

Sentencia C-840/01

Con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Se podría agregar que: el servidor público o el particular - dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes “completos” pero inertes.

GESTION FISCAL-Naturaleza y sentido

CONTROL FISCAL-Carácter selectivo/GESTION FISCAL-Elemento determinante de responsabilidad

Cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólídum o con criterio

universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. La esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Alcance

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Naturaleza administrativa

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Procedimiento

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Inicio formal/INDAGACION PRELIMINAR EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Apertura del proceso

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Ejercicio de la gestión fiscal

El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado. La locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO-Infractor

RESPONSABILIDAD FISCAL-Grado de culpa

RESPONSABILIDAD FISCAL-Objeto/RESPONSABILIDAD FISCAL-Indemnización integral/RESPONSABILIDAD FISCAL-Proscripción

El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación ha que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. En materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

DAÑO PATRIMONIAL DEL ESTADO-Intervención directa o contribución

Cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiéndose que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.

DOLO-Concepto

CULPA-Modalidades

TEMERIDAD-Concepto

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Responsabilidad por

temeridad se asimila a culpa grave

La acepción de temeridad equivale esencialmente a la definición de culpa grave que registra el Código Civil, de donde se colige finalmente que bajo tal adjetivo calificativo no se restringe irregularmente la responsabilidad del funcionario en lo tocante al grado de diligencia y cuidado que se le exige para decretar medidas cautelares. Por el contrario, la noción de temeridad, en tanto asimilación a culpa grave, se acompasa nítidamente con las formas de culpabilidad que concentra la Constitución en su artículo 90.

PRESUNCION DE LA BUENA FE-Actuaciones de particulares/PRINCIPIOS DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD-Actuaciones de servidores/PRINCIPIOS DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD-Protección de la ley y actos administrativos

Bajo el criterio de que el principio de la buena fe debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quiso el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos. Por consiguiente, podría decirse que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza Estado-administrados hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Valor ético

De acuerdo con la doctrina el principio de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, habida consideración del valor ético que entraña en la conciencia social, y por lo mismo, de la importancia que representa en el tráfico jurídico de la sociedad. Contenido ético que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones sociales, no como creación del derecho, que sí como presupuesto, con existencia propia e independiente de su reconocimiento normativo. La buena fe se refiere exclusivamente a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al

efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, al propio tiempo que funge como criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Vulneración por el Estado

MALA FE-Situación en el mismo rango del dolo

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Responsabilidad del funcionario por mala fe/MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Actuación de servidor público con temeridad o mala fe

En el evento de que dentro del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente decreta medidas cautelares que por su misma desproporción acusen irregularidades que fueron conocidas por él, y que pese a las mismas expidió el acto quebrantador de derechos patrimoniales del procesado, manifiesta será la mala fe con que actuó en tanto tuvo conocimiento y voluntad para producir el acto generador del daño antijurídico. Hipótesis en la cual se actualiza la eventual responsabilidad del Estado junto con la del funcionario infractor a términos del artículo 90 Superior. Consecuentemente, cuando el respectivo servidor público obre con temeridad o mala fe al decretar las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el Estado debe responder primeramente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la subsiguiente repetición que debe ejercer contra aquél.

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Justificación

Las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal se justifican en virtud de la finalidad perseguida por dicho proceso, esto es, la preservación del patrimonio público mediante el resarcimiento de los perjuicios derivados del ejercicio irregular de la gestión fiscal.

