

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., cinco (05) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 47001-23-31-000-2000-00723-02

Actor: PEDRO MIGUEL VICIOSO COGOLLO

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho - Fallo de segunda instancia.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Contraloría General de la República, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, el 19 de septiembre de 2013, por medio de la cual, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El señor **VICIOSO COGOLLO**, mediante apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, el 15 de septiembre del 2000, en la que formuló las siguientes pretensiones:¹

«1º. Que son nulos los fallos con responsabilidad fiscal números 008 de fecha diciembre 28 de 1999 y el No. 001 calendado febrero 21 del año 2000, proferidos por la Contraloría General de la República, Unidad de Acciones Fiscales y Jurídicas, División de Juicios Fiscales del Magdalena; y el fallo No. 0061 fechado junio 2 del 2000, expedido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, Dirección de Juicios Fiscales en Santafé de Bogotá, D.C.

2º. Una vez en firme la sentencia que le ponga fin a la presente acción, se libre comunicación al ente administrativo que expidió los actos materia de anulación, para los efectos legales pertinentes».

¹ Fls. 3 – 7. C. 1. Poder fl. 2. C. 2.

1.2. Fundamentos fácticos

En síntesis, el actor planteó los siguientes:

1.2.1. El demandante se desempeñó como Director de Relaciones Industriales de la Empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo de Santa Marta entre el 4 de mayo hasta el 12 de julio de 1992.

1.2.2. La Contraloría General de la República (en lo sucesivo CGR), a través de la Sección Territorial de Examen de Cuentas del Magdalena profirió el aviso de observación No. 543 del 28 de julio de 1993, con fundamento en el cual, la Seccional Territorial de Juicios Fiscales del Magdalena inició investigación contra el señor **VICIOSO COGOLLO** y demás exfuncionarios del puerto, correspondiente a la cuenta comprendida entre el 14 de junio de 1991 hasta el 3 de febrero de 1993, aplicando las disposiciones contenidas en la Resolución Orgánica No. 014500 de octubre 8 de 1992, cuyo Artículo 50 reza: *«La presente Resolución rige a partir del 1º de enero de 1993, con excepción del Capítulo V que rige a partir de la fecha de expedición»*.

1.2.3. El ente fiscalizador cometió un grave error al iniciar un juicio fiscal con fundamento en la Resolución Orgánica No. 14500 del 8 de octubre de 1992, que había sido derogada en forma tácita por la Ley 42 de enero 26 de 1993, que en su artículo 110 dispone *«La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga la Ley 42 de 1923; el Decreto-ley 911 de 1932; la ley 58 de 1946; el Decreto-ley 3219 de 1953; la Ley 151 de 1959; el Decreto 1060 de 1960; la Ley 20 de 1975; artículos 2.4.13.2.25, 2.4.13.4.4 del Decreto 2505 de 1991 y las demás disposiciones que le sean contraria»*.

1.2.4. Tanto la Ley 42 de 1993 como la Resolución Orgánica citada establecen distintos procedimientos en el desarrollo de la investigación y el juicio fiscal correspondiente, especialmente en lo relacionado con términos, denominación de las diversas etapas y los recursos procedentes. Los funcionarios de la Contraloría General que adelantaron la investigación reconocieron que la Ley 42 de 1993 estaba vigente en la época en que fue expedido el aviso de observación No. 543 de 28 de julio de 1993, pero que

también regía la Resolución Orgánica; no obstante, a juicio del actor, la accionada, desconoció el orden jerárquico de las normas al aplicar una Resolución Orgánica expedida por el Contralor General de la República, en lugar de una ley del Congreso.

1.3. Cargo único

El demandante consideró como disposiciones violadas el artículo 29 de la Constitución Política; el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal (CRPM); el artículo 71, inciso 3º, del Código Civil (CC); el artículo 40 de la Ley 153 de 1887; el artículo 140, numeral 4º, del Código de Procedimiento Civil (CPC); «*los artículos 2º y 8º de la Ley 57 de 1985*» y los artículos 77, 79, 80 y 110 de la Ley 42 de 1993.

Como fundamento del concepto de violación a las precitadas normas indicó:

Cuando la CGR produjo el aviso de observaciones No. 543 de **28 de julio de 1993**, desconoció la vigencia de la Ley 42 de 1993 y, por ende, violó el artículo 240 del CRPM, pues esta ley empezó a regir el **26 de enero de 1993**.

No es posible que rijan simultáneamente dos preceptos legales emanados de órganos diferentes, regulando la misma situación, por lo que, se violó el artículo 71 CC que señala que la derogación es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

Se desconoció, de igual manera, la Ley 153 de 1887, según la cual las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir (artículo 40).

Así, cuando se profirió el aviso de observaciones No. 543 de 28 de julio de 1993, se violó la Ley 42 de 1993 por cuanto no se aplicaron sus preceptos, relacionados con el procedimiento y las ritualidades que debían regir el trámite de la investigación y del juicio fiscal correspondiente, toda vez que, ambos ordenamientos contemplan trámites diferentes en sus distintas etapas.

Señaló que mientras la Resolución Orgánica No. 14500 de 1992, establece que el juicio fiscal se inicia con el auto admisorio del aviso de observaciones, el cual debe proferirse dentro de los 5 días siguientes a la recepción por la Sección Territorial de Juicios Fiscales; la Ley 42 de 1993, en cambio, preceptúa que el auto que ordena la apertura del juicio fiscal, se profiere una vez vencidos los 30 días o la prórroga de la investigación fiscal, término del que disponen los funcionarios de los órganos de control fiscal para dictar, bien, el auto de apertura de investigación o, en su defecto, el archivo del trámite.

El desconocimiento de las disposiciones legales constituye **una violación al debido proceso** por cuanto se aplicó al juicio fiscal un procedimiento diferente al que legalmente correspondía.

2. Trámite de primera instancia

2.1. El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante auto del 19 de diciembre de 2000, admitió la demanda y negó la suspensión provisional de los actos cuestionados, toda vez que no se evidenció la manifiesta y palmaria infracción de las normas para su procedencia y profirió las órdenes consecuenciales como notificar personalmente a la CGR.²

2.2. Contestación

La CGR solicitó desestimar las súplicas de la demanda, por cuanto no infringió ordenamiento de carácter legal, ni ha desconocido el debido proceso, pues los actos administrativos contenidos en los fallos de responsabilidad fiscal, fueron expedidos con todas las ritualidades de la ley. En dicho proceso, se le otorgaron al señor **VICIOSO COGOLLO** todos los medios de defensa y todas las garantías procesales de que dispone el mismo.³

Los actos acusados fueron expedidos dentro de los parámetros normativos de la Resolución Orgánica No. 14500 de 8 de octubre de 1992 y la Ley 42 de 1993 y del artículo 267 de la Constitución

² Fls. 61 – 64. C. 1. La parte demandante inconforme con la negativa a la suspensión provisional, la apeló. La Sección Primera del Consejo de Estado con providencia del 3 de mayo de 2002, la confirmó. Fls. 6 – 13. C. del recurso.

