

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA Nit. 800.107.701-8		CÓDIGO:	FO-RF-04
			VERSIÓN:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
FORMATO	NOTIFICACIONES		PÁGINA 1 DE 9	

OFICINA JURÍDICA

NOTIFICACIÓN POR AVISO

Tunja, veinte (20) de mayo del 2016.

Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 048 de 2011

En la Oficina Jurídica de la Contraloría Municipal de Tunja, procede a notificar por medio del presente AVISO el contenido del auto de fecha doce (12) de mayo del 2016, dictado por el señor Contralor Municipal de Tunja, que resuelve el Recurso de Apelación interpuesto contra el Fallo de Primera Instancia, a la señora **LUZ PATRICIA SÁNCHEZ ROJAS**, y en su calidad de presunta responsable fiscal; notificación que se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso. Se allega copia del auto de fecha (12) de mayo del 2016. En doce (12) folios.

MABEL ASTRID VARELA CUADRADO.
Técnico Administrativo
Oficina Jurídica

CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA

Radicado Salida : OJ-140-402

Fecha : vie, 20 may 2016 16:14

Origen : OFICINA JURIDICA

Destino : **LUZ PATRICIA SANCHEZ ROJAS**


No. Folios : 13



El presente aviso se publica en la página de la entidad, en razón a que en la dirección aportada en el expediente, la destinataria , no ha sido localizada.

Dirección: Carrera 10 No. 15-76 Tunja, Boyacá **Código Postal:** 150001180 **Telefax:** (8)-7441843

Página Web: www.contraloriatunja.gov.co **E- mail:** info@contraloriatunja.gov.co

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA		CÓDIGO:	FO-RF-01
	Nit. 800.107.701-8		VERSIÓN:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
	FORMATO	FALLO	PÁGINA 1 DE 12	

Tunja, Mayo doce (12) del dos mil dieciseis (2016).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Procede el Despacho a resolver los recursos de apelación interpuestos por los señores apoderados del responsable fiscal RAFAEL HUMBERTO SÁNCHEZ CAMARGO y del tercero civilmente responsable, COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A respecto del auto por el cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal No. 048 de 2011.

DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

Se trata del auto del 22 de abril del presente año, proferido dentro del ya referido proceso, mediante el cual se dispuso confirmar en su totalidad los numerales primero, segundo y tercero del fallo mixto con y sin responsabilidad fiscal, dictado dentro de la primera instancia mediante auto del 5 de febrero de 2016.

A respecto procede el despacho del Contralor Municipal de Tunja, a analizar los argumentos esgrimidos dentro de los recursos de apelación interpuestos por los señores apoderados del responsable Fiscal RAFAEL HUMBERTO SÁNCHEZ CAMARGO y del Tercero Civilmente Responsable, COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A.

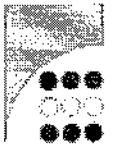
DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS:

La estudiante adscrita al Consultorio Jurídico de la Universidad de Boyacá, JESSICA VANESSA MALAVER, actuando en representación del responsable fiscal RAFAEL HUMBERTO SÁNCHEZ CAMARGO interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación, que es el que se está desatando y los basa en que el fallo de responsabilidad fiscal en contra de su prohijado es violatorio del derecho de defensa, el cual genera un vicio tal que anularía los actos administrativos, toda vez que a su decir, se le está negando, impidiendo la segunda instancia contrariando los artículos 55 y ss de la Ley 610 de 2000; así mismo dice que no debe darse aplicación a la normatividad contenida en el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) y por el contrario, aplicarse las disposiciones de la Ley 1437 de 2011 (CPACA); que de darse ésta situación, se estaría generando una nulidad que afectaría lo preceptuado por el artículo 29 de la Carta Política por afección al debido proceso.

Manifiesta la apoderada oficiosa, que no existe prueba alguna que determine que su representado haya plasmado su firma en los cheques endosados y girados y que como quiera que el despacho A quo negó la prueba grafológica solicitada por la defensa, pues no hay evidencia de que el autor de esas grafías sea su representado. Insiste en que se debe decretar y practicar esa prueba que considera vital para su análisis defensivo; que al no haber certeza sobre la prueba existente, se debe arribar a la conclusión que no hay responsabilidad fiscal en su prohijado.

Por su parte, el doctor EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA, obrando como apoderado de la Compañía de seguros LA PREVISORA S.A., interpuso recursos de reposición y subsidio apelación en contra del fallo con responsabilidad fiscal y lo sustenta de la siguiente manera:

Que en el fallo con responsabilidad fiscal proferido por la primera instancia, en parte alguna se hace pronunciamiento sobre la responsabilidad de la Compañía de Seguros La Previsora S.A., como tercero civilmente responsable, pese a que conforme al artículo 44 de la Ley 610 de 2000, su representada ostenta los mismos derechos de los implicados; que siendo el fallo con responsabilidad fiscal, un acto administrativo, éste debe ser motivado con lo que se le crea una

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA		CÓDIGO:	FO-RF-01
	Nit. 800.107.701-8		VERSIÓN:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
	FORMATO	FALLO	PÁGINA 2 DE 12	

carga jurídica a la compañía de seguros sin que en parte alguna esté soportada jurídica y probatoriamente y por ende no pueda ejercerse su defensa; Consecuencialmente, esta falta de motivación es causal de nulidad del acto administrativo pues dicha actuación se torna en arbitraria al condenarse a la compañía aseguradora a pagar unas sumas de dinero, sin que exista una motivación en el acto impugnado, que determine el porqué la compañía debe pagarlas; si bien es cierto existe una póliza de seguros, los amparos que ésta cubre y en los eventos en que se determina se pagaría, no han sido analizados por la primera instancia lo que generaría un daño antijurídico que a la postre resultarían en demandas contra el ente de control y el propio municipio de Tunja.