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Carácter precautorio/MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Carácter de independientes/MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Oportunidad para decretarlas

Estas medidas tienen un carácter precautorio, es decir, buscan prevenir o evitar que el investigado en el proceso de responsabilidad fiscal se insolvente con el fin de anular o impedir los efectos del fallo que se dicte dentro del mismo. En este sentido, “el fallo sería ilusorio si no se proveyeran las medidas necesarias para garantizar sus resultados, impidiendo la desaparición o la distracción de los bienes del sujeto obligado.” Las medidas cautelares son pues, independientes de la decisión de condena o de exoneración que recaiga sobre el investigado como presunto responsable del mal manejo de bienes o recursos públicos. Pretender que éstas sean impuestas solamente cuando se tenga certeza sobre la responsabilidad del procesado carece de sentido, pues se desnaturaliza su carácter preventivo, teniendo en cuenta que ellas buscan, precisamente, garantizar la finalidad del proceso, esto es, el resarcimiento. En esta perspectiva las medidas cautelares pueden ser decretadas en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal, habida consideración de las pruebas que obren sobre autoría del implicado, siendo la primera oportunidad legal para el efecto la correspondiente a la fecha de expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. No antes.

Referencia: expediente D-3389

Demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 41 de la ley 610 de 2000

Demandante: Andrés Caicedo Cruz

Magistrado ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá D.C., nueve (9) de agosto de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano ANDRES CAICEDO CRUZ, demandó la inconstitucionalidad de algunos apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 41 de la ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44. 133 del 18 de agosto de 2000 y se subraya lo demandado:

(Agosto 15)

Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es 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 el 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.”

(...)

Artículo 4. Objeto de la responsabilidad fiscal. 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.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Parágrafo 1. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquiera otra clase de responsabilidad.

Parágrafo 2. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve.

(.....)

Artículo 6. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

(...)

Artículo 12. Medidas cautelares. En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las orden tenga que prestar

caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe.

Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.

Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia. También se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del presunto detrimento y aprobada por quien decretó la medida.

Parágrafo. Cuando se hubieren decretado medidas cautelares dentro del proceso de jurisdicción coactiva y el deudor demuestre que se ha admitido demanda y que esta se encuentre pendiente de fallo ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aquellas no podrán ser levantadas hasta tanto no se preste garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado más los intereses moratorios.

(...)

Artículo 41. Requisitos del auto de apertura: El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

(...)

7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables.”

LA DEMANDA

Considera el demandante que las normas acusadas infringen los artículos 83, 90, 116, 119, 267, 268 de la Carta, así:

- El artículo 1 de la ley 610/00, en el aparte acusado, viola el artículo 268-5 de la Constitución, pues se amplían las funciones de la Contraloría en materia de responsabilidad fiscal, en la medida en que sólo puede conocer de aquella que se derive de la gestión fiscal. Por tanto, “no corresponde a la Contraloría establecer la responsabilidad que no se deriva de la gestión fiscal sino que se produce con ocasión de esta. En efecto, una cosa es que un daño sea causado por una determinada circunstancia y otra que el mismo se produzca con ocasión de ella. Lo primero supone que dicha circunstancia da lugar al daño, en tanto que lo segundo implica simplemente que la circunstancia concurre temporalmente con el hecho que produce el daño. De este modo es diferente que exista una deficiente gestión fiscal y por ello se produce un detrimento del patrimonio público, a que se produzca un daño al patrimonio público, sin que resulte de la administración misma de los bienes públicos por el responsable de los mismos. ”

El aparte de la norma acusada, al permitir que la Contraloría adelante procesos de responsabilidad fiscal por daños causados con ocasión de la actividad fiscal, permite que “la misma inicie el proceso de responsabilidad contra quien no realizó gestión fiscal, como son los servidores públicos que no tienen a su cargo gestión fiscal o los particulares que no tienen a su cargo la administración de bienes del Estado”, violando los artículos 267 y 268 de la Carta. Además, también vulnera el artículo 90 superior pues, “si el Estado sólo puede repetir contra un funcionario cuando el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, de esta manera en principio la responsabilidad del funcionario sólo es por dolo y culpa grave.”

