. La oposición del acuerdo en comento con las citadas normas superiores no se obvia por la circunstancia alegada por la entidad demandada, en el sentido de que se limita a reproducir las normas pertinentes de la Ley 42 de 1993, pues ello per se no justifica ni legitima la sustitución de la ley por un acto de menor rango ni puede tomarse como una forma de reglamentación de la misma en grado alguno. Es por ello que ni en la Constitución Política de 1991, ni en la Ley 42 de 1993, se faculta expresamente a las Entidades Territoriales para reglamentar por vía administrativa el ejercicio del control fiscal, ni mucho menos el régimen de responsabilidad fiscal, sin perjuicio de las atribuciones que se les confieren para organizar sus contralorías desde el punto de vista administrativo y presupuestal.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Excepción de inconstitucionalidad / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Acuerdo reglamentario sobre control fiscal: reserva legal en responsabilidad fiscal

Así las cosas, la Sala concluye, en primer lugar, que le asiste razón al actor cuando ha venido insistiendo en la inaplicabilidad del Acuerdo municipal 015 de 1993 en lo concerniente al procedimiento de responsabilidad fiscal que se le adelantó, y al Tribunal a quo al hacer efectiva esa inaplicación para este caso concreto, lo cual afecta de nulidad los actos administrativos aquí demandados por estar fundados en normas inaplicables y, en segundo lugar, dichos actos administrativos son violatorios del artículo 6º de la Ley 42 de 1993 porque debido a lo anterior dejó de aplicar la normativa que este precepto mandaba aplicar preferencialmente, esto es, la pluricitada Ley 42, en lo pertinente al procedimiento de responsabilidad fiscal. Es de observar que efectivamente acertó el Tribunal Administrativo de Santander al inaplicar el citado Acuerdo Municipal 015 de 1993 en consideración a la aplicación de la Excepción de Inconstitucionalidad, criterio que igualmente ha sido aplicado por esta Corporación cuando ha sostenido que: “...Debe reafirmarse que al adoptarse la Constitución de 1991, se consolida el concepto de jerarquización normativa dentro del Ordenamiento Jurídico

Colombiano bajo la premisa según la cual toda norma inferior condiciona su validez en tanto encuentre sustento en otra de carácter superior hasta concluir en la Constitución Política, de tal manera que ésta última tendrá aplicación prevalente frente a las otras en caso de presentarse alguna incompatibilidad entre ellas, a voces de los dispuesto por el artículo 4º Constitucional: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007)

Radicación número: 68001-23-15-000-1997-12928-01

Actor: CARLOS ARTURO ROJAS

Demandado: CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de septiembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso de la referencia, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., el señor **CARLOS ARTURO ROJAS** presentó demanda mediante apoderado ante el Tribunal Administrativo de Santander para que accediera a las siguientes:

1. 1. Pretensiones

Primera.- Que declarara la nulidad de la Resolución núm. 008 de 12 de noviembre de 1996, expedida por la **Contraloría Municipal de Bucaramanga**, mediante la cual lo responsabilizó fiscalmente al pago de diez millones de pesos \$10.000.000.oo.

Segunda.- Que declarara la nulidad de la Resolución Núm. 0001 de 8 de enero de 1997, de la misma entidad de control, mediante la cual confirmó la anterior.

Tercera.- Que, en consecuencia y como restablecimiento del derecho, ordenara a la entidad demandada anular, archivar o revocar el mandamiento de pago que haya proferido en su contra; levantar las medidas cautelares que haya practicado, y retirar su nombre del registro y boletín de deudores de dicha entidad.

1. 2. Los hechos que le sirven de fundamento

En los hechos refiere que en su condición de gerente de la caja de Previsión Social Municipal de Bucaramanga compró un software por veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.oo), y en desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal la Contraloría Municipal determinó que el contrato se cumplió en 50%, por lo cual lo condenó a pagar ese porcentaje.

La decisión obedeció a la no instalación del software en una red que él dejó comprada, pero que su sucesor (Jaime Pinzón de Moya) consideró innecesaria, advirtiendo que el objeto del contrato eran los programas y no la red. En cualquier momento se puede comprar e instalar ya que el contrato se dejó firmado para la compra, pero su sucesor lo revocó, quien además ordenó ajustar los programas de software realizados, lo cual ayudó a tergiversar el concepto.

