

VARIACIONES EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD FISCAL

(Decreto 403 de 2020)

Moisés Tamayo Restrepo¹

El reciente Acto Legislativo 04 de 2019² modificó los artículos 267, 268, 271, 272 y 274, de la Constitución Política Colombiana, y uno de los principales cometidos de dicho acto fue el fortalecimiento del régimen de control fiscal, por lo cual el 16 de marzo de 2020 el presidente de la República expidió el Decreto 403 de 2020³, en aras de la correcta implementación del Acto Legislativo mencionado.

Es así como el Decreto 403 de 2020 trae significativas variaciones a nuestro régimen de responsabilidad fiscal: (i) La ampliación de la acción fiscal a sujetos activos particulares⁴, (ii) el control fiscal no exclusivamente posterior y selectivo⁵, ahora también preventivo y concomitante y, (iii) el aumento del término de caducidad de la acción fiscal⁶.

Las anteriores variaciones revisten suprema trascendencia, sin perjuicio de otras no menos importantes, como lo es la competencia prevalente otorgada al Contralor de la

¹ Abogado, egresado del programa de Derecho de la Universidad de Medellín. Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros en la misma Institución. Abogado de la firma AGUIRRE & LLANO ABOGADOS.

² Acto Legislativo 04 de 2019 “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”.

³ Decreto 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”.

⁴ Contenido en el artículo 124 *ibidem*.

⁵ Contenido en el artículo 54 *ibidem*.

⁶ Contenido en el artículo 127 *ibidem*.

República sobre cualquier entidad de los distintos entes territoriales, o la imposibilidad de avocar a la reserva en el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal.

Resulta de máxima importancia analizar el cambio que representa la primera variación, consistente en la ampliación de los sujetos objeto de responsabilidad fiscal, pues el campo de aplicación de esta materia se vio limitado en atención a que la normativa anterior, relativa al proceso de responsabilidad fiscal⁷, establecía por objeto resarcir los daños ocasionados al patrimonio público por “quienes realizan gestión fiscal”⁸ mediante el pago de una indemnización pecuniaria; y ahora el artículo 125 del Decreto 403 de 2020, encargado de modificar el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que en principio parece una transcripción exacta del artículo anterior, trae una importante adición, indicando que no solo serán sujetos activos del proceso de responsabilidad fiscal “quienes realizan gestión fiscal”⁹, sino también: “servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos”¹⁰.

Según lo anterior, se acaba de ampliar enormemente, el margen de aplicación de la responsabilidad fiscal en atención a estos dos nuevos sujetos que pueden responder fiscalmente: (i) los servidores públicos (que no necesariamente realizan gestión fiscal) y, (ii) los particulares.

Es un fuerte golpe en contra de la ineficacia de los procesos de responsabilidad fiscal, en los cuales anteriormente quedaban impunes todos aquellos que no fuesen sujetos calificados de gestión fiscal. Es entonces el comienzo de procesos de responsabilidad

⁷ Ley 610 de 2000.

⁸ Contenido en el artículo 4 – Ley 600 de 2000.

⁹ Conforme en el artículo 4 – Ley 610 de 2000.

¹⁰ Conforme al artículo 124 del Decreto 403 de 2020.

fiscal donde se podrá vincular a cualquier persona (inclusive particular) que participe, concurra, incida o contribuya, directa o indirectamente en la conducta sancionable.

Queriendo antes de superar este punto hacer especial énfasis en la locución: “(...) la contribución directa o indirecta (...)”, de que habla esta nueva norma, pues una declaración muy amplia donde se tendrá que dar el beneficio de la duda al alcance de esta conducta “indirecta”, ya que resulta ser un enigma establecer con precisión.

¿Qué es una contribución indirecta? Pero es un tópico que se va a debatir en el control jurisdiccional posterior a estos procesos de responsabilidad fiscal, donde un juez de la República entrará a examinar el respectivo nexo de causalidad entre la participación directa o indirecta de un particular, y el respectivo detrimento a los recursos públicos; aplicación propia del aforismo jurídico latín *lura novit curia* (El juez conoce el derecho).