- El aparte demandado del artículo 4 de la ley 610 de 2000 también viola el numeral 5 del artículo 268 de la Carta porque el objeto de la actividad de la Contraloría es “determinar los daños sufridos por los bienes objeto de la administración que le fue confiada y no otros perjuicios, pues ello compete a la rama judicial del poder público.” La Constitución Política otorga el ejercicio de funciones jurisdiccionales a los jueces y cuando se trata de materias contencioso administrativas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por consiguiente, es en principio el juez quien debe declarar la existencia de una responsabilidad patrimonial. El actor agrega que “en la medida en que la responsabilidad fiscal se deriva de la gestión fiscal y que a su vez, ésta corresponde a la administración de los bienes públicos, es claro que la responsabilidad fiscal está circunscrita a los detrimentos que sufren los bienes públicos pero no a otros perjuicios adicionales que sufra la administración (por ejemplo, el lucro cesante). Por consiguiente estos deben ser declarados por la rama jurisdiccional del

poder público”.

- El aparte acusado del artículo 6 de la ley 610 de 2000 viola la Constitución, en cuanto prevé que “el daño patrimonial que da lugar a responsabilidad fiscal puede ocurrir por la acción u omisión de los servidores públicos que produzcan directamente o contribuyan al deterioro del patrimonio público. En efecto, en la medida en que las disposiciones constitucionales establecen claramente que la responsabilidad fiscal es la que se hace efectiva como consecuencia de la gestión fiscal, es claro que el daño que se trata de hacer efectivo a través de la responsabilidad fiscal sólo puede ser aquél que se produzca directamente como consecuencia de la indebida gestión fiscal. Cualquier otro daño debe ser declarado por una autoridad judicial, por lo cual la norma acusada desconoce las disposiciones que definen las funciones de la Contraloría (art. 267 y ss CP), así como aquellas que establecen quiénes tienen funciones jurisdiccionales (art. 116 CP).”

- El aparte acusado del artículo 12 viola el artículo 90 superior, al establecer que los funcionarios de la Contraloría sólo responden si actúan con temeridad o mala fe, ya que, según la Constitución, los servidores públicos responden cuando hayan obrado con dolo o culpa grave. En criterio del actor, la disposición demandada restringe la responsabilidad del funcionario que decreta medidas cautelares, ya que “si todos los servidores públicos deben responder cuando actúan con dolo o culpa grave y causan un daño a los administrados, igual debe ocurrir con los servidores de la Contraloría, sobre todo si se tiene en cuenta las graves consecuencias que una medida de embargo puede tener y que el proceso de responsabilidad fiscal puede durar cinco años.”

- El numeral 7 del artículo 41 de la ley 610 infringe los artículos 29 y 83 de la Constitución, al establecer como una consecuencia automática del auto de apertura de investigación el decreto de medidas cautelares. Además, dicha disposición es incongruente con lo que establece el artículo 12 de la misma ley. Agrega que “no es posible decretar una medida cautelar respecto de cualquier investigado fiscalmente, es necesario que existan elementos que permitan considerar al funcionario investigador que dicha persona aparentemente es responsable fiscalmente.”

INTERVENCIONES

1. Intervención de la Contraloría General de la República

La ciudadana Ana Lucía Padrón Carvajal, en su calidad de apoderada de la Contraloría General de la República, interviene para defender las normas acusadas, con estos argumentos:

- No puede escindirse el control fiscal propiamente dicho de la facultad de establecer la responsabilidad fiscal, pues el control fiscal es integral y dicha integralidad implica que su finalidad última sea la efectiva protección del patrimonio público, la cual no podría ejercerse a cabalidad si la Contraloría no pudiera iniciar procesos de responsabilidad fiscal, ya que éste es el instrumento idóneo con que cuenta el Estado para proteger efectivamente la integridad del patrimonio y de los bienes públicos (art. 268-5 C.P.)

- El demandante interpreta erróneamente el artículo 4 que acusa parcialmente, pues éste se refiere a una indemnización que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal y no a otros perjuicios, como quiere hacerlo ver. Así las cosas, el legislador actuó respetando los diseños constitucionales que garantizan el principio de la separación de poderes en cada uno de los órganos de control y entidades del Estado.