Expresa además el recurrente, que respecto de los cheques 0146235 y 0146267 del 4 de julio de 2008 y el 31 de julio de 2008, éstos se cobran por fuera de la vigencia de la póliza 1007038 que inició el 24-09-2008 y finalizaba el 24-09-2009; que en las condiciones de la póliza 1007038 se toma como excepciones y por lo tanto no posibilita el cubrimiento del detrimento cuando el funcionario ha actuado con dolo y por ende su prohijada no tiene la obligación contractual de amparar el detrimento que por ese título de responsabilidad se haya causado.


Como conclusión solicita revocar el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo de responsabilidad y consecuencialmente desvincular a su representada; que en caso de no proceder la solicitud anterior, declarar que la Compañía de Seguros La Previsora S.A., no es responsable ante las actuaciones del implicado que actuó con dolo ni ante la implicada que actuó con culpa grave ya que el acto administrativo no motivó las condiciones que harían tercero civilmente responsable a la Previsora S.A.

CONSIDERACIONES:

Entra el despacho del Contralor Municipal de Tunja en sede de segunda instancia, a resolver los recursos de apelación que fueran interpuestos en subsidio del de reposición, en contra del fallo de fecha 22 de abril del año en curso y a ello se procede.

Sea lo primero expresar que no le asiste razón a la señorita apoderada de oficio del señor RAFAEL HUMBERTO SÁNCHEZ CAMARGO, en lo que tiene que ver con que le ha sido negada la segunda instancia dentro de las presentes diligencias, pues el que nos estemos pronunciando sobre su recurso, cercena de un tajo su tesis, lo que de paso nos da el argumento para igualmente rechazar la solicitud de nulidad constitucional por violación al debido proceso, toda vez que al existir la segunda instancia dentro del proceso, instancia que ella considera se le ha negado, no hay consecuencialmente lugar a esa nulidad por violación al debido proceso a que hace mención.

Respecto al argumento defensivo de que se ha negado la prueba grafológica para el señor RAFAEL HUMBERTO SÁNCHEZ CAMARGO, ya este ente de control a través de diferentes pronunciamientos como los contenidos en decisiones de fecha 16 de diciembre de 2014, 02 de febrero de 2015, 25 de febrero de 2015 y el propio auto recurrido que aquí se resuelve en apelación, ha sido conteste y enfático en manifestar que ya se cuenta con la certeza requerida por la ley, para llevar a concluir la uniprocedencia caligráfica en los títulos valores objeto del proceso (cheques) y en las muestras que le fueron tomadas en la Fiscalía General de la Nación al señor RAFAEL HUMBERTO SÁNCHEZ CAMARGO; así las cosas, volver a ordenar que se tomen dichas muestras y sean dubitadas pericialmente, conllevaría a una dilación totalmente injustificada, máxime si como se acaba de expresar, existe la certeza sobre la real autoría por parte del señor SÁNCHEZ CAMARGO de las firmas con las que se cobraron los cheques que a la postre terminaron en el detrimento al patrimonio del Estado (ESE Santiago de Tunja).

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA		CÓDIGO:	FO-RF-01
	Nit. 800.107.701-8		VERSIÓN:	01
PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL		FECHA:	28-09-2015
FORMATO	FALLO		PÁGINA 3 DE 12	

Pretender como se pretende por la señorita apoderada de oficio, que se vuelvan a decretar y practicar dichas pruebas, se insiste, no es más que un ardid dilatorio para evitar que su representado tenga que responder fiscalmente por su conducta ilegal, la cual ha sido bien y suficientemente analizada por el funcionario A quo; adicionalmente asiste razón en la decisión de primera instancia, respecto a que decretar y practicar pruebas a esta altura del proceso, las convierte en extemporáneas pues las oportunidades procesales establecidas por la norma genera el que las practicadas en forma irregular carezcan de valor por efectos del término preclusivo establecido para tal fin.

Es preciso también recordar, que en numerosas ocasiones los funcionarios de éste ente de control citaron y estuvieron prestos a escuchar nuevamente al señor SÁNCHEZ CAMARGO, sin que éste arribase al proceso nuevamente; muy seguramente su estrategia defensiva así lo asesoró y por esa razón, es que no se puede hablar, como lo hace la señorita apoderada de oficio, que se le vulneró su derecho a la defensa y que consecuentemente ello generaría una nulidad suprallegal, pues por parte de esta entidad siempre se le dieron las garantías propias de quien está siendo investigado fiscalmente.