1. 3. Las normas violadas y el concepto de la violación

Señala como normas violadas por los actos acusados los artículos 4, 29, 83 y 84 de la Constitución Política; 6 y 89 de la Ley 42 de 1993; 1 y Capítulo V de la Resolución orgánica núm. 3466 de 1994; 1º de la Ley 57 de 1985; 57 del C.C.A; 9 y 234 del C. de P.C. y 264, 267 y 270 del C. de P.P. por cuanto la Contraloría Municipal aplicó una regulación sobre el procedimiento de responsabilidad adoptada por el Concejo Municipal (Acuerdo 15 de 1993), siendo que ello le corresponde al legislador; se le violó el debido proceso al no atenderse, entonces, la Ley 42 de 1993

(artículos 6 y 89) y el C.C.A. en lo no previsto en ella; se practicaron 3 dictámenes periciales, cuando lo conducente es que sólo se practique uno, y debe hacerse con dos peritos, y en caso de desacuerdo lo hace un tercer perito; no se le corrió traslado de ninguno de los dictámenes periciales, luego la prueba se obtuvo con violación del debido proceso.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Contraloría Municipal sostiene que los actos acusados se expidieron con el debido proceso, que el Acuerdo 015 de 1993 es aplicable a este caso por cuanto la Resolución 3466 de 1994, de la Contraloría Nacional no es obligatoria; que al actor se le dio traslado de la investigación con todas sus pruebas; que no se discute su buena fe, sino que se le está cobrando lo pagado de más en el contrato citado por cuanto al momento de la entrega aparece constatando que el objeto del contrato se había cumplido a cabalidad, según acta fechada 21 de diciembre de 1994.

III.- LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional sentada en las sentencias SU-620 de 1996 y C- 197 de 1999, concluye que los actos acusados fueron expedidos con base en una normativa municipal abiertamente opuesta a los artículos 6, 29, 121, 124, 150-23 de la Constitución Política, por lo tanto devienen en actos nulos y así los declaró en su parte resolutive y ordenó el restablecimiento del derecho del actor, en la forma pedida por éste.

III.- EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la Contraloría Municipal de Bucaramanga trae a colación las normas de la Ley 42 de 1993 que regulan el procedimiento de responsabilidad fiscal; sostiene que el actor tuvo la oportunidad de conocer las pruebas arrimadas al expediente por haber podido tener acceso al mismo en cualquier momento; que con su silencio sobre las irregularidades que ahora denuncia hubo saneamiento de las mismas; que realizó de manera voluntaria el pago de la suma que le fue impuesta; y que esa suma corresponde al pago innecesario que realizó la entidad a su cargo.

Por lo anterior solicita que se revoque la sentencia apelada y se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- El recurso de apelación se tramitó en debida forma, cuyo traslado para alegar fue descorrido sólo por la parte demandada, la cual reafirma sus argumentos a favor de la legalidad del acto acusado, tanto en sus aspectos sustanciales como procesales y de competencia, y agrega que en las pretensiones de la demanda no se solicita la inaplicación del Acuerdo municipal 015 de 1993 y menos fue demandado, el cual, además, transcribió la Ley 42 de 1993 y fue expedido en ejercicio de las funciones y competencias del Concejo Municipal y no ha sido declarado nulo.

2.- El Ministerio Público guardó silencio en esta instancia.

V.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- El objeto del proceso es el acto administrativo conformado por la Resolución núm. 008 de 12 de noviembre de 1996, expedida por la **Contraloría Municipal de Bucaramanga**, mediante la cual responsabilizó fiscalmente al actor en diez millones de pesos \$10.000.000.00, y su confirmatoria, la Resolución Núm. 0001 de 8 de enero de 1997, de la misma entidad de control.

Dicho acto viene anulado por el a quo en razón a que a su juicio se expidió siguiendo la regulación del procedimiento no emanada del legislador, único competente para efecto, sino del concejo municipal, consignada en el Acuerdo 015 de 1993, por cual considera nulo este acuerdo.

Según el auto de apertura y los actos que le siguieron, en especial el que puso fin a la respectiva actuación administrativa, la normativa que aplicó el fiscalizador en el proceso de responsabilidad fiscal bajo examen efectivamente fue la contenida en el Acuerdo municipal 015 de 1993, en especial los artículos 75, 76, 77, 78, 79, 84 y 86.

La Sala observa que la entidad apelante, en los alegatos de conclusión, controvierte en punto a desvirtuar esas consideraciones y conclusiones argumentando que en las pretensiones de la demanda no se pidió la nulidad del Acuerdo citado, que el mismo es obligatorio mientras no sea anulado, amén de que no hace más que reproducir en lo pertinente las normas de la Ley 42 de 1993, aparte de aducir en la sustentación del recurso un supuesto saneamiento del procedimiento por el silencio del investigado frente a esa cuestión.