- El daño que pueda ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al deterioro del erario público no es incompatible con lo dispuesto en los artículos 6 y 90 de la Constitución. “La amplitud en la definición del daño patrimonial permite cobijar todas las situaciones de detrimento al erario sin que esto se torne inconstitucional”.

- El artículo 12, materia de acusación parcial no limita la responsabilidad de los servidores públicos de la Contraloría ni viola el artículo 90 superior, porque lo que allí se pretende es “responsabilizar a todos los funcionarios que incurran en uno de tales hechos sin excepción”, lo cual no quiere decir que el Estado no pueda repetir contra el funcionario que actuó con dolo o culpa en el daño patrimonial, es decir, el servidor no queda eximido de la aplicación de esta norma.

- La imposición de medidas cautelares no infringe los artículos 29 y 83 de la Carta “ya que a los presuntos responsables en el proceso de responsabilidad fiscal siempre se les protegen

los derechos y libertades públicas cuando se les otorgan los medios probatorios y las oportunidades de defensa necesaria, con el objeto de garantizarles la legalidad y certeza jurídica en el respectivo fallo de responsabilidad fiscal. No sobra advertir que el decreto de medidas cautelares constituye, entre otros, uno de los requisitos de procedimiento que debe contener el auto de apertura del proceso de responsabilidad en el que antes de señalarse el funcionario debe ceñirse a los postulados de la buena fe con que actuó el presunto responsable en su gestión.”

El ciudadano Juan Fernando Romero Tobón, en su condición de apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, intervino en el presente proceso en defensa de la normatividad demandada. Los argumentos que expone son los que se resumen a continuación:

- Sostiene que la responsabilidad fiscal, en cierta medida, “vendría a ser la acción recíproca que tiene el Estado frente al detrimento financiero que se le ha producido, tal y como la tiene el particular frente a éste, salvo los aspectos de culpabilidad que deben estar en el primero. En esta clase de relaciones, en función del bien jurídico tutelado, las mismas pueden bifurcarse en aquellas respecto del Estado mismo y entre los particulares y el Estado.” Dicha responsabilidad no proviene del carácter del sujeto sino de la naturaleza del recurso, lo cual confunde el demandante. “El criterio que delimita el control fiscal es de carácter objetivo y está dado por el ejercicio de la gestión fiscal, es decir, si hay o no dineros públicos. Una vez determinada la pertinencia del control fiscal, éste se ejerce respecto de los sujetos que manejan fondos o bienes públicos y, obviamente, sobre ellos recae la responsabilidad a que haya lugar, lo que justifica la inclusión en el artículo 1 acusado, como sujetos de responsabilidad fiscal, a los particulares y a los servidores públicos que, con ocasión del ejercicio de la gestión fiscal, causen daño al patrimonio del Estado”.

- Así como el servidor público responde fiscalmente en cuanto tiene a su cargo gestión de dineros públicos, los particulares que se vean vinculados dentro del manejo e inversión de bienes de la Nación deben ser objeto de responsabilidad fiscal, puesto que la Contraloría debe “establecer la responsabilidad derivada de la gestión fiscal”, lo que significa que debe determinar cuándo ocurre y por quién una determinada interrupción del flujo de recursos, lo

que cobija ambas circunstancias.

- El proceso de responsabilidad fiscal tiene estas características: es de naturaleza administrativa, la responsabilidad es administrativa y patrimonial, no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo sino una finalidad meramente resarcitoria, en el trámite del proceso de responsabilidad se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas.

- Frente a la demanda contra los artículos 1 y 6, sostiene que “la responsabilidad fiscal no recae exclusivamente sobre sujetos o individuos a quienes está asignado el manejo de bienes o fondos de la Nación. Precisamente, el término gestión fiscal incorpora a todos (aquellos con) los que se genera una relación, así sea incidental, dentro de las fases en el manejo del recuso público y que, adicionalmente, pueden estar recibiendo esos recursos. Si así no fuera, la vigilancia fiscal perdería su carácter objetivo (...)”