En este orden de ideas, sin más lucubraciones que realizar, debe decirse que el señor RAFAEL HUMBERTO SÁNCHEZ CAMARGO es responsable de un detrimento patrimonial causado a la E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA por la suma de DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$ 18.396.282.00) como se dijo en el auto por medio del cual se decidieron los recursos de reposición interpuestos y de fecha 22 de abril de 2016, conllevando la confirmación del numeral tercero del auto calendarado el 05 de febrero de 2016, por encontrarse ajustado a derecho.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la Responsabilidad Fiscal de la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A., Se debe expresar, que si bien es cierto inicialmente ésta fue vinculada al proceso de responsabilidad fiscal de la referencia sin la suficiente argumentación para ello, ésta situación se subsanó al reponerse en tal sentido el auto que así lo determinaba y que establece que se debía vincular en calidad de Tercero Civilmente Responsable, a la Compañía de Seguros LS PREVISORA S.A., en virtud de que existe la póliza No. 1007038 cuya vigencia estaba comprendida entre el 24 del mes de septiembre de 2008 y el 24 de septiembre de 2009 y que como se dijo por parte de la primera instancia, los cheques 0146235 y 0146267 del 4 de julio de 2008 y el 31 de julio de 2008, se excluyen de su pago por parte de la Compañía de Seguros, en virtud de que se estaban cobrando por fuera de la vigencia de la pluricitada póliza.

Así las cosas, debemos apoyar esta decisión en algunas jurisprudencias que sobre el tema han sido proferidas dentro de procesos similares al que se resuelve y en ese sentido nos referiremos inicialmente a la sentencia de constitucionalidad proferida dentro del expediente D-4474 el 26 de agosto de 2003, en donde fue actor Jorge Eduardo Narváez Bonnet y magistrado Ponente el Doctor ALVARO TAFUR GALVIS de la Corte Constitucional, dice la sentencia:


“...

El carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de seguro.

Así las cosas, para la Corte es claro que el juez del contrato de seguro no cambia por el hecho de la existencia de la disposición que se acusa.

Lo que examinan las contralorías es la responsabilidad fiscal y es en relación con ella que éstas son competentes para asegurar el resarcimiento oportuno del Estado a través del mecanismo establecido

Dirección: Carrera 10 No. 15-76 Tunja, Boyacá **Código Postal:** 150001180 **Telefax:** (8)-7441843
Página Web: www.contraloriatunja.gov.co **E-mail:** info@contraloriatunja.gov.co

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA Nit. 800.107.701-8		CÓDIGO:	FO-RF-01
			VERSIÓN:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
	FORMATO	FALLO	PÁGINA 4 DE 12	

en la norma acusada que permite, por economía procesal, vincular como tercero civilmente responsable a la compañía de seguros cuando el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza, asegurando así el pago inmediato de la indemnización a que tiene derecho el Estado.

No sobra recordar al respecto que del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, "pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios". Y que en todo caso como también ya se señaló por la Corte "la vinculación de la Compañía de seguros está determinada por el riesgo amparado, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas"**[6]**.

4.2 En lo que se refiere a las garantías en el proceso de responsabilidad fiscal la Corte ya señaló que en el presente caso no puede considerarse vulnerado el derecho de defensa y en general el debido proceso de la compañía de seguros puesto que esta "dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal". La norma acusada señala en efecto que vinculada al proceso la compañía de Seguros en calidad de tercero civilmente responsable ésta "tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado"

Al respecto téngase en cuenta que la actuación adelantada por las contralorías se cumple en un proceso de naturaleza administrativa**[7]** y que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad fiscal constituye un acto administrativo, que como tal, puede ser objeto de los recursos en la vía gubernativa - artículos 49 a 61 del C.C.A - de la misma manera que puede ser impugnado ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo**[8]**


...."
Luego sigue diciendo la sentencia:...

"Al respecto cabe recordar que el artículo 1° Ley 610 de 200 define el proceso de responsabilidad fiscal como el "conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."

El artículo 4° por su parte precisa que la responsabilidad fiscal tiene por objeto "el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal".

Ahora bien, el papel que esta llamado a jugar el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.

Así como ya lo explicó la Corte, cuando el Legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal lo que está haciendo es atender el principio de economía procesal para asegurar el pago de la indemnización evitando un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la misma luego de la culminación del proceso

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA		CÓDIGO:	FO-RF-01
	Nit. 800.107.701-8		VERSIÓN:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
	FORMATO	FALLO	PÁGINA 5 DE 12	

de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público[16].

La vinculación del asegurador establecida en la norma acusada, además del interés general y de la finalidad social del Estado que representa, constituye una medida razonable, que en ejercicio de su potestad de configuración legislativa bien podía adoptar el Congreso por estar ella íntimamente relacionada con el cumplimiento de los objetivos del juicio fiscal que regula la Ley 610 de 2000.

....”