Así las cosas, la primera cuestión a dirimir es la aplicabilidad del Acuerdo municipal 015 de 1993 en mención al procedimiento de responsabilidad fiscal que dio lugar al acto administrativo acusado, y en orden a ello se pone de presente que dicho acuerdo fue aportado al proceso por envío que hizo la correspondiente corporación administrativa, tiene enunciado como objeto modificar el Código Fiscal, adoptar nuevo régimen de control fiscal para el municipio de Bucaramanga y la Jurisdicción Coactiva para la Contraloría Municipal. Los fundamentos normativos que al efecto se invocan son los artículo 313 de la Constitución Política, 92 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 66 de la Ley 42 de 1993.

La inaplicación se predica de lo concerniente al régimen de control fiscal, que en el procedimiento de la responsabilidad fiscal está dado en los artículos invocados en el acto acusado, esto es, 75, 76, 77, 78, 79, 84 y 86 del citado acuerdo municipal.

Sobre ese tópico se observa que el artículo 267 de la Constitución Política, inciso segundo, establece que el control fiscal, del cual hace parte la determinación de la responsabilidad fiscal, “se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme los procedimiento, sistemas y principios que establezca la ley.”

Sobre el alcance de este precepto constitucional y su desarrollo legal, se ha dicho que:

“En efecto, según lo preceptuado por el artículo 267 del superior, es función pública exclusiva y excluyente de la Contraloría General de la República ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación.

El legislador, entendió que el ejercicio del control fiscal sobre una entidad, pertenezca o no a la administración se produce cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos, o sea de los que pertenecen al erario, con el fin de que se cumplan los objetivos que el legislador constitucional pretende, toda vez que el control fiscal persigue el recaudo y la inversión debida de los fondos públicos, conforme con las determinaciones legales del caso, o sea con presupuestos validamente adoptados sobre el monto de las ventas por recaudos y los gastos e inversiones en servicios por hacer.

De esta manera el control como función pública que ejerce la Contraloría General de la República, vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación, en los términos de la Ley 42 de 1993.”¹.

En desarrollo de ese precepto se tenía para la fecha de los hechos la Ley 42 de 1993, y ello explica que los artículos 1, 4 y 6 de ésta prescriban lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. La presente Ley comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero, de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal y de los procedimientos jurídicos aplicables.

ARTÍCULO 4o. El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, (...) conforme a los procedimientos, sistemas, y principios que se establecen en la presente Ley.

ARTÍCULO 6o. Las disposiciones de la presente Ley y las que sean dictadas por el Contralor General de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 268 numeral 12 de la Constitución Nacional, primarán en materia de control fiscal sobre las que puedan dictar otras autoridades.”

Todo lo anterior significa que la regulación de los procedimientos, sistemas y principios del control fiscal, que comporta la determinación de la responsabilidad patrimonial de quienes ejercen gestión, es de reserva legal, es decir, que le está dada de modo exclusivo al legislador, y por ende, la normativa que en el ejercicio de ese control se ha de aplicar es preferencialmente la contenida en la ley, que en

¹ YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho del Control Fiscal*. Universidad Externado de Colombia. Pág. 204.

ese entonces era la Ley 42 de 1993, cuya aplicación fue la que reclamó el actor desde los inicios mismos del procedimiento administrativo sub júdice.

Por lo tanto, además de que el Acuerdo 015 de 1993 en la normativa indicada es opuesto al artículo 267, inciso segundo, de la Constitución Política, es claro que el acto administrativo acusado violó el artículo 6 de la Ley 42 de 1993, al tiempo que desatendió los artículos 1º y 4º, puesto que en este acto administrativo se aplicó aquél Acuerdo cuando lo que debía aplicarse era la normativa de la citada ley, de modo que contrariando los citados artículos 1º y 4º dejó de aplicar la normativa que estos preceptos le imponían aplicar, los de la misma ley.

De otra parte, ninguna de las disposiciones invocadas en el Acuerdo facultan al Concejo Municipal para regular dichos procedimientos. Ellas se refieren a determinar la organización y funciones de la Contraloría Municipal, cuando ellas pueden crearse según las condiciones del respectivo municipio; aspectos muy diferentes a los señalados en la Constitución y la ley en cuanto hace al control fiscal.

La oposición del acuerdo en comento con las citadas normas superiores no se obvia por la circunstancia alegada por la entidad demandada, en el sentido de que se limita a reproducir las normas pertinentes de la Ley 42 de 1993, pues ello per se no justifica ni legitima la sustitución de la ley por un acto de menor rango ni puede tomarse como una forma de reglamentación de la misma en grado alguno, pues cuando se trate de autoridades distintas del Presidente de la República, quien tiene la cláusula general de competencia reglamentaria respectiva, esa facultad sólo puede ejercerse en virtud de facultad constitucional o legal expresa y sobre materias determinadas; v. gr. la señalada en los numerales 1, “Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo de los municipios”; y 7, “Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites fijados por la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”, del artículo 313 de la Constitución Política.