³ Fls. 117 – 122. C. 1.

Política. El aviso de observaciones No. 543 de 28 de julio de 1993 se produjo con base en hechos acaecidos e investigaciones iniciadas antes de la expedición de la Ley 42 de 1993, pero las decisiones cuestionadas se fundaron en ésta.

Arguyó no es cierto que la Entidad no haya aplicado la Ley 42 de 1993, que según el accionante era la disposición vigente para el caso que nos ocupa, ya que la citada preceptiva legal sí se aplicó como complemento de la Resolución No. 14500 de 1992, al entrar en vigencia en enero de 1993, pues la citada ley implantó el nuevo sistema y ejercicio del control fiscal en los niveles Nacional, Departamental y Municipal, pero el trámite continuaba con la referida Resolución, en razón a que la referida ley en cita no se había reglamentado.

Concluyó, que los actos acusados fueron expedidos dentro de los parámetros de la Constitución y la ley.

2.3. Impedimentos en el Tribunal Administrativo del Magdalena

Los Magistrados Martha Isabel Castañeda Curvelo y Adonay Ferrari Padilla, el 23 de septiembre de 2005, manifestaron estar impedidos para conocer del presente proceso, por haber conocido, en el año 2002, una acción de tutela promovida por el hoy demandante contra la CGR, en la que solicitó el levantamiento de embargo del salario del que devengaba aquel, dentro del proceso de responsabilidad fiscal que fue fallado el 28 de diciembre de 1999, lo que en el sentir de los manifestantes, configura la causal establecida en el numeral 2º, artículo 150 CPC.⁴

El Tribunal Administrativo del Magdalena declaró fundado el impedimento del Magistrado Ferrari Padilla, mediante auto del 28 de enero de 2013, en cuanto al manifestado por la doctora Castañeda Cúvelo no se pronunció, pues para esa fecha ya no pertenecía a la Corporación.⁵

3. Fallo de primera instancia

⁴ Fls. 101 – 102. C. 2.

⁵ Fls. 109 – 110. C. 2.

El Tribunal Administrativo de Magdalena, mediante sentencia de 19 de septiembre de 2013, resolvió:⁶

«**PRIMERO: DECLÁRESE** la nulidad de los Fallos con Responsabilidad Fiscal No. 008 del 28 de diciembre de 1999 y No. 001 del 21 de febrero del 2000, proferidos por la Contraloría General de la República, Unidad de Acciones Fiscales y Jurídicas, División de Juicios Fiscales del Magdalena; y, del Fallo No. 0061 del 2 de junio del 2000, expedido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, Dirección de Juicios Fiscales en Santafé de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS, por no aparecer causadas».

Para fundamentar la anterior decisión citó apartes de su antecedente de **31 de julio del 2000, con radicado 4798**, mediante la cual resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada, en oportunidad anterior por el hoy actor **PEDRO VICIOSO COGOLLO** contra la CGR. En dicha oportunidad se declaró la nulidad del Fallo No. 00002 del 7 de febrero de 1996 y del Auto No. 003 del 18 de abril de 1996, proferidos por la CGR, Jefe de la División Juicios Fiscales del Magdalena. Resaltó que dicho proceso de responsabilidad fiscal se adelantó con base al «*Auto de Conclusiones del Acta de Visita Fiscal No. 26353*», el cual sirvió, de igual manera, como base al proceso de Responsabilidad Fiscal adelantado en el caso que actualmente ocupa la atención de la Sala y, dado que también se planteó la concurrencia normativa, consideró pertinente traer a colación el estudio hecho sobre el conflicto de normas en el tiempo, que realizó en aquella ocasión, en los siguientes términos:

«“(…) El ordenamiento jurídico colombiano ha resuelto los conflictos surgidos por el tránsito de legislación procesal, otorgándole a esta clase de normas lo que la doctrina denomina “*efecto general inmediato*” esto es, aplicación inmediata, y podríamos decir “*instantánea*” a los procesos que luego de expedirse la Ley, continúen en trámite o estén pendientes de tramitarse. Así se desprende de lo preceptuado por el Art. 40 de la Ley 153 de 1887: “*las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde que empiezan a regir (…)*”. Pero si bien es en carácter general, tolera algunas concesiones, obviamente de los procesos pendientes: “(…) pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación.” Estas excepciones, según la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de mayo 17 de 1991, “*están significando, entonces, que la Ley antigua tiene respecto de ellas, **ultractividad**; de suerte tal que si una actuación, una diligencia o un término, ha*

⁶ Fls. 112 – 118. C. 2.

empezado a tener operancia y no se han agotado cuando adviene la Ley nueva, ellas y él terminarán regulados por la Ley antigua. Salvedades que se muestran imperiosas y plenamente justificadas en aras del orden procesal (...)" y continúa explicando: "(...) la actuación a la norma no puede ser sino aquella parte o fracción que dentro de un proceso tiene identidad propia, que es fácilmente identificable en su comienzo como en su fin, de modo tal que superada ella, es reemplazada por otra que, ostentando igualmente las características mencionadas, la hacen inconfundible con la anterior" (Subrayado fuera del texto original). (...)».⁷

Con base en lo anterior, al descender al caso concreto que se analiza en el presente, explicó que el acta de visita fiscal No. 026353 del 16 de abril de 1993, se realizó en virtud de la Resolución No. 9196 del 21 de octubre de 1992, que dispuso una comisión de la visita, por lo que le era aplicable la Resolución Orgánica No. 014500 de 1992, motivo por el cual a partir del acta de visita surgió la duda de si debió continuarse en esta etapa preliminar con lo establecido en la Resolución Orgánica o si por el contrario, debía darse aplicación inmediata a la Ley 42 de 1993, una vez ésta entrara en vigencia.

Para resolver tal inquietud, nuevamente acudió a lo indicado en el fallo antecedente precitado, que sobre el mismo tema se pronunció, en los siguientes términos:

«“(...) Considera este Tribunal que la Resolución en comento fue derogada solo parcialmente por la Ley 42 de 1993, y una respuesta al anterior planteamiento solo surgiría después del siguiente análisis:

En primer lugar se advierte que la Resolución Orgánica No. 014500 de 1992 fue expedida bajo el título: “Por la cual se dictan normas sobre la rendición y la revisión de cuentas, los juicios fiscales, las sanciones pecuniarias y la jurisdicción coactiva” de donde se desprende que consagraba un procedimiento especial y particular para los sistemas de Control Fiscal denominados Rendición y Revisión de Cuentas.

La Ley 42 de 1993 por su parte, preceptúa en su artículo 9º: “para el ejercicio del Control Fiscal se podrá aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes (...)”.

Posteriormente, el artículo 14 de la mencionada Ley explica en qué consiste el sistema de control “revisión de cuentas”: “artículo 14.- la revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera, y contablemente un periodo determinado, con miras a establecer la economía, la eficiencia y equidad de sus actuaciones”; completa con el artículo 15 preceptuando:

⁷ Resaltados del original.