Ahora bien, en el caso en estudio, el señor apoderado de la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A., solicita revocar el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo de responsabilidad y en consecuencia desvincular a la compañía de seguros, archivando el proceso y a renglón seguido expresa, que de no proceder conforme a la solicitud primera (la anterior), declarar que la Compañía de Seguros La Previsora S.A., no es responsable ante las actuaciones del implicado que actuó con dolo, ni tampoco ante la implicada que actuó con culpa grave, en cuanto a que el acto administrativo no motivó las condiciones que harían tercero civilmente responsable a la Compañía de Seguros La Previsora S.A.


En este sentido la sentencia 1998-00875-01 de 29 de septiembre de 2011, Consejo de Estado, sección primera, indicó:

"La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 44, sentencia C-648 de 2002, expresó: En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza. Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas. La sentencia mencionada indicó que "El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal. (...) La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general"

....

En este orden de ideas, el garante en aplicación de los principios del debido proceso y el derecho de defensa goza de garantías sustanciales y procesales como la de interponer recursos respecto de su vinculación. En consecuencia, si la compañía de seguros interpone recursos de reposición y apelación es obligación del operador jurídico resolverlos en la primera instancia el de reposición y en la segunda instancia el de apelación...."

No se puede pasar por alto la solicitud del señor apoderado de la Compañía aseguradora en el presente caso, cuando menciona que ésta no se encuentra en la obligación de pagar el amparo que cubre la póliza contratada, en razón a que el agente estatal obró con dolo y ello genera tal exclusión; al respecto, este instancia se va a valer de la sentencia de inconstitucionalidad en contra del parágrafo 3 del artículo 97 y del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", dentro del Expediente D-9466, en donde es actor Jesús Antonio Marín Ramírez y Magistrado Ponente el

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA		CÓDIGO:	FO-RF-01
	Nít. 800.107.701-8		VERSIÓN:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
FORMATO	FALLO	PÁGINA 6 DE 12		

doctor MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO que sobre un tema similar de responsabilidad fiscal ha dicho:

“.....

4.4. Las presunciones legales de dolo y de culpa en el proceso de responsabilidad fiscal.

4.4.1. De los dos casos anteriores, el más próximo al caso sub examine es el segundo, dado que en ambos procesos se busca establecer la responsabilidad patrimonial de un agente del Estado o sea un gestor fiscal. De las presunciones de dolo y de culpa previstas en la Ley 678 de 2001 para los agentes del Estado, se ocupa este tribunal en las Sentencias C-374, C-423, C-455 y C-484 de 2002 y C-778 de 2003. Dado que la segunda y la cuarta se limitan a declarar estarse a lo resuelto en la primera, son relevantes la primera –a la que ya se aludió–, la tercera y la quinta.

4.4.2. La primera sentencia[70] analiza la posibilidad de que la ley pueda prever presunciones de dolo y de culpa para los agentes del Estado, para dejar en claro que sí es posible –y constitucional– que la ley establezca tanto presunciones de dolo como de culpa[71], lo que constituye un referente relevante para el caso sub examine.

4.4.3. La segunda sentencia[72], resuelto el tema de la posibilidad, analiza las cinco hipótesis en las cuales se presume el dolo (art. 5 de la Ley 678 de 2001) y las cuatro hipótesis en las cuales se presume la culpa (art. 6 ibídem). Esta sentencia también es relevante para el caso, en la medida en que la cuarta de las hipótesis en las cuales se presume el dolo en la referida ley es igual a la única hipótesis prevista en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011. Para constatarlo basta transcribir ambos textos, así:

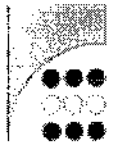
Ley 678 de 2001 Artículo 5, numeral 4	Ley 1474 de 2001 Artículo 118, inciso segundo
Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: (...) 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.	Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

4.4.3. La segunda sentencia[72], resuelto el tema de la posibilidad, analiza las cinco hipótesis en las cuales se presume el dolo (art. 5 de la Ley 678 de 2001) y las cuatro hipótesis en las cuales se presume la culpa (art. 6 ibídem). Esta sentencia también es relevante para el caso, en la medida en que la cuarta de las hipótesis en las cuales se presume el dolo en la referida ley es igual a la única hipótesis prevista en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011. Para constatarlo basta transcribir ambos textos, así:

Del análisis que hizo este tribunal de los cargos dirigidos contra los numerales del artículo 5 de la Ley 678 de 2001[73], es menester destacar la siguiente excerta:

4. La impugnación contra el numeral 4º del mismo artículo se estructura sobre una base distinta. El numeral indica que el dolo se presume en el servidor cuya conducta, causante del daño patrimonial al Estado, ha sido a su vez catalogada como penal o disciplinariamente dolosa por la autoridad competente. El demandante sostiene que la decisión penal o disciplinaria no tiene la virtud de anular el acto administrativo, por lo que una decisión de este tipo no puede desvirtuar el principio de legalidad sobre el cual se erigen este tipo de actos.

Es evidente que en este caso el cargo de la demanda también involucra hipótesis no contempladas en la norma y que, por ello, resulta inepto para suscitar un juicio de constitucionalidad adecuado.