- Respecto del aparte del artículo 4 acusado, afirma que “la responsabilidad que se deriva de la gestión fiscal no puede limitarse a una visión estática del perjuicio, vale decir, el valor de un bien (...) la vigilancia fiscal entraña un ejercicio complejo, que comporta el estudio de una serie de variables en el manejo del erario, (de modo que) no es factible limitar el ámbito de la responsabilidad fiscal a un solo elemento cuando la propia vigilancia entraña la percepción de un cúmulo de ellos dentro de una concepción teleológica del Estado.”

- La temeridad y la mala fe entrañan la inexcusabilidad del error cometido y de allí se colige que se involucre la culpa grave y el dolo. “Si la culpa grave equivale al dolo en materia patrimonial, no existe una distancia apreciable entre los conceptos de temeridad y mala fe y los de culpa grave y dolo. En consecuencia, el cargo formulado no puede fundarse en la utilización de términos diferentes a aquellos a los cuales acude el constituyente con iguales consecuencias, so pena de trivializar el juicio de constitucionalidad y desvirtuar su real propósito.”

Las medidas cautelares son “mecanismos por medio de los cuales se asegura el cumplimiento de una eventual condena, aspecto de crucial importancia en el proceso de responsabilidad fiscal”. La Corte Constitucional considera posible que desde la investigación se proceda a decretar esa clase de medidas para preservar el cumplimiento de la condena

que eventualmente se imponga (sentencia C-054/97). Señala que, por obvias razones, “tal medida no puede ser decretada cuando se desconoce su posible autor, precisamente en la fase denominada de indagación preliminar. No acontece lo mismo en el proceso de responsabilidad fiscal en donde sí existen indicios sobre el eventual o eventuales responsables”.

- Contrario a lo que sostiene el demandante, el artículo 41 no contradice el 12 de la ley demandada, en cuanto a que sea necesario que haya elementos para considerar que un funcionario es responsable fiscalmente. “La especial referencia contenida en el artículo 41, simplemente destaca la importancia del tema y pone de presente al funcionario investigador, la necesidad de que evalúe los aspectos concernientes al cumplimiento de la eventual condena que se produzca. Adicionalmente, no podría pretenderse que el proceso de responsabilidad fiscal se paralice en el evento en el cual, por cualquier circunstancia el extremo en el cual el investigado no cuente con bienes. ¿Será que ello significará que no puede continuarse el proceso? Es lo que sucedería de seguir la argumentación del peticionario.”

CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, en concepto No. 2497 recibido el 22 de marzo del presente año, solicita a la Corte declarar exequibles las disposiciones acusadas de la ley 610 de 2000, salvo la expresión “este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe” contenida en el inciso primero del artículo 12. Los argumentos que se expusieron para llegar a esa conclusión son los siguientes:

- No comparte la Procuraduría el punto de vista del actor, en cuanto a la invasión de la órbita de actuación de la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto se trata de procesos de diferente naturaleza, “de tal manera que los entes fiscalizadores superior y territoriales tienen una función restringida a los daños patrimoniales que se ocasionen al Estado en el ejercicio de la gestión fiscal. La expresión ‘o con ocasión de ésta’, contenida en el artículo 1 de la ley, debe entenderse en el sentido de que cobija todo daño que se derive de la gestión fiscal que le fue encomendada al agente, es decir, que tenga conexión con ésta, pues los hechos ajenos al manejo de bienes o recursos públicos encomendados, no está en la órbita de actuación de las Contralorías y pasa a ser objeto de investigación de las autoridades

correspondientes, según la naturaleza de los hechos. Así, con relación a una misma situación pueden presentarse de forma independiente procesos penales, contencioso administrativos, disciplinarios y fiscales, cada uno de dentro de su competencia.”

