

LAS PRESUNCIONES EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y EL DERROTERO DE SU ESPECIALIDAD.

Autor: **Jesús Pimienta Cotes** - Abogado Gerente

El pasado 4 de febrero de 2021, el Consejo de Estado mediante providencia con radicado 25000-23-41-000-2017-00512-02, decantó con gran contundencia una serie de máximas que venían siendo ignoradas por el ente de control fiscal.

Así pues, la Sentencia aludida al resolver un recurso de apelación impetrado, fue clara al poner de presente la aplicación de las presunciones de culpa y dolo en el proceso de responsabilidad fiscal. En ese entendido tenemos:

1“(…) 4.3. La aplicación de las presunciones de culpa y dolo en el proceso de responsabilidad fiscal. La Corte Constitucional ha dicho que las presunciones de culpa y dolo sólo pueden tener fuente legal y que: “[…] Se trata de una técnica normativa a la que recurre el legislador quien, en la búsqueda de proteger un interés valioso, convierte en asunto relevado de prueba, para efectos de convicción, ciertos hechos o circunstancias, a partir de un hecho base que debe estar debidamente probado. Con esta medida, el legislador busca atribuir ex ante, de manera adecuada, la carga de la prueba, partiendo de un razonamiento construido a partir de la lógica y la experiencia, de lo que normalmente ocurre, a efectos de invertir el deber de prueba hacia el hecho contrario. Esto quiere decir, en otras palabras, que la operancia de la presunción requiere de la plena prueba del hecho antecedente o base que abre la puerta al uso de la presunción como medio de convicción. El basamento lógico y resultado de la experiencia propio de las presunciones, las diferencia de las ficciones, técnica legislativa diferente que da por establecido un hecho, para producir un determinado resultado, aunque resulte contrario a la realidad de lo que normalmente ocurre. Por demás, las presunciones pueden ser refutables, mediante prueba en contrario (presunciones legales, de hecho o iuris tantum) o irrefragables (de Derecho o de iuris et de iure) Las presunciones de dolo o de culpa son afectaciones directas de la presunción de inocencia que, a pesar de no ser de la entidad de la responsabilidad objetiva, sí

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ BOGOTÁ, D.C., CUATRO (4) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021), RADICACIÓN: 25000-23-41-000-2017-00512-02

exigen que la medida adoptada por el legislador resulte razonable y proporcionada, para ser constitucional. Se trata de formas de responsabilidad subjetiva, es decir, en las que el establecimiento del componente subjetivo del hecho causante de la responsabilidad, dolo o culpa, es dogmáticamente imprescindible para declarar la responsabilidad, pero la carga de la prueba se encuentra legalmente invertida [...]". (se destaca)

(...) El artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 estableció los eventos en los cuales se presumirá la culpa grave en los procesos de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos: "ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

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.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos: a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante; b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado; c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas; d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos; e) Cuando se haya efectuado 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".

Por su parte, el artículo artículo 6 de la Ley 678 de 2001 describió los supuestos en donde se configura la culpa grave en el medio de control de Repetición, así: donde

se configura la culpa grave en el medio de control de Repetición, así: “ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho; 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable; 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable; 4. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal”.

En ese sentido, las presunciones de culpa y dolo únicamente pueden ser interpretadas dentro del ámbito de regulación que para el efecto hayan sido establecidas en la respectiva ley que las haya creado; en otras palabras, no es posible trasladar o extender su aplicación a regímenes diferentes al objeto de la norma legal que las creó, habida cuenta que, se reitera, se trata de una competencia reservada al Congreso de la República y que en cada caso responde a procesos de razonamiento y experiencia específicos; admitir lo contrario, conllevaría a propiciar un escenario de inseguridad jurídica que rompería los principios de legalidad y del debido proceso propios del Estado Social de Derecho. (...)

Por lo anterior, considero pertinente elogiar al máximo estamento de lo Contencioso Administrativo pues, sin estar enmarcado en arbitrariedades, se esmeró por ese llamado ineludible al respeto por la debida aplicación de las normas atendiendo siempre el carácter especial. Carácter que siempre prevalecerá sobre el espectro genérico y, como muestra de ello tenemos:

²“(...) Art. 5º. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla. (...) 1ª La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; (...)”

“(...) ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.(...)Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los

² Ley 57 de 1887.