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA		CÓDIGO:	FO-RF-01
	Nit. 800.107.701-8		VERSIÓN:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
	FORMATO	FALLO	PÁGINA 7 DE 12	

La disposición en cita no contiene ninguna consideración relativa a la validez de ningún acto administrativo. Se limita a señalar una consecuencia que parece lógica a los ojos de la juridicidad: que siendo la conducta dolosa, desde el punto de vista penal o disciplinario, aquella debe reputarse también dolosa desde el civil. En otros términos, si el agente estatal ha actuado dolosamente en el campo penal y disciplinario, es decir, si su conducta ha sido reprochada por quebrantar de manera consciente y voluntaria el orden jurídico, es por demás evidente que aquella también puede catalogarse como constitutiva de una falta objetiva de cuidado.

Con todo, la norma tampoco autoriza al juez penal a desvirtuar la validez del acto administrativo constitutivo del perjuicio. De hecho, la norma no contempla esa hipótesis. La providencia del juez penal es autónoma y sólo produce efectos en el campo penal. Además, la sentencia del juez penal se produce como resultado de la investigación surtida, de manera independiente a la que tenga lugar en relación con la validez del acto administrativo. Que la providencia del juez penal sea posteriormente pieza procesal en la determinación de la responsabilidad patrimonial del agente estatal, es consecuencia del interés por el cual se busca que el responsable del daño asuma en su integridad los resultados de su conducta.

Tampoco es legítimo equiparar, como lo hace el demandante, el proceso administrativo que resuelve sobre la legalidad del acto, el proceso mediante el cual se define la responsabilidad patrimonial del agente estatal y aquel que determina su responsabilidad penal, aunque -en últimas- la injerencia de unos en otros constituya una circunstancia posible porque eventualmente se discutan asuntos concomitantes. No obstante, es necesario reiterar que cada proceso judicial conserva su independencia, ya que se trata de vías que persiguen fines diferentes.


Contra el mismo artículo, aduce el demandante que como no todas las faltas disciplinarias generan daños antijurídicos a los particulares, no habría lugar a ejercer la acción de repetición por perjuicio causado al patrimonio público.

La hipótesis planteada por el demandante carece de fundamento jurídico por generalización infundada. Desde la teoría es imposible descartar la posibilidad de que una falta disciplinaria afecte el patrimonio particular. Son múltiples las hipótesis que podrían imaginarse en las que una falta meramente disciplinaria conduciría a la afectación de un derecho patrimonial indemnizable. Por otra parte, es obvio que si el Estado no se ve obligado a indemnizar el daño antijurídico, porque la conducta de su agente no trascienda al patrimonio individual, tampoco habrá legitimidad para utilizar la acción judicial a que se refiere la Ley demandada.

4.4.4. La tercera sentencia[74] analiza de nuevo la posibilidad de establecer presunciones de dolo y de culpa, a partir de lo previsto en el artículo 90 de la Constitución[75]. Por el parámetro que emplea, esta sentencia es menos relevante que las anteriores para este caso. No obstante, algunos de sus asertos, como el de que las presunciones simplemente legales, que admiten prueba en contrario, obedecen a la potestad de configuración del proceso por parte del legislador (arts. 114 y 150 C.P.), o como el de que las presunciones de dolo y de culpa, en el referido contexto, se justifican razonablemente, en la necesidad de hacer efectiva la acción de repetición, en la necesidad de proteger el patrimonio y la moralidad públicos y en la necesidad de favorecer el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, también serían predicables en este caso.

4.5. El caso concreto.

Conforme a los parámetros anteriores, corresponde constatar si en el caso concreto el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, al prever presunciones de dolo y culpa grave para determinar el grado de culpabilidad, a efectos de establecer la responsabilidad fiscal, vulnera el debido proceso (art. 29 C.P.), en particular la presunción de inocencia, la presunción de buena fe (art. 83 C.P.) y la regla constitucional

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA		CÓDIGO:	FO-RF-01
	Nit. 800.107.701-8		VERSIÓN:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
	FORMATO	FALLO	PÁGINA 8 DE 12	

de que sólo las condenas judiciales definitivas tienen la calidad de antecedentes penales y convencionales (art. 248).

4.5.1. En los procesos administrativos de responsabilidad patrimonial el legislador puede prever que, a partir de ciertos antecedentes o circunstancias ciertas y conocidas, es posible deducir un hecho, a modo de presunción[76]. La mera existencia de una presunción en el contexto de estos procesos no vulnera per se el debido proceso, ya que de una parte su existencia busca dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos relevantes y, de otra, busca proteger bienes jurídicos valiosos, conforme a la lógica y a la experiencia[77]. Además, las presunciones pueden desvirtuarse por medio de pruebas idóneas, al controvertir los antecedentes o circunstancias que dan soporte a la presunción, o al controvertir la presunción misma, cuando se trata de una presunción iuris tantum[78].


4.5.2. En algunos procesos, como el de responsabilidad de administradores de sociedades o el que resulta del ejercicio de la acción de repetición contra agentes del Estado, el legislador estableció presunciones de dolo y de culpa[79]. Al examinar este tipo de presunciones este tribunal dejó en claro que su mera existencia "no constituye un juicio anticipado que desconozca el debido proceso y en especial la presunción de inocencia"[80].