- La Constitución no señala una competencia privativa del contencioso administrativo en lo que hace referencia a los procesos por indemnización de los daños causados al patrimonio público, como parece entenderlo el demandante. Por el contrario, ella regula una nueva concepción del control fiscal, que tiene entre sus fines el resarcimiento integral del daño causado con motivo de la gestión fiscal (art. 268-5 C.P.)

- La responsabilidad fiscal es administrativa y está destinada a “evaluar la gestión fiscal de las personas públicas o privadas que tienen a su cargo el manejo de bienes o recursos públicos y determinar si hubo detrimento del erario público, con el fin de lograr su resarcimiento, por tanto, se trata de una responsabilidad de tipo exclusivamente patrimonial.”

- Cuando el Estado permite que “personas particulares, públicas o privadas gestionen sus bienes, recursos e intereses, debe tener el consecuente derecho a exigir de ellas el resarcimiento de los daños patrimoniales que ocasionen con una gestión ineficiente o dolosa. Obviamente, deberá comprobarse el nexo causal entre la actuación de las personas físicas la integran (sic) y el daño causado. Esta responsabilidad, por supuesto, deberá probarse en el proceso fiscal y una vez probada, procederá la respectiva sanción administrativa y si es del caso el proceso de jurisdicción coactiva que haga efectiva la reparación correspondiente (...) Así, y a pesar de que las actuaciones son realizadas por personas físicas, éstas comprometen la responsabilidad de las personas jurídicas en tanto que estas últimas deben establecer los mecanismos pertinentes que garanticen la idoneidad de quienes las dirigen, administren o desempeñan funciones en su nombre, es decir, deben asumir las consecuencias de la culpa in eligiendo o de la culpa in vigilando, máxime si la actuación se ha realizado con miras al interés objetivo de la persona jurídica. Si esta posibilidad se ha aceptado en el campo del derecho penal con mayor razón y lógica, debe aceptarse en el campo del control fiscal.”

- No entiende el Procurador la acusación contra un aparte del artículo 4 de la ley 610, “por cuanto el pago de la indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal es el objetivo último de un proceso fiscal, en el cual una vez

establecida la responsabilidad el agente, derivada de la gestión fiscal, deben imponerse las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, como lo señala expresamente el artículo 268 numeral 5 de la Carta”.

- El aparte demandado del artículo 6 no vulnera la Constitución. Afirma que la expresión “contribuyan al detrimento del patrimonio público” es constitucional siempre y cuando “se refiera a la acción de personas que tengan a su cargo la gestión fiscal y con su conducta, participen en el hecho o la omisión que causó el daño patrimonial al Estado, es decir, la investigación fiscal podrá incluir a todas las personas que se ven involucradas y determinará a cada uno el grado de responsabilidad y las consecuencias de su actuación dolosa o culposa.”

- Las medidas cautelares no violan el principio de la buena fe porque no tienen carácter sancionatorio. Su objetivo es “evitar que la persona se insolvente durante el proceso, de manera tal que si el proceso da como resultado la determinación de la responsabilidad patrimonial del investigado, la decisión no tendría ningún efecto al carecer de bienes con los cuales resarcir el daño.” El decreto de tales medidas supone la existencia de serios indicios sobre la responsabilidad fiscal del investigado. Además, quien las decrete está sujeto a la responsabilidad disciplinaria y penal que se derive de su actuación (art. 69 C.P.)

Igualmente, no existe contradicción entre los artículos 12 y 41 de la ley pues en esta última disposición se señala que las medidas cautelares se pueden decretar en el auto de apertura, no siendo éste el único momento en que pueden decretarse. Tampoco se establece que sea obligatorio hacerlo “sino de manera facultativa, según lo requiera el proceso, a juicio del funcionario investigador, es por ello que el legislador usa la expresión ‘las medidas cautelares a que hubiere lugar.’”