³ Ley 1437 de 2011.

mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.(...)”

Queda claro entonces que cualquier aplicación diferente esta proscrita de nuestro ordenamiento, que de manera impecable hace respetar el Consejo de Estado en la providencia que nos ocupa.

Así entonces, lo primero que quiero que quede claro es que desde la perspectiva del derecho administrativo, nunca se puede olvidar la relación directa que existe entre un funcionario público y la preexistencia de un marco normativo, el cual, rige el actuar de dicho funcionario, pues es en dicho ordenamiento preexistente donde encontramos lo que puede y debe hacer un servidor publico, el cual, jamás puede olvidar que todo lo que no le este permitido expresamente, le esta prohibido. Es entonces en ese entendido que se desarrolla la actividad administrativa, la cual jamás se puede confundir con la actividad jurisdiccional.

Ahora bien, en consonancia con lo anterior, considero de vital importancia este pronunciamiento del Consejo de Estado pues resalta lo mencionado en cuanto que, el actuar de la administración esta atado a lo expresamente establecido en la ley pues no podemos desconocer que los funcionarios públicos, obran conforme a lo consagrado en el ordenamiento. Así entonces, siempre resultará arbitraria y atentatoria contra las garantías de los presuntos responsables fiscales, la aplicación, sin que exista competencia para ello, de presunciones específicas contenidas en normas diferentes a las establecidas para la regulación del procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal.

Aunado a lo expuesto, se recomienda la lectura de la providencia traída a colación por que recuerda que, si bien es cierto que el procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal y el medio de control de repetición comparten el objetivo de proteger el patrimonio estatal, ambas se dan en escenarios ampliamente diferentes y por lo tanto, la aplicación de sus presupuestos es exclusiva e inherente únicamente en cada uno de dichos escenarios.

Finalmente quiero dejar plasmado en el presente escrito que lo realizado por el Consejo de Estado fortalece las bases de nuestra institucionalidad pues evita que los entes de control fiscal se escuden en argumentos traídos de los cabellos para sustentar fines abiertamente distintos a los que buscan la protección del Estado.

BREVES COMENTARIOS SOBRE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DEL PROCESO DISCIPLINARIO LABORAL.

Autor: Santiago Marín Bohorquez- Abogado Senior

El Código Sustantivo del trabajo ha establecido que en el curso de las relaciones que concurren en el marco de los contratos de trabajo y la subordinación, debe existir un mecanismo con su respectivo procedimiento para resolver aquellas irregularidades que resulten del desarrollo de la actividad laboral. De esta manera, el título cuarto, capítulo primero del Estatuto Laboral, que regula lo relativo al Reglamento Interno de Trabajo, ha previsto como uno de los contenidos de este último, el establecimiento de una *Escala de faltas y procedimientos para su comprobación; escala de sanciones disciplinarias y forma de aplicación de ellas*.

Con el inciso anteriormente transcrito nace el proceso disciplinario sancionatorio y se le otorgan potestades de igual naturaleza al empleador. No obstante, desde los artículos 110 al 115 de la norma sub examine se desarrolla lo que sería el curso del procedimiento con disposiciones tales como las sanciones aplicables, la imposibilidad de aplicar sanciones no previstas, y el procedimiento para sancionar, todo eso enmarcado en un párrafo.

Con las manifestaciones transcritas, el legislador no ha logrado prever la magnitud e importancia que tiene para el curso de las relaciones laborales el procedimiento disciplinario o sancionatorio, pues en el mismo se ven comprometidos Derechos Fundamentales como el trabajo, la dignidad, el debido proceso y los demás que se encuentren conexos.

En virtud de lo aludido nace el gran vacío del Derecho laboral sancionador, que trae consecuencias para los extremos de la contratación laboral, en la cual principalmente se pone en tela de juicio la legitimidad y legalidad de la sanción impuesta. Es entonces cuando vemos un contraste con otros Derechos que hacen parte del *ius Puniendi* como lo es el Derecho Público Disciplinario, el Derecho sancionatorio contractual y el Derecho Penal propiamente dicho, los cuales han desarrollado elementos estructurales para la configuración del reproche a través de directrices correspondientes a la tipicidad, culpabilidad, daño o ilicitud sustancial.