4.5.3. El análisis de este tribunal al estudiar las presunciones de dolo y de culpa en el proceso que resulta del ejercicio de la acción de repetición[81], es relevante para este caso. Y lo es porque si bien este es un proceso judicial y el proceso de responsabilidad fiscal es administrativo, en ambos se persigue un objeto semejante, como es el de establecer la responsabilidad patrimonial de una persona y, de verificarse, ordenar la reparación del daño causado al Estado. En este análisis la Corte estimó que el cargo por vulnerar el principio de la buena fe era improcedente, ya que este principio no puede ser quebrantado por las presunciones de dolo y de culpa, porque "la presunción de buena fe está orientada a proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas ponen frente a él en todas sus gestiones"[82]. En consecuencia, al no ser posible enmarcar la gestión fiscal como una gestión ante las autoridades públicas, por ser más bien una gestión de las autoridades públicas, en este caso el cargo también está llamado a no prosperar.

4.5.4. Aunque no sea el objeto de este proceso, no sobra advertir que una misma conducta puede comprometer la responsabilidad de su autor en diversos ámbitos, como el político, el penal, el disciplinario o el fiscal, cuyas respectivas acciones pueden convergir. En cada uno de ellos existen unos parámetros propios y distintos, a partir de los cuales es posible diferenciar cada tipo de responsabilidad. Por tanto, el tramitar los procesos correspondientes a cada tipo de responsabilidad no afecta en manera alguna el non bis in ídem. Incluso en el evento de considerar que sí lo hace, como en el caso de juzgar dos veces la responsabilidad disciplinaria de una persona por una misma conducta, conviene recordar lo dicho por este tribunal en la Sentencia C-306 de 2012, al examinar el non bis in ídem frente a normas destinadas a combatir la corrupción, como es la norma sub examine. En la referida sentencia la Corte declaró exequible la norma que permite al Procurador General de la Nación revocar de oficio o a petición del quejoso el auto de archivo del proceso, entre otros argumentos por el siguiente:

La mitigación de una garantía que protege al ciudadano de la acción del Estado, en pro de la realización de un principio constitucional determinado, sólo podrá considerarse legítima en tanto esta obedezca a una razón concreta y específica de suficiente entidad, necesaria para alcanzar un nivel de justicia más alto, y a su vez, busque conservar en lo máximo posible la efectividad de la garantía que se excepciona o debilita. Así, en el presente caso sólo habrá de admitirse como válida la restricción a la garantía del non bis in ídem en tanto a través de ella se consiga, en un campo específico, una situación de justicia mayor, imposible en caso de no excepcionarla.

Desde este punto de vista, la comprensión de la norma analizada no sería acorde con la Constitución si se entendiera en el sentido de admitir, para cualquier situación, la posibilidad de revocar de manera directa el auto de archivo de la investigación disciplinaria, puesto que ofrecería la oposición de una generalidad, contra la efectividad de una garantía fundamental. Sin embargo, esta lectura de la norma desconoce el encuadramiento que el Legislador hizo de la norma, al disponer la modificación del CDU a través de la ley "[p]or la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública"[83].

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA		CÓDIGO:	FO-RF-01
	Nit. 800.107.701-8		VERSION:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
	FORMATO	FALLO	PÁGINA 9 DE 12	

Esta circunstancia llama a analizar la provisión demandada desde la perspectiva de la lucha contra la corrupción, de manera que aparece un criterio constitucional legítimo que justifica válidamente la restricción de la garantía del non bis in ídem. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que

“la prevención de la corrupción es consecuencia natural de los postulados constitucionales que propugnan por la transparencia en el ejercicio de la función pública como condición necesaria para el debido funcionamiento del sistema democrático. Así, la justificación misma del Estado Social de Derecho pasa, entre otros aspectos, por la sujeción de la actuación de sus autoridades a los principios de legalidad, objetividad y debida utilización de los recursos públicos. Por lo tanto, las actuaciones venales, la concesión de ventajas indebidas dentro de los procedimientos estatales, el ocultamiento de información a los ciudadanos y la restricción de los legítimos espacios de participación ciudadana en la administración, entre otras conductas, son incompatibles con las previsiones constitucionales que propugnan por la protección del interés general como base misma del Estado. Así, ante la grave afectación que los actos de corrupción irrogan a bienes jurídicos intrínsecamente valiosos en tanto están estrechamente relacionados con principios y valores constitucionales, toda actuación que tenga por objeto la prevención del fenómeno es, no sólo acorde a la Carta, sino también una vía adecuada y necesaria para la realización de las finalidades del aparato estatal”[84].

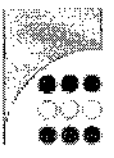
Esta consideración de la Corte, vertida en la sentencia que declaró exequible la ‘Convención de las naciones unidas contra la corrupción’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003, y la Ley 970 del 13 de julio de 2005, aprobatoria de la misma, ilustran como la lucha contra la corrupción, en tanto fenómeno que afecta de manera sustancial la realización de los postulados propios del Estado Social de Derecho, principios fundamentales de la Carta Política, e inclusive derechos de los ciudadanos, se presenta como un fin legítimo del Estado, digno de ser ponderado por el Legislador al momento de dictar las leyes.