{sic} “para efectos de la presente Ley se entiende por cuenta el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones responsables del erario.”

Ahora bien, entendido el concepto de “revisión de cuenta” como sistema de Control Fiscal que trae la supramencionada Ley, aparece la pregunta de cómo debe realizarse dicha revisión de cuentas, es decir, ¿en qué forma y mediante que procedimientos debe llevarse a cabo el estudio especializado del que nos habla el artículo 14 antes transcrito?

La Ley nada dice al respecto, como sí lo hace la Resolución Orgánica No. 014500 de 1992, cuando en todo su capítulo II establece el procedimiento para “revisar una cuenta”, especificando quienes son competentes, los objetivos y consecuencias de la revisión, contenido del aviso de observaciones y procedimiento a seguir.

Ciertamente los funcionarios de la Sección Territorial de Examen de Cuentas del Magdalena no adecuaron su proceder a los lineamientos de la Ley 42 de 1993 en esta etapa del proceso. Pero tal adecuación no se llevó a cabo debido a que dicha normatividad no indicaba como debía adelantarse el Sistema de Control “Revisión de Cuenta”, y mal podría entonces, este Tribunal, exigir a los funcionarios que efectuaron dicha diligencia, una conducta distinta a la realización, es decir, interpretar en forma sistemática la supramencionada Resolución junto a la Ley 42 de 1993, en todo lo relacionado con la Revisión de Cuentas, profiriéndose por lo tanto el Aviso de Observaciones No. 000543 del 28 de julio de 1993, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 11 y 12 de la Resolución en comento.

Ahora bien, la supramencionada Resolución Orgánica exigía para el inicio del Juicio Fiscal un Acto Administrativo Complejo, compuesto por el Aviso de Observaciones y el Auto Admisorio de dicho Aviso. Surge entonces el siguiente problema jurídico ¿debió proferirse en el proceso fiscal seguido al señor Vicioso Cogollo Auto de Apertura de Juicio Fiscal como lo establece el artículo 77 y 78 de la Ley 42 de 1993?

Evidentemente si debió proferirse dicho auto, pues la Ley 42 de 1993 así lo exige, y además debió continuarse lo que restaba del proceso con el procedimiento señalado en la mencionada Ley, pues esta última derogó tácitamente todo el capítulo relacionado con la etapa de Juicio Fiscal que consagraba la Resolución Orgánica No. 014500 de 1992.

Observa la Sala que los funcionarios de la Sección Territorial de Juicios Fiscales del Magdalena aplicaron, en el proceso seguido contra el señor VICIOSO COGOLLO, todo el capítulo II de la estudiada Resolución, tratando de interpretar en forma sistemática las dos normatividades en comento, como lo hicieron en la etapa anterior al juicio, olvidando que en el artículo 89 de la Ley 42 de 1993, el cual hace parte del Capítulo III – El Proceso de Responsabilidad Fiscal-, Remite {sic}, en los aspectos no previstos en el Capítulo, a las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal, según el caso, lo cual hace imposible que se suplan las falencias de la Ley 42 de 1993 con los preceptos de la Resolución Orgánica No. 014500 de 1992. (...)”».

A partir de lo anterior, concluyó que en el caso bajo estudio ocurrió lo mismo, pues a pesar de que la Resolución Orgánica No. 14500 de 1992 consagraba un procedimiento expreso y preciso para la etapa de Juicio Fiscal, la intención del legislador ha sido la de «*redisciplinar*» toda la materia, y si el mecanismo concebido para ello ha sido el de la remisión, debe respetarse y acatarse en cumplimiento del artículo 230 de la Constitución Política, por lo que al continuar aplicando los preceptos de la Resolución Orgánica No. 014500 de 1992 se actuó en contravía de lo señalado en la Ley 42 de 1993, conforme a la cual se debió haber seguido esta regulación y esta etapa procesal.

Conforme a lo expuesto, consideró el Tribunal Administrativo de Magdalena consideró que debía declararse la nulidad de los actos administrativos acusados, por haber seguido en forma irregular el procedimiento consagrado para su expedición, situación que se encuentra expresamente regulada en el CCA como causal de nulidad, y que en forma directa atenta contra el artículo 29 constitucional.

4. Apelación

La CGR inconforme con la anterior decisión la apeló. Solicitó revocarla y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.⁸

Explicó que es inoperante la nulidad deprecada de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró fiscalmente responsable al señor **VICIOSO COGOLLO**, pues no existen las irregularidades sustanciales alegadas, que afectaren gravemente el proceso y aún más el derecho de defensa del implicado y mucho menos la falta de competencia.

Precisó que una vez vencido el término y recaudado el material probatorio suficiente, pertinente y conducente, el funcionario competente profirió decisión de fondo, denominado «*fallo con responsabilidad fiscal*», ello en virtud de la Ley 42 de 1993, amparado igualmente por la Resolución Orgánica No. 14500 de 1992, vigente para la época de los hechos como se enunció en el fallo de responsabilidad fiscal, que ahora se cuestiona. Las pruebas recaudadas, condujeron a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación con culpa y de la relación de

⁸ Fls. 120 – 135. C. 2.

causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario.

Así, vemos entonces que durante el proceso de responsabilidad fiscal en las sendas actuaciones que lo componen, fueron dadas las oportunidades procesales para controvertir el material probatorio, que soporta la existencia del daño al patrimonio del Estado.

Por otro lado, puso de presente que el Tribunal Administrativo de Magdalena tomó como «*precedente*» para resolver el caso, la providencia por él proferida el 31 de julio de 2000, cuyo actor también era el señor **PEDRO VICIOSO COGOLLO**, donde cuestionaron los actos adoptados dentro de «*otro proceso de Responsabilidad Fiscal*», pero no se revisó ni se analizó que ésta fue revocada por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 13 de septiembre de 2001, en la cual se decidió la apelación interpuesta por la CGR, donde analizó la aplicación de la ley procesal en el tiempo en los juicios de responsabilidad fiscal, que adelanta dicho órgano de control, revocando la nulidad declarada y, en su lugar, negó las pretensiones allí elevadas

Por lo expuesto, está demostrada la legalidad de los actos administrativos demandados, motivo por el cual, se reitera la solicitud inicial de revocar el fallo apelado y, en su lugar, se nieguen las pretensiones, pues el proceso de responsabilidad fiscal seguido contra el demandante, se realizó bajo la normativa vigente para la fecha de los hechos y del juicio, y se respetó el debido proceso del señor **PEDRO MIGUEL VICIOSO COGOLLO**.

5. Trámite de segunda instancia

Mediante auto del 15 de octubre de 2015, la Sección Primera del Consejo de Estado admitió la apelación presentada y ordenó los traslados de ley.⁹

Sin intervención del Ministerio Público.