En ese entendido, se han dejado libradas al azar, iniciativas tales como el término de vigencia entre la fecha de la realización de la conducta reprochada y el inicio del procedimiento sancionatorio, los recursos, las instancias, la actividad probatoria, el término de duración del

mismo procedimiento, la caducidad, la prescripción, la conducción del proceso, entre otras.

Al tenor de lo dispuesto con anterioridad, el profesor Juan Diego Montenegro en su referencia acerca del procedimiento laboral disciplinario, desarrollo:

(...) las referencias normativas directas a nivel legal sobre el proceso disciplinario laboral tienen la característica de ser generales y poco precisas, circunstancia que aunada a su íntima relación con el derecho fundamental constitucional al debido proceso, ha requerido un amplio desarrollo por parte de la jurisprudencia de las Altas Cortes. En el ámbito laboral, el régimen disciplinario y sancionatorio, si bien se enmarca dentro del Derecho Laboral, toma para sí elementos propios del Derecho Procesal y del Derecho Disciplinario, atendiendo a la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la finalidad de las sanciones, los sujetos procesados y los efectos jurídicos que se derivan.¹

No obstante, la jurisprudencia desarrollada por las altas cortes resulta ser insuficiente para resolver los vacíos jurídicos de un procedimiento que utiliza para su desarrollo una pequeña parte del Estatuto Laboral y por otra, los diferentes pronunciamientos judiciales que en esencia hacen referencia de manera general a la aplicación del Derecho al debido proceso laboral. Un ejemplo, se refiere concretamente a lo señalado por la Corte Constitucional respecto de la rigurosidad en la exigencia de la tipicidad en el Derecho Disciplinario en comparación con la exigida en el proceso penal, a saber:

El derecho disciplinario como parte del derecho punitivo del Estado, se caracteriza por su cercanía al derecho penal, en cuanto debe someterse a los mismos principios que informan éste último[62]. Sin embargo, reviste características propias y específicas que ameritan un tratamiento diferencial, entre otras razones, al carácter flexible y menos riguroso que tiene la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo.²

Por otra parte, el Código Sustantivo del Trabajo establece lo siguiente:

ARTICULO 114. SANCIONES NO PREVISTAS. El {empleador} no puede imponer a

¹Montenegro, J. (2018). El Debido Proceso Disciplinario Laboral. Revista: Ius Laboral 8, U. Católica de Colombia.

²Corte Constitucional. (2015) Sentencia C-721 de 2015.

sus trabajadores sanciones no previstas en el reglamento, en pacto, en convención colectiva, en fallo arbitral o en contrato individual.

Las citas transcritas con anterioridad en la que por un lado la jurisprudencia señala la flexibilidad de la “tipicidad” del Derecho Disciplinario y por el otro, el Código Sustantivo del Trabajo proscribiendo expresamente la imposibilidad de imponer sanciones no previstas, representan una contradicción, la cual ha sido definidas por la filosofía del Derecho como antinomias, que surgen de las colisión entre un apartado normativo y otro, un principio y una norma, o como ocurre para el caso en concreto, entre el desarrollo y ampliación interpretativa de un principio del Derecho Disciplinario y la regulación de dicho principio en el Estatuto del trabajo.

Es por lo anterior y a pesar de que el procedimiento se prevé a través del Código Sustantivo del Trabajo y se reputa como ajustado a los apremiantes principios rectores del debido proceso, en casos complejos y en general para despejar cualquier manto de duda sobre la legalidad de las decisiones adoptadas en el marco del proceso sancionatorio, se hace necesario contar con una regulación más sólida, clara y eficiente, que permita el armónico desarrollo de las relaciones laborales.

Por ahora y hasta tanto no exista una regulación procedimental concreta, empleadores y trabajadores deberán ajustar los instrumentos que la legislación nacional laboral acepta como contentivos de asuntos de carácter disciplinario como reglamentos internos, convenciones colectivas, códigos de ética y conducta y cualquier otro que haga parte del fuero interno de la organización obrero patronal. En él se deberán fijar condiciones claras, conductas delimitadas y sus respectivas sanciones, tiempos procedimentales, recursos, pruebas, orden y etapas de las diligencias, recursos, estructuras y cualquier otro elemento que resulte ser relevante a la hora de tomar decisiones en el marco de las decisiones sancionatorias.