Frente a la segunda variación, de direccionar el control fiscal no solo bajo el carácter de posterior y selectivo, sino excepcionalmente también preventivo y concomitante, obedece inicialmente a la materialización del principio de oportunidad, pues la génesis de este régimen de responsabilidad es evitar el detrimento del fisco, no solo desde la óptica sancionatoria sino también preventiva.

Así, el Acto Legislativo 04 de 2019 le atribuye el control preventivo y concomitante exclusivamente al Contralor General de la República¹¹, y el Decreto 403 de 2020 se encargó de señalar los parámetros para actuar bajo esta facultad excepcional, indicando que sería bajo seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los bienes, fondos o recursos públicos, que permita evaluar un conjunto de hitos de control pertenecientes a un proceso en curso, de forma

¹¹ Conforme al artículo 267 de la Constitución Política de Colombia.

ordenada, sucesiva e interconectada y, eventualmente, advertir sobre la posible ocurrencia de daños al patrimonio público¹².

En tal sentido, el control preventivo y concomitante se realizará a través del uso de las tecnologías, se propenderá por un seguimiento permanente a los recursos, y adicionalmente prescribe la norma que dicho seguimiento deberá hacerse en tiempo real por conducto de la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata¹³ (en siglas, DIARI); buscando así, una vigilancia preventiva con el acompañamiento fiscal en los procesos y decisiones que tomen los sujetos objeto de control.

Es así como ante el hallazgo de una irregularidad, estará en cabeza del Contralor General de la República el deber de emitir una advertencia sobre el evento o riesgo identificado, deber indelegable que consiste en prevenir al gestor fiscal sobre la detección de un riesgo inminente de pérdida de recursos públicos y/o afectación negativa de bienes o intereses patrimoniales de naturaleza pública¹⁴.

Finalmente, en cuanto a la tercera variación relativa a la ampliación del término de caducidad para iniciar la acción fiscal, el artículo 127 del Decreto 403 de 2020 está modificando el artículo 9 de la Ley 610 de 2000. Esta última consagraba un término mucho más perentorio para iniciar la acción fiscal.

Anteriormente se contaban 5 años a partir de la realización de los hechos conocidos como actos instantáneos, y para los actos complejos, que son aquellos de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, se contaban estos 5 años a partir de la realización del último hecho o acto.

¹² Conforme al artículo 55 del Decreto 403 de 2020.

¹³ Conforme al artículo 59 – Decreto 403 de 2020.

¹⁴ Conforme al artículo 57 – Decreto 403 de 2020.

El cambio que realizó del Decreto 403 de 2020 consistió en duplicar el termino de caducidad de la acción, pasando de 5 años a 10 años bajo las mismas reglas de computo. Constituye esta variación otra significativa ampliación al margen de aplicación de la responsabilidad fiscal permitiendo tener un lapso de tiempo más prologado para incoar la acción fiscal.

Frente al termino de prescripción, no hubo variación alguna, seguirá siendo de (5) años contados a partir de la expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Además, el Decreto 403 de 2020 conservó lo preceptuado en la Ley 610 de 2000 frente a la posibilidad de intervención que tienen las Contralorías y las entidades públicas afectadas patrimonialmente dentro de los incidentes de reparación integral en los procesos penales que se adelanten cuando se configuren hechos punibles, y no existirá ninguna clase de impedimento para obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, aún con los términos de caducidad o prescripción anteriores vencidos¹⁵.

Finalmente, si bien el Decreto 403 de 2020 no ha sido mediático como se esperaba, ni ha causado revuelo social en atención a que su expedición coincidió temporalmente con la situación pandémica causada por el COVID-19, hay que resaltar que es una norma que busca el fortalecimiento del régimen fiscal de forma sólida, implementando lo preceptuado por mandato constitucional en el Acto Legislativo 04 de 2019.

Se concluye así, que las variaciones analizadas buscan preponderantemente ampliar el margen de aplicación de la responsabilidad fiscal, convirtiéndose este decreto en una verdadera repotenciación normativa que está dando más “dientes” a los órganos de control fiscal para frustrar el detrimento patrimonial de la administración pública.

¹⁵ Conforme al artículo 127 Inc. 4° – Decreto 403 de 2020.