II. CONSIDERACIONES

El Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera

⁹ Fl. 5. C. 3.

instancia por los Tribunales Administrativos, de conformidad con el artículo 129 numeral 1º del CCA y, en cumplimiento al Acuerdo No. 357 de 5 de diciembre de 2017 celebrado entre las Secciones Quinta y Primera ante la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Quinta de la Corporación es competente para proferir la decisión de segunda instancia en el proceso de la referencia, en tanto ha sido remitido dentro del acuerdo de descongestión por la Sección Primera.

1. El fondo del asunto

Se debe establecer si el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo de Magdalena se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la apelación presentada por la Contraloría General de la República, quien afirmó no haber afectado el debido proceso del señor **PEDRO MIGUEL VICIOSO COGOLLO**, al sostener que esta garantía no se vio afectada al regir parte del juicio de responsabilidad fiscal, con la Resolución Orgánica No. 014500 del 8 de octubre de 1992, en concurrencia con la aplicación de la Ley 42 de 1992, vigente al momento del inicio de éste.

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de los siguientes actos administrativos:

- i. Fallo No. 008 del 28 de **diciembre de 1999**, por medio del cual la Unidad de Acciones Fiscales y Jurídicas de la División de Juicios Fiscales de la Seccional Magdalena, de la Contraloría General de la República, declaró fiscalmente al accionante por la suma de \$84'026.466,14 (ver folios 35 a 57 del cuaderno No. 1 del expediente ordinario allegado en calidad de préstamo).
- ii. Fallo No. 001 del 21 de **febrero de 2000**, por medio del cual la Unidad de Acciones Fiscales y Jurídicas de la División de Juicios Fiscales de la Seccional Magdalena, de la Contraloría General de la República, por medio del cual resolvió el recurso de reposición contra el anterior acto, confirmándolo (ver folios 29 a 34 del cuaderno No. 1, *idem*).
- iii. Fallo No. 61 del 2 de **junio de 2000**, por medio del cual la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales

y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, por medio del cual resolvió el recurso de apelación contra el acto administrativo (fallo No. 008 del 28 de diciembre de 1999) que lo confirmó en todas sus partes (ver folios 21 a 43 del cuaderno No. 1, *idem*).

Por razones metodológicas, la Sala realizará el siguiente estudio: **a)** el debido proceso en los juicios de responsabilidad fiscal; **b)** la regulación de éste en la Resolución Orgánica No. 014500 de 1992; **c)** el juicio fiscal en la Ley 42 de 1993 y, finalmente, **d)** el caso concreto.

a) El debido proceso en los juicios de responsabilidad fiscal

La Constitución Política de Colombia, dentro del título II, sobre los derechos, las garantías y los deberes, fijó el debido proceso como pilar fundamental de los administrados, irradiando tanto las actuaciones judiciales como administrativas, estableciendo en su artículo 29, lo siguiente:

«El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y **con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.**

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso».¹⁰

Por su parte, el artículo 267 constitucional asentó el control fiscal como una función pública que ejerce la Contraloría General de la República, que se realizará *«en forma posterior y selectiva*

¹⁰ Énfasis de la Sala.

conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley».¹¹

La Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y haciendo alusión a la Corte Constitucional, sobre el debido proceso, manifestó, lo siguiente:¹²

«La Corte Constitucional, en sentencia C-217 de 1996, con ponencia del Magistrado doctor José Gregorio Hernández, precisó el alcance del artículo 29 de la Carta Política, así:

“...Aplicación directa de las normas constitucionales

“...Ahora bien, la propia norma del artículo 29 de la Constitución señala como uno de los elementos integrantes del debido proceso la sujeción a las reglas y procedimientos plasmados por el legislador para el respectivo juicio. Por eso, manifiesta con claridad que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente, según las reglas de la ley, y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, también previstas en la ley, lo cual implica que la normatividad legal es punto de referencia obligado para establecer en cada caso concreto si se acatan o desconocen las reglas del debido proceso.

De todo ello se deduce que una cosa es la efectividad de la garantía constitucional, que no depende de la ley en cuanto no proviene de ésta, y otra muy distinta, la verificación acerca del contenido del debido proceso en relación con cada caso, que siempre tendrá por factor de comparación lo dispuesto en la ley correspondiente. Eso implica que, si bien el derecho constitucional al debido proceso no precisa de un estatuto legal que lo haga reclamable de manera inmediata y plena, siempre habrá de verse, para deducir si tal derecho ha sido respetado o es objeto de violación, cuáles son las reglas procesales aplicables en el evento específico, es decir, las generales y abstractas, vigentes con anterioridad e integrantes de la ley prevista para cada proceso...”

La Sala comparte plenamente el criterio plasmado en los apartes de la providencia transcrita, pues el debido proceso no es abstracto, sino que necesariamente ha de concretarse en una normatividad específica que lo consagre y frente a la cual se puedan establecer las diferentes etapas y términos que gobiernan determinada actuación, frente a la que se le endilga la omisión constitutiva del vicio alegado».

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996, al realizar un análisis en torno a la

¹¹ Énfasis de la Sala.

¹² Sentencia del 14 de febrero de 2002, radicación No. 52001-23-31-000-1999-00901-01 (6917); actor: Jorge Quiñones Hernández y demandado: Unidad de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República.

naturaleza y objetivos, y a las garantías en el proceso de responsabilidad fiscal, expresó:¹³

«6.4. En cuanto a los poderes o prerrogativas de la administración en el proceso de responsabilidad fiscal y el derecho fundamental al debido proceso, observa la Sala:

El art. 29 de la Constitución reconoce el derecho fundamental al debido proceso que "se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

Como reiteradamente lo ha expresado la Corte, el debido proceso constituye el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional o administrativa, cuando sea necesario definir situaciones controvertidas o declarar o aplicar el derecho en un caso concreto, o investigar y juzgar los hechos punibles. En efecto, dijo la Corte en uno de sus pronunciamientos:

“Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

“En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

“Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normatiza {sic}, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales, encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias”¹⁴.

De la Constitución Política surgen unos principios que rigen el debido proceso, en el sentido que éste es participativo, dado que todas las personas tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan, y es contradictorio y público, en cuanto a que a los imputados les asiste el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio durante la investigación y el juzgamiento, a solicitar la

¹³ Referencia: expediente T-84714. Tema: El debido proceso en los procesos de responsabilidad fiscal. Peticionario: Jaime Sarmiento Sarmiento y otros. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴«Sentencia C-214/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell».

práctica de pruebas, a controvertir las que se alleguen en su contra, a oponer la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso, y a impugnar las decisiones que los perjudican (arts. 1, 2 y 29)».¹⁵

En esa línea argumentativa constitucional, corresponde a la Sala, ahondar en el debido proceso específico para los juicios de responsabilidad fiscal, de cara a la regulación del procedimiento fijado para el momento que dio apertura a éste y se profirieron los actos demandados, como pasa a analizarse.

b) La Resolución Orgánica No. 014500 del 8 de octubre de 1992

El Contralor General de la República, con fundamento en el artículo 268 de la Constitución Política, en la mencionada resolución reguló la rendición y revisión de cuentas, los juicios fiscales, las sanciones pecuniarias y la jurisdicción coactiva.