En el presente caso, la lectura adecuada con la Constitución de la norma analizada, expone la cuestión de la adecuación de la ponderación realizada por el Legislador entre los bienes jurídicos de la protección al Estado Social de Derecho, el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública e incluso del principio democrático representados por la lucha contra la corrupción, en contra del principio de cosa juzgada y non bis in ídem, situación que de acuerdo con lo dicho anteriormente, sólo admite un control moderado por parte de la Corte Constitucional.

Al respecto, debe destacarse que la garantía de “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”, no constituye desarrollo de un derecho absoluto, y por lo mismo, admite restricciones legales en función de un interés constitucional relevante, como en este caso sería la lucha contra la corrupción, la integridad y la transparencia de la administración, y en últimas, la igualdad y dignidad de los ciudadanos ante la ley.

La decisión del Legislador, que optó en este caso por darle prelación a los valores protegidos por la lucha contra la corrupción sobre el principio de la cosa juzgada, no aparece como contraria a la Constitución, puesto que las causas analizadas y valoradas por él aparecen como razonables de cara a la realización de los valores fundamentales contenidos en la Carta. Esto se concluye no solamente por el contraste aislado de la disposición, sino por las consideraciones que frente a la lucha contra la corrupción, como desarrollo directo de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, ha hecho esta Corporación.

4.5.5. Definida la cuestión de la posibilidad constitucional de prever presunciones de dolo y de culpa en el proceso de responsabilidad fiscal, es menester ocuparse de la censura que la demanda hace del supuesto de hecho de la norma que establece la presunción de dolo en este proceso. Si bien se trata de enunciados normativos algo diferentes, como puede verse en el cuadro comparativo entre el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 y el inciso segundo del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en realidad se está frente a la misma norma jurídica. En efecto, en ambos casos se presume el dolo cuando el procesado, por los mismos hechos generadores de daño, haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por haber cometido dolosamente un delito o una falta disciplinaria[85]. Basta repasar el texto del precitado inciso segundo del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, para advertir que la presunción alude a condenas penales o sanciones disciplinarias debidamente ejecutoriadas, impuestas por haber cometido delitos o faltas imputados a título de dolo. Por lo tanto, en modo alguno

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA		CÓDIGO:	FO-RF-01
	Nít. 800.107.701-8		VERSIÓN:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
	FORMATO	FALLO	PÁGINA 10 DE 12	

es posible aplicar esta norma cuando se trata de condenas penales o sanciones disciplinarias imputadas a título de culpa, así esta sea grave o gravísima.

4.5.6. El presumir el dolo de una persona condenada por la justicia o sancionada por la autoridad disciplinaria, en las circunstancias antedichas, no contraviene ni a la lógica ni a la experiencia. Esta presunción da seguridad a situaciones relevantes, como son las decisiones antedichas y protege bienes jurídicos valiosos como son salvaguardar el patrimonio público, garantizar la transparencia y el acatamiento de los principios de moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo y uso de los bienes y los recursos públicos, y verificar la eficiencia y eficacia de la administración para cumplir los fines del Estado[86]. Se trata de una presunción simplemente legal respecto de la cual el procesado puede ejercer la plenitud de sus derechos de defensa, valga decir, aportar, solicitar y concurrir a la práctica de pruebas, presentar alegatos, interponer recursos, e incluso impugnar las decisiones administrativas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo[87].

4.5.7. El presumir la culpa grave del gestor cuando haya elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia de manera manifiestamente incompleta, ambigua o confusa; haya omitido de manera injustificada su deber de efectuar comparaciones de precios o aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado; haya omitido cumplir con sus obligaciones de revisar de manera periódica obras, bienes o servicios, para verificar la ejecución del contrato, conforme a sus obligaciones como interventor o supervisor; haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad pública o de hacer exigibles los seguros o garantías en caso de acaecer siniestros o verificarse incumplimientos contractuales; o haya reconocido salarios y demás emolumentos laborales con manifiesta violación de las normas que rigen estas materias; no contraviene ni a la lógica ni a la experiencia. Por el contrario, en cada uno de los eventos mencionados hay circunstancias objetivas y verificables, que corresponden a situaciones relevantes, a las cuales la presunción da seguridad, para proteger bienes jurídicos valiosos como son la contratación pública, la adecuada revisión de la ejecución de los contratos estatales, asegurar y hacer efectivos los amparos sobre bienes públicos, y velar por el correcto pago de salarios y emolumentos laborales[88].


4.5.8. Conviene destacar que las presunciones de culpa previstas en los literales a) y e) del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, valga decir, las relativas a elaborar pliegos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, o que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectarían la integridad patrimonial de la entidad contratante, y a efectuar el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales, exigen una calificación especial, como es la de manifiesta. Y es que no cualquier error, imprecisión o confusión puede dar lugar a la presunción legal de culpa grave, sino sólo aquellos que sean manifiestos, es decir, evidentes y propios de un obrar descuidado o falta de diligencia. Algo semejante puede decirse de los reconocimientos de emolumentos y haberes laborales. No se puede presumir la culpa grave por errores leves o no manifiestos en estos dos eventos.