- En cuanto al numeral 7 del artículo 41, considera el Procurador que es inconstitucional la expresión acusada, por cuanto “constituye una restricción a la responsabilidad de los funcionarios públicos que ejercen control fiscal, estableciendo una distinción injustificada entre el grado de responsabilidad de éstos con relación a los demás funcionarios. (...) Si bien el legislador puede graduar la culpa, en tanto que el artículo 124 lo faculta para determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, no se encuentra justificación para eximir a los funcionarios que ejercen el control fiscal de la responsabilidad

en el grado de culpa, en relación con el decreto de medidas cautelares, restringiéndola exclusivamente al dolo (...) el artículo 90 superior exige que se demuestre el dolo o la culpa grave para que proceda la acción de repetición contra el funcionario en caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños que se causen por la actuación de sus agentes. Si la norma constitucional prevé en este caso responsabilidad por dolo o culpa grave, no le es dado al legislador restringir la responsabilidad del funcionario fiscal únicamente al dolo.”

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Dado que las disposiciones acusadas pertenecen a una ley de la República, corresponde a esta Corporación resolver sobre su constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-4 del Estatuto Superior.

2. El Control Fiscal en Colombia.

El postulado de Montesquieu, según el cual el poder debe controlar al poder, halló un defensor en nuestro país a comienzos de la segunda década del siglo pasado. En efecto, a instancias de las recomendaciones formuladas por la Misión Kemmerer al gobierno de Pedro Nel Ospina se expidió la ley 42 de 1923, sobre contabilidad nacional y Contraloría General de la República. Norma que posteriormente fue modificada por el decreto-ley 911 de 1932, particularmente en lo relativo a la prohibición de coadministrar por parte de la Contraloría y en lo atinente a la designación del Contralor General por parte de la Cámara de Representantes, en orden a establecer presupuestos básicos a la necesaria independencia que desde siempre debe presidir la función controladora. Hasta 1945 la Contraloría General de la República tuvo un rango legal, toda vez que a términos de la reforma constitucional de ese año su entidad jurídica ascendió al status de canon constitucional. Posteriormente, con ocasión de la ley 20 de 1975 la Contraloría experimentó cambios fundamentales en su estructura orgánica y funcional, y por esa vía el control fiscal mismo.

Esta ley constituye el hito normativo que señaló el comienzo de cardinales transformaciones dentro del proceso de modernización que el ente fiscal protagonizó con anterioridad a la nueva Carta Política, tal como puede corroborarse al examinar entre sus principales disposiciones las correspondientes al sistema de control fiscal en sus etapas integradas de

control previo, control perceptivo y control posterior. Destacándose además el número de actos controlables al amparo de los criterios de selectividad y universalidad.

La dinámica de los controles previo y perceptivo fue mostrando en el tiempo las falencias inherentes a su propia naturaleza, toda vez que paulatinamente esos controles se erigieron como factores lesivos de la autonomía e independencia de los ordenadores del gasto, y en general, de todos aquellos funcionarios que tuvieran facultades decisorias frente al recaudo, administración, manejo y disposición de bienes y rentas estatales. De esta suerte se fue configurando un hacer coadministrativo que a su vez devino en fuente de irresponsabilidad de los cuentadantes para la toma de decisiones frente al gasto y manejo de bienes, amén de las resoluciones contradictorias que la Contraloría ostentaba al tenor de los controles practicados sobre una misma cuenta en forma previa y posterior. De otra parte la práctica fiscalizadora se centraba fundamentalmente en el control numérico legal, esto es, privilegiando las formas y ritualidades sobre todo concepto de gestión. Cuadro de cosas que a manera de diagnóstico le sirvió al Constituyente de 1991 para refundar el instituto del control fiscal en la forma que pasa a verse.