Dicha normativa, fijó dos etapas previas a la apertura del juicio fiscal, como son la rendición de cuentas (Capítulo I, artículos 2º a 8º) y la revisión de Cuentas (Capítulo II, artículos 9º a 16).

La Resolución estableció que cada 3 meses, los obligados¹⁶ deben presentar la rendición de cuentas en los formularios dispuestos y de acuerdo con el instructivo dado para tal fin, por la

¹⁵ Énfasis del original.

¹⁶ De conformidad con el artículo 1º de la resolución en comento, esta se aplica a: «a) Las ramas del poder público y los órganos que las integran, con excepción de los departamentos, distritos y municipios. b) Los órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, como los órganos de control y electorales. c) El Banco de la República. d) Los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación o de las entidades a que se refieren los literales anteriores del presente artículo, incluidas las fiducias. e) Las sociedades o asociaciones en las que las entidades o personas a que se refieren los literales anteriores del presente artículo, posean directa o indirectamente más del cincuenta por ciento (50%) del capital o asociación. f) Las entidades o personas receptoras de recursos provenientes de empréstitos garantizados por la nación o por las entidades o personas a que se refieren los literales anteriores del presente artículo, pero solo con relación a los proyectos, planes o programas financiados con empréstitos. g) Las entidades privadas sin ánimo de lucro contratadas por el Gobierno Nación de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución Política, pero solo sobre los recursos provenientes de los presupuestos públicos. h) Las entidades receptoras de contribuciones parafiscales establecidas por el Congreso de la República, pero solo con relación a dichas contribuciones. i) La Cuenta Especial de Cambios, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y a las empresas donde éste participe como accionista, prestamista o garante, a través de la figura del capital garantía y otra semejante. j) Las entidades o personas que exploren, exploten, beneficien o administren minas de propiedad nacional, sin importar si dichas actividades las adelanta el Estado directamente o a través de terceros. k) Los partidos, movimientos y candidatos que, de acuerdo con el artículo 109 de la Constitución Política, reciben del Estado contribuciones para la financiación de su funcionamiento y de las campañas electorales, sobre el destino de las mismas».

CGR; información que debe ser refrendada por el representante o jefe de la entidad, ante la respectiva Sección Territorial de Examen de Cuentas.

Por su parte, la revisión de cuentas tiene como finalidad la verificación del cumplimiento de las normas aplicables, como son el procedimiento, el registro de las transacciones, los soportes documentales, consistencia de las operaciones realizadas; así como el cumplimiento de las obligaciones de la entidad fiscalizada y se evaluará la relación entre las actividades desarrolladas, el tiempo y los recursos invertidos, así como los resultados obtenidos.

Como efecto de la anterior actividad, la Sección Territorial de Examen de Cuentas puede expedir dos tipos de actos, ambos de trámite, a voces del artículo 11, de la mentada resolución, a saber: i) fenecimiento de cuenta, es decir, resultado sin observaciones o ii) **aviso con observaciones**, esto es, una exposición escrita de lo evidenciado al revisar estas. Este último da lugar a la apertura del juicio fiscal.

A su vez, el juicio fiscal quedó regulado en el Capítulo III (artículos 17 a 38), que corresponde al procedimiento que adelanta la CGR con el objeto de definir y determinar las responsabilidades que se deriven de la gestión fiscal.

El artículo 19 estableció que el juicio fiscal inicia con el auto admisorio del aviso de observaciones, expedido por la Sección Territorial de Examen de Cuentas, el cual deberá proferirse dentro de los 5 días siguientes a la recepción de aquél, por la Seccional Territorial de Juicios Fiscales. Su notificación quedó regulado en el artículo 21, en los siguientes términos:

«El auto admisorio del aviso de observaciones se notificará personalmente a los presuntos responsables y a los aseguradores, si los hubiera, o a sus representantes o apoderados, **y contra él no procede recurso alguno.**

Para la notificación personal o por edito se observará lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, pero si los citados no se presentaran al despacho del funcionario competente dentro del término de quince (15) días a partir de la desfijación del edicto, la Sección Territorial de Juicios Fiscales respectiva les nombrará apoderados de

oficio para que los represente en el juicio fiscal y cada uno de ellos deberá tener un apoderado». ¹⁷

Una vez notificado el presunto responsable fiscal, tiene 15 días para ejercer su derecho de defensa. Luego se abre el proceso a pruebas, si a ello hay lugar, por el término de 20 días. Vencido el anterior término o su prórroga, se debe proferir decisión definitiva dentro de los 15 días siguientes.

La decisión definitiva corresponde a fallo sin o con responsabilidad fiscal, este último según el artículo 29, *«es el acto administrativo que se profiere cuando en el juicio fiscal no se acreditan satisfactoriamente las operaciones realizadas, e impone, en consecuencia, la obligación, a cargo de los responsables fiscales, de pagar una suma clara, expresa y actualmente exigible y liquida de dinero a favor de una o de varias de la entidades a que se refiere el artículo primero de la presente resolución»*.

c) La Ley 42 del 26 de enero de 1993

El Congreso de la República legisló sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen; normativa, que fue publicada en el Diario Oficial No. 40732 del **27 de enero de 1993**.

Su artículo 1º es claro en indicar que esta *«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»*.

En cuanto a lo que interesa a la Sala para el presente caso, el juicio fiscal quedó establecido en el Título II de los organismos de control fiscal y sus procedimientos jurídicos, Capítulo III el proceso de responsabilidad fiscal (artículos 72 a 89).

El proceso de responsabilidad fiscal se compone de dos etapas, independiente y progresivas, a saber: i) la investigación y ii) el juicio fiscal.

¹⁷ Énfasis de la Sala.

De acuerdo con el artículo 75, la investigación corresponde a 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»*.

Durante ella, se debe recaudar el material probatorio necesario que serán el soporte de las decisiones, si a ello hay lugar, durante el juicio de responsabilidad fiscal; de igual manera, durante esta etapa del procedimiento, se pueden decretar medidas cautelares sobre los bienes de los presuntos responsables, por faltantes de recursos del Estado.

Los funcionarios en cargados de la investigación fiscal, tiene el carácter de autoridad de policía y, como tales, poseen las funciones prevista en el Código de Procedimiento Penal (art. 76).¹⁸

Dictado el auto de apertura de investigación fiscal, etapa que tiene un término de 30 días, prorrogables hasta otro tanto, para que los órganos de control fiscal adelanten las diligencias pertinentes. Vencido el cual, el funcionario competente tiene dos posibilidades o bien, archiva el expediente o, en su defecto, se dicta auto de apertura de juicio fiscal (art. 77).