Es por ello que ni en la Constitución Política de 1991, ni en la Ley 42 de 1993, se faculta expresamente a las Entidades Territoriales para reglamentar por vía administrativa el ejercicio del control fiscal, ni mucho menos el régimen de responsabilidad fiscal, sin perjuicio de las atribuciones que se les confieren para organizar sus contralorías desde el punto de vista administrativo y presupuestal.

“La sectorización en el nivel territorial está referida a la configuración, las competencias y los atributos que adquiere el ejercicio del control fiscal en los departamentos, municipios y distritos. La Constitución Política en el artículo 272 les asigna a las asambleas y a los concejos, según el caso, la facultad de organizar sus contralorías, como entidades técnicas, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. A su vez esta disposición les fija su marco de competencia, señalando que los contralores ejercerán en su jurisdicción las funciones que le son atribuidas al Contralor General de la República por el artículo 268 Constitucional y las demás que asigne la Ley.”²

Así las cosas, la Sala concluye, en primer lugar, que le asiste razón al actor cuando ha venido insistiendo en la inaplicabilidad del Acuerdo municipal 015 de 1993 en lo concerniente al procedimiento de responsabilidad fiscal que se le adelantó, y al Tribunal a quo al hacer efectiva esa inaplicación para este caso concreto, lo cual afecta de nulidad los actos administrativos aquí demandados por estar fundados en normas inaplicables y, en segundo lugar, dichos actos administrativos son violatorios del artículo 6º de la Ley 42 de 1993 porque debido a lo anterior dejó de aplicar la normativa que este precepto mandaba aplicar preferencialmente, esto es, la pluricitada Ley 42, en lo pertinente al procedimiento de responsabilidad fiscal.

Es de observar que efectivamente acertó el Tribunal Administrativo de Santander al inaplicar el citado Acuerdo Municipal 015 de 1993 en consideración a la aplicación de la Excepción de Inconstitucionalidad, criterio que igualmente ha sido aplicado por esta Corporación cuando ha sostenido que:

*“En efecto, tal como se expuso inicialmente, los actos acusados devienen del incumplimiento de la Resolución núm. 171 de Septiembre de 1997, por medio de la cual el **SENA** le impuso al **ISS** una cuota para la contratación de aprendices, circunstancia que notoriamente conduce a considerar que igualmente en este caso procede la inaplicación de aquel acto administrativo por ser violatorio del artículo 123 Constitucional, dado que subsisten los mismos supuestos tenidos en cuenta por esta Corporación para tomar la decisión en el fallo acogido como referencia del actual.*

Debe reafirmarse que al adoptarse la Constitución de 1991, se consolida el concepto de jerarquización normativa dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano bajo la premisa según la cual toda norma inferior condiciona su validez en tanto encuentre sustento en otra de carácter superior hasta concluir en la Constitución Política, de tal

² GÓMEZ LEE, IVÁN DARIO. *Control Fiscal y Seguridad Jurídica Gubernamental*. Universidad Externado de Colombia. Pág. 184.

manera que ésta última tendrá aplicación prevalente frente a las otras en caso de presentarse alguna incompatibilidad entre ellas, a voces de los dispuesto por el artículo 4º Constitucional: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Consecuentemente, también se reitera que con el precepto transcrito se amplía el sistema de control constitucional por vía de excepción por cuanto ya no sólo procede la comparación entre la Ley y la Constitución para efectos de determinar la incompatibilidad y la aplicación jerárquica de la norma superior, sino que, además, es pertinente llegar a la misma decisión mediante la comparación de un acto administrativo con el texto constitucional que nos rige...”³

Por consiguiente, el recurso no prospera y deberá confirmarse la sentencia apelada, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

FALLA

CONFIRMASE sentencia apelada, de 30 de septiembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso de la referencia, mediante la cual declara la nulidad de la Resolución núm. 008 de 12 de noviembre de 1996, de la **Contraloría Municipal de Bucaramanga**, mediante la cual había declarado al actor fiscalmente responsable por diez millones de pesos \$10.000.000.00.; y su confirmatoria, la Resolución Núm. 0001 de 8 de enero de 1991, de la misma entidad de control, y ordenó el restablecimiento del derecho.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 30 de agosto de 2007.

³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Actor: Instituto de los Seguros Sociales. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

MARTHA SOFIA SANZ TOBÓN
Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA **MARCO ANTONIO VELILLA M.**