En efecto, siguiendo los lineamientos del constitucionalismo moderno el Estatuto Supremo precisa en su artículo 267 y siguientes los contenidos básicos del control fiscal, calificándolo como una función pública encomendada a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, en aras de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en sus diferentes órdenes. Igualmente suprime los controles previo y perceptivo, y el criterio de universalidad frente al número de actos a revisar, al disponer expresamente que el control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. En este sentido indica la Carta que la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

De este modo quedó establecido que en adelante el control fiscal ya no se puede seguir mirando bajo el exclusivo criterio económico-formalista que lo embargó durante tanto tiempo. Antes bien, preciso es reconocer que al tenor del deslinde funcional de competencias y de la colaboración armónica de poderes que contempla el artículo 113 Superior, las contralorías están llamadas a realizar una actividad retroalimentadora en torno

a la Administración, vale decir, en términos de valor agregado. Siendo ésta una de las vías idóneas para acceder interinstitucionalmente a crecientes índices de gestión pública, donde, a tiempo que se depura la transparencia de los procedimientos y actuaciones de la Administración, se propicia y facilita el cumplimiento efectivo de los fines del Estado.

Perspectiva bajo la cual cobra especiales fuerzas la primacía de lo sustancial sobre lo procedimental, en tanto el Estado meramente funcionalista ha tenido que cederle el paso a un Estado gestor, por definición más cercano a la comunidad, a la promoción de la prosperidad general y a la garantía de los principios, derechos y deberes contemplados en la Constitución. Ciertamente es que la simple enunciación de los postulados rectores no satisface automáticamente las ingentes demandas de la colectividad, sin embargo, habida consideración de la señalada importancia que el ordenamiento superior le otorga a la concreción material de los valores, principios, derechos y deberes, los habitantes del país bien pueden aspirar a un control fiscal representativo de sus intereses, y por tanto vindicativo del derecho que tienen a conocer la suerte de los recaudos, la administración y disposición sobre los bienes estatales, y por supuesto, la forma, oportunidad y cuantía con que se ejecutan los gastos.

Este nuevo espectro constitucional ha puesto al ordenador del gasto en un rango de autonomía e independencia ampliamente favorable a los designios de la gestión fiscal que le atañe, con unas responsabilidades correlativas que atienden a la defensa de diversos bienes jurídicos tales como los referidos a la Administración y al Tesoro Público. Claro que este orden de cosas no le incumbe con exclusividad al ordenador del gasto, dado que el circuito de la gestión fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado. Criterios éstos que en lo pertinente cobijan a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado.

En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la

adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Por esto mismo, a título de corolario se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata entonces de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes “completos” pero inertes.

3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.

Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

“Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico

económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares¹, sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.

4. El proceso de responsabilidad fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicán de las contralorías territoriales (art. 272, inc. 6º C.P.).

Conforme a lo anterior, las competencias que asisten a todas las contralorías se expresan a través de dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos deba darse necesariamente en todos los casos. Es decir, en un primer momento las contralorías realizan el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal seleccionados. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de daño fiscal, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal. El cual, en todo caso, está sujeto a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción.

Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos².

El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa;³ de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso⁴ según voces del artículo 29 Superior.

Anteriormente el proceso de responsabilidad fiscal se hallaba regulado por la ley 42 de 1993.

Sin embargo, ante las ostensibles inconsistencias de contenido que acusaban los artículos pertinentes, y habida consideración de la necesidad de estipular unas reglas muchos más idóneas sobre la materia, se expidió la ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

En reciente pronunciamiento de esta Corporación⁵ se resumió esquemáticamente el proceso de responsabilidad fiscal previsto en la ley 610 de 2000; del cual se transcriben a continuación los siguientes apartes:

“a. El proceso puede iniciarse de oficio por las propias contralorías, a solicitud de las entidades vigiladas, o por denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, especialmente por las veedurías ciudadanas. (Artículo 9°).

b. Antes de abrirse formalmente el proceso, si no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por el término de seis (6) meses, al cabo de los cuales procederá el archivo de las diligencia o