Por su parte, el artículo 78 de la ley en comento, facultó a los órganos de control fiscal, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, las personerías y otras entidades de control de la administración, a crear de forma temporal grupos

¹⁸ Entre ellas, las siguientes:

«1. Adelantar oficiosamente las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra los intereses patrimoniales del Estado.

2. Coordinar sus actuaciones con las de la Fiscalía General de la Nación.

3. Solicitar información a entidades oficiales y particulares en procura de datos que interesen a las investigaciones fiscales e inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los ilícitos contra los intereses patrimoniales del Estado, sin que al respecto se pueda oponer reserva alguna.

4. Denunciar bienes de presuntos responsables de ilícitos contra los intereses patrimoniales del Estado ante las autoridades judiciales, para que se tornen las medidas preventivas correspondientes sin necesidad de prestar caución.

Parágrafo. *En ejercicio de sus funciones, los investigadores de las contalorías podrán exigir la colaboración de autoridades de todo orden»*. Negrilla del original.

especiales de trabajo, para adelantar investigaciones integrales sobre el manejo de bienes y fondos públicos.

Ahora, el **juicio de responsabilidad fiscal**, quedó regulado en el artículo 79, así:

«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**».¹⁹

En anterior auto debe ser notificado de forma personal y en caso de no lograrse, el artículo 80 autoriza realizarlo por edicto, en dichos, caso la Contraloría debe designar un apoderado de oficio, para los presuntos responsables fiscales.

Conforme al artículo 81, el proceso de juicio fiscal termina con la declaratoria motivada de fallo que puede ser con o sin responsabilidad fiscal, y será notificado a los interesados, en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra él proceden los recursos y acciones de ley.

Ejecutoriado el fallo de responsabilidad fiscal, el mismo presta mérito ejecutivo, contra aquél y sus garantes, si los hubieres (art. 82), que se cobrará, a través de la jurisdicción coactiva, regulada en el Capítulo IV, del Título II de la Ley 42 de 1993.

En los aspectos no regulados en el capítulo, el legislador dispuso que *«se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso»*, conforme reza el artículo 89 de la Ley 42 de 1993.

Finalmente, en los aspectos de derogación, en el artículo 110, se dispuso, lo que sigue:

«La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga la Ley 42 de 1923; el Decreto-ley 911 de 1932; la ley 58 de 1946; el Decreto-ley 3219 de 1953; la Ley 151 de 1959; el Decreto 1060 de 1960; la Ley 20 de 1975; artículos 2.4.13.2.25, 2.4.13.4.4 del

¹⁹ Énfasis de la Sala.

Decreto 2505 de 1991 y las demás disposiciones que le sean contrarias».²⁰

d) El caso concreto

Valga recordar que en el caso *sub examine* el señor **VICIOSO COGOLLO** al demandar consideró como disposiciones violadas aquellas atinente al debido proceso bajo la censura de aplicación de la ley en el tiempo.

En efecto, precisó que cuando se profirió el el auto admisorio aviso de observaciones No. 543 de 28 de julio de 1993,²¹ por parte de la Seccional Territorial de Juicios Fiscales del Magdalena, se violó la Ley 42 de 1993 por cuanto no se aplicaron sus preceptos, relacionados con el procedimiento y las ritualidades que debían regir el trámite del juicio fiscal correspondiente, pues aplicó la Resolución Orgánica No. 14500 de 1992.

En forma puntual, explicó que mientras la resolución señaló que el juicio fiscal se inicia con el auto admisorio del aviso de observaciones, el cual debe proferirse dentro de los 5 días siguientes a la recepción por la Sección Territorial de Juicios Fiscales respectiva; la Ley 42 de 1993, en cambio, preceptúa que el auto que ordena la apertura del juicio fiscal, se profiere una vez vencidos los 30 días o su prórroga, término del que disponen los investigadores de los órganos de control fiscal para dictar el auto de apertura de investigación o el archivo del expediente.

En contraposición y para defender la legalidad de su actuar, la Contraloría General de la República, tanto en la intervención de instancia como en su apelación, afirmó que no afectó dicha garantía constitucional, pues no existen las irregularidades sustanciales alegadas, que afectaren gravemente el proceso y aún más el derecho de defensa del implicado y mucho menos, la falta de competencia alegada. Al sostener que, durante el proceso de responsabilidad fiscal en las sendas actuaciones que lo componen, fueron dadas las oportunidades procesales para controvertir el material probatorio, que soporta la existencia del daño al patrimonio del Estado.

²⁰ *Idem.*

²¹ Expedido por la Sección Territorial de Examen de Cuentas del Magdalena.

Vistos los extremos de la litis en cuestión, la Sala confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo de Magdalena de 19 de septiembre de 2013, por medio de la cual, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, pues revisado el material probatorio allegado al proceso, se evidencia que, en efecto, se probó la afectación del **debido proceso** del señor **PEDRO MIGUEL VICIOSO COGOLLO**, toda vez que la Contraloría General de la República desconoció el procedimiento establecido para los juicios fiscales que reguló la Ley 42 de 1993, a aplicar, como pasa a explicarse, la norma que había sido sustraída del mundo jurídico, al entrar en vigencia la ley en cita.

Como se indicó en párrafos anteriores, el Congreso de la República legisló sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, en la Ley 42, la que fue publicada, en el Diario Oficial No. 40732 del **27 de enero de 1993**.

Su artículo 110 fijó la que ley regiría a partir de la fecha de su promulgación, es decir, la Contraloría General de la República, estaba en la obligación de ajustar sus procedimientos a los nuevos aspectos regulados y en los términos establecidos en la Ley 42 de 1993, pues ésta no fijó ningún aspecto de transición sobre la materia.

Ahora bien, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que sirve de fundamento en los casos de aplicación de la ley procesal en el tiempo, establece:

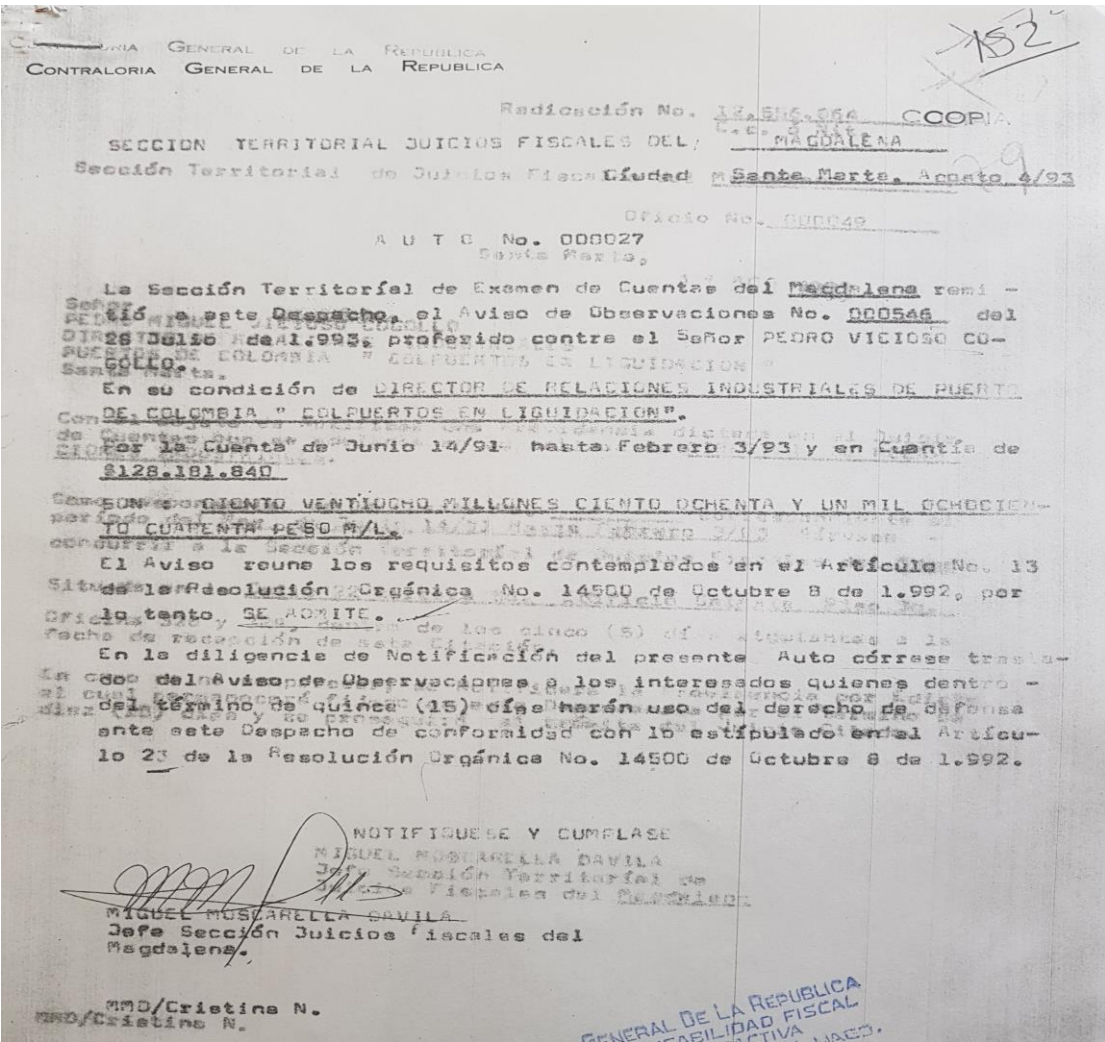
«Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. **Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación**».

Revisado el material probatorio allegada el expediente se tiene que tanto el acta de visita fiscal No. 26356 del 16 de abril de 1993²² y el **aviso de observaciones No. 546 del 28 de julio de ese mismo año**,²³ se dieron en vigencia de la Ley 42 de 1993.

²² Fls. 139 – 147. C. 2.

²³ Fls. 157 – 159. C. *Idem*.

Los anteriores documentos, fueron el fundamento el auto No. 000027 de apertura del juicio fiscal contra el hoy demandante, del **4 de agosto de 1993**, en el que se lee:²⁴



Para la Sala de la simple lectura del auto que dio inicio al juicio de responsabilidad fiscal contra el señor **VICIOSO COGOLLO** evidencia que la Contraloría General de la Nación, lo fundamentó en lo dictaminado en la Resolución Orgánica No. 14500 de 1992, desconociendo con ello el procedimiento establecido en la Ley 42 de 1993, que se reitera, ya estaba vigente al momento de darse la apertura de la etapa de juicio en el presente caso.

Lo anterior, en cuanto a la aplicación de la Ley en el tiempo, pues es claro que conforme a la previsión del artículo 40²⁵ de la Ley 153 de 1887, sobre la regla general de aplicación inmediata de las normas procesales, dentro de su reputación de ser de orden

²⁴ Fl. 152. C. 2.

²⁵ «Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación».

público, aunado a la ausencia de una consagración legislativa de régimen de transición y ante la exégesis de la nueva ley, al imponer en forma clara su normativa de remisión, bajo ninguna posibilidad hermenéutica, podría darse tácitamente aplicación ultractiva a la Resolución Orgánica N. 014500 del 8 de octubre de 1992, en tanto, el texto de la entonces recién promulgada Ley 42 del 26 de enero de 1993, era clara y, por ende, debía darse aplicación a la máxima de derecho, que no es dable al intérprete desconocer el sentido de la norma cuya literalidad es clara (artículo 110).²⁶

Se itera de ese modo, porque la misma Ley 42 fijó cómo llenar los aspectos no regulados en el capítulo, pues el legislador previó que *«se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso»*, según reza el artículo 89.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, la legalidad en el procedimiento, hace parte del debido proceso, pues lo garantiza en su doble dimensión, esto es, en el derecho de defensa y contradicción, los que fueron vulnerados en el presente caso, al haber aplicado la Resolución Orgánica de marras para la apertura del juicio de responsabilidad fiscal, la que había sido expulsada del ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia de la Ley 42 de 1993.

Sobre la **legalidad en el procedimiento**, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en un caso disciplinario, razonó en los siguientes términos, los que son extensivos al caso bajo análisis, por esta Sala, así:²⁷

«El debido proceso en materia disciplinaria está directamente relacionado con el principio de legalidad, esto es, con la existencia previa y escrita de las faltas, sanciones y procedimientos, tal y como lo reconocen los artículos 6 y 29 de la Carta Política, que establecen que los servidores públicos no pueden “...ser juzgados sino conforme a las leyes preexistentes.”, toda vez que en el Estado no existen facultades y potestades implícitas, de contera, que el procedimiento se torna en parte esencial y sustancial del

²⁶ «La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga la Ley 42 de 1923; el Decreto-ley 911 de 1932; la ley 58 de 1946; el Decreto-ley 3219 de 1953; la Ley 151 de 1959; el Decreto 1060 de 1960; la Ley 20 de 1975; artículos 2.4.13.2.25, 2.4.13.4.4 del Decreto 2505 de 1991 y las demás disposiciones que le sean contrarias». Énfasis de la Sala.

²⁷ Subsección B, sentencia del 4 de julio de 2013. Expediente No. 11001-03-25-000-2011-00206-00. Actor: Pedro Luis Toro Sierra. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

debido proceso. En concordancia con las anteriores disposiciones, el artículo 124 ídem, le asigna al legislador la potestad normativa para crear, modificar o derogar el régimen de responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. De allí que el sujeto disciplinado tiene derecho a conocer anticipadamente el catálogo de conductas prohibidas y las sanciones correspondientes, y a exigir que el juicio se adelante conforme a los procedimientos preexistentes a los actos que se le imputan y conforme a las leyes vigentes, de manera que ese criterio obliga a atender en forma estricta la clasificación que hace el legislador.