4.5.9. Dado que las decisiones penales y disciplinarias en comento no se emplean a modo de antecedente, posibilidad prevista y permitida por el artículo 248 de la Constitución, sino como circunstancias ciertas y conocidas –que en efecto lo son–, para deducir a partir de ellas una presunción, el cargo de que se vulnera este artículo tampoco está llamado a prosperar.

5.2. Regla de la decisión.

Prever la aplicación inmediata de normas procesales a procesos de responsabilidad fiscal en curso, al momento de entrar en vigencia la ley que las contiene, no vulnera el principio de legalidad si se dispone el trámite del proceso conforme al procedimiento verbal, cuando no se haya proferido auto de imputación de responsabilidad fiscal.

Establecer presunciones legales de dolo y de culpa, para efectos de determinar la culpabilidad en procesos de responsabilidad fiscal, no vulnera la presunción de inocencia ni el principio de la buena fe,

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA Nit. 800.107.701-8		CÓDIGO:	FO-RF-01
			VERSIÓN:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
	FORMATO	FALLO	PÁGINA 11 DE 12	

si dichas presunciones buscan dar seguridad a situaciones relevantes, protegen bienes jurídicos valiosos y no contravienen la lógica y la experiencia.

Presumir el dolo de una persona cuando, por los mismos hechos o daños que sirven de base para el proceso de responsabilidad fiscal, ésta ha sido condenada por la justicia o sancionada por una autoridad disciplinaria, por haber cometido con dolo un delito o una falta disciplinaria, no desconoce la presunción de inocencia, el principio de buena fe y la regla sobre antecedentes penales y contravencionales prevista en el artículo 248 de la Constitución.

.....”


Hechas estas transcripciones jurisprudenciales, es fácil llegar a concluir, que la primera instancia, hizo bien al vincular y declarar responsable en calidad de tercero civilmente responsable, a la Compañía de Seguros La Previsora S.A. con ocasión del amparo que se encuentra incluido dentro de la póliza No. 1007038 y por los hechos acontecidos en su vigencia, esto es, dentro del 24 de septiembre de 2008 y el 24 de septiembre de 2009, como está consagrado en la póliza citada; y que tienen relación para el caso sub-lite, en el pago de los cheques Nos. RO 146235 04/07/2008, T-2913412 11/02/2009, 0146267 01/08/2008, 00302-1 03/03/2009, 00243-5 09-12-2008 y 00329-0 17/04/2009 y que también le asiste razón al A quo, en excluir del fallo, el amparo con ocasión del pago de los cheques 0146235 y 0146267 del 4 de julio de 2008 y el 31 de julio de 2008, pues la póliza objeto de este pronunciamiento aún no entraba en vigencia.

Así las cosas, se deberán despachar en forma negativa las solicitudes hechas por el señor apoderado judicial de la Compañía de Seguros La Previsora S.A., advirtiendo que no es claro cuando en su memorial de alzada expresa que :” en las condiciones de la póliza 1007038 se toman como excepciones y por lo tanto no posibilita el cubrimiento del detrimento, cuando el funcionario ha actuado con dolo, título de responsabilidad de uno de los declarados responsables, por lo que la Previsora S.A. no tiene la obligación contractual de amparar el detrimento que por ese título de responsabilidad se haya ocasionado...”; decimos que no es claro, pues no se entendería entonces cual es la finalidad de contratar con las compañías aseguradoras, si éstas excepcionaran que no pagarían lo amparado cuando los encontrados responsable obraran a título de dolo o culpa grave, como aquí lo hace el señor apoderado. Reiteramos, nos parece desproporcionado, toda vez que nos encontramos frente a un proceso de responsabilidad fiscal y no uno de responsabilidad civil; bajo el imperio de la póliza de seguro se dio una de las causales para el pago del siniestro y así es como deberá pagar la compañía de seguros.

Este tema analizado queda claro para el ente de control con la sentencia de inconstitucionalidad que se ha transcrito en acápites anteriores y que deja por fuera de toda lógica jurídica las argumentaciones del señor apoderado de la Compañía de Seguros La Previsora S.A. en tal sentido.

DECISIÓN:

Así las cosas y en razón de lo que en precedencia se deja expuesto, el suscrito Contralor Municipal de Tunja,

	CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA		CÓDIGO:	FO-RF-01
	Nit. 800.107.701-8		VERSION:	01
	PROCESO	RESPONSABILIDAD FISCAL	FECHA:	28-09-2015
	FORMATO	FALLO	PÁGINA 12 DE 12	

RESUELVE:

Artículo primero: Confirmase en todas sus partes el proveído de fecha febrero 22 de abril del año en curso, mediante el cual se decidieron los recursos de reposición interpuestos dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 048 de 2011.

Artículo segundo: Devuélvase la actuación al a-quo para los fines pertinentes.

Notifíquese y Cúmplase.



WILLIAM JOSÉ GONZÁLEZ LIZARAZO

Contralor Municipal de Tunja

Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 048 de 2011-2. *Ant.*