Es por ello que el inadecuado trámite de un proceso punitivo no es una irregularidad de poca monta, ni puede inadvertirse o ignorarse con el argumento peregrino de que comparados los trámites, en ambos [o para el caso en estudio, lo dispuesto por la Resolución Orgánica 14500 de 1992 y la Ley 42 de 1993] – ordinario y verbal-hay garantías y se respeta el debido proceso y, por ende, la defensa. Esa es una verdad irrefutable. Claro que tienen que existir garantías para el disciplinado en los dos tipos de procedimientos o en general en todos aquellos que el legislador consagre y más aún en los punitivos, porque de lo contrario sería ir en contravía de la Constitución Política, de los derechos humanos y fundamentales, en particular del debido proceso, que no solo se enriquece con el principio de legalidad, sino que consagra postulados básicos como la competencia del funcionario, la observancia de formas del proceso, la favorabilidad, presunción de inocencia, el derecho a la defensa, contradicción, etc. El respeto por la legalidad opera como una instancia poderosa para resolver un conflicto de manera pacífica e institucional».²⁸

Así las cosas, en cuanto al argumento planteado en la apelación por parte de la CGR, donde puso de presente que el Tribunal Administrativo de Magdalena tomó como «precedente» para resolver el caso, la providencia por él proferida el 31 julio de 2000, cuyo actor también era el señor **PEDRO VICIOSO COGOLLO**, donde cuestionaron los actos adoptados dentro de «otro proceso de Responsabilidad Fiscal», pero no se revisó ni se analizó que ésta fue revocada por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 13 de septiembre de 2001. Para la Sala este aspecto no tiene influencia en la presente decisión, pues al revisar el fallo ya proferido por la Sección Primera, se pudo determinar que aquel correspondió a **otro juicio fiscal diferente al que ahora se estudia**, pues nació en virtud del aviso de observaciones No. 543 y el que ocupa la atención de la Sala con el aviso de observaciones No. 546 y, por otro lado, el hecho que ambos procedimientos fijen garantías y, con ello, se respeta el debido proceso y, por ende, el defensa, no es razón suficiente

²⁸ Negrilla es del original, subrayado no lo es.

para desconocer el principio de legalidad y del debido proceso en la formas propias que se debían aplicar al momento de darse la apertura del juicio fiscal, por cuanto la máxima constitucional ineluctable es que la persona sea juzgada conforme a la norma y procedimiento preexistente y no de híbridos condensados entre normas vigentes y derogadas.

Así, teniendo en cuenta que en el juicio de responsabilidad fiscal que se estudia, se dio apertura con auto del **27 de agosto de 1993** (fl. 152. C. 2), es claro que estaba vigente la **Ley 42, que entró a regir el 27 de enero de ese año**, y no la Resolución Orgánica de marras, pues es innegable que la Ley 42 fijaba mayores garantías, por una parte, al establecer la posibilidad de recurrir en reposición la apertura del juicio fiscal, medio de impugnación del cual carecía la Resolución Orgánica en cita y, por otra, porque la Ley estableció un «*conjunto de preceptos*» regulatorios de “*los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero*»,²⁹ que se echan de menos en el texto de la Resolución Orgánica y que claramente colocan un punto muy alto de garantías para el investigado.

En efecto, se itera, que esos cambios sustanciales introducidos por la Ley 42 de 1993, como el de la posibilidad de interponer el **recurso de reposición** contra el auto de apertura del juicio fiscal, se evidencian en el artículo 79, medio de impugnación que la Resolución Orgánica no consagraba en el artículo 21; aparejados, a su vez, con cambios en el procedimiento, como aquel atinente al plazo para cursar la investigación, pues con la Resolución Orgánica el funcionario contaba con un término de “*hasta 6 meses para proferir el aviso de observaciones*” que es fundamento del auto de apertura del juicio fiscal (parágrafo del art. 10), so pena de tenerse por fenecido el perjuicio; en cambio, con la Ley 42, tal periplo se hizo más expedito al consagrar que la investigación debía llevarse a cabo dentro de un término máximo a 30 días, prorrogables hasta por otro tanto (art. 77), dando así mayor seguridad jurídica al hacer más eficaz el trámite respectivo.

De las anteriores diferencias que devienen del comparativo entre el contenido normativo de la Ley 42 de 1993 y de la Resolución Orgánica N° 014500 del 8 de octubre de 1992 y de cara al debido

²⁹ Énfasis de la Sala. Véase artículo primero.

proceso -que se sustenta en la aplicación del procedimiento vigente al momento de expedir el acto- es que esta Sala de Decisión no considera de recibo apoyarse en las generalidades y consideraciones del antecedente jurisprudencial que la Contraloría empleó como soporte de su postulación en vía del recurso de alzada, por cuanto se reitera, el procedimiento que regenta al acto administrativo es el vigente al momento **de apertura del juicio fiscal, que para el *sub lite* se contenía en la Ley 42 de 1993, ello como materialización del respeto al principio de legalidad de la actuación administrativa, y, ante la realidad de que el legislador de 1993 con la Ley 42 fue más garantista y determinó mayores estándares de seguridad y certeza jurídica** que aquellos contenidos en la Resolución Orgánica en cita, que por lo demás dentro de la jerarquización normativa resulta de menor rango que la Ley.

En vista de lo anterior, por haber aplicado el procedimiento establecido por la Resolución Orgánica No. 14500 de 1992 al juicio fiscal seguido contra el señor **PEDRO MIGUEL VICIOSO COGOLLO**, que se le inició con admisión del **aviso de observaciones No. 546 del 28 de julio de 1993**, por parte de la Seccional Territorial de Juicios Fiscales del Magdalena, **el que había sido sustraído del ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia de la Ley 42 de 1993, afectó el debido proceso del demandante**, motivo por el cual, esta Sala de Decisión, confirmará la nulidad declarada por el Tribunal Administrativo de Magdalena, de actos administrativos demandados.

2. Costas

En lo que concierne con la solicitud de condena en costas, se estima que la misma no procede concederse, porque el artículo 171 del C.C.A. establece que en los juicios que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo esta condena procederá «...*teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...*», es decir, que corresponde al juez administrativo valorar

el comportamiento en el proceso, quedando en sus manos la ponderación de este aspecto.³⁰

En estos términos, se advierte que el comportamiento de la parte demandada, no estuvo precedido de la mala fe, ni la intención de entorpecer el proceso, pues si bien, los argumentos esbozados por las accionadas en segunda instancia no fueron acogidos, ello no conlleva automáticamente a la condena en costas, pues al contestar la demanda y presentar sus alegatos, las demandadas sólo estaban ejerciendo su derecho de defensa, razón por la cual no se accederá a la solicitud de la parte demandante en este sentido.

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

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, el 19 de septiembre de 2013, por medio de la cual declaró la nulidad de los actos demandados, de conformidad con lo expuesto en la parte motivo del presente proveído.

SEGUNDO: No se condena en costas.

TERCERO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

³⁰ «En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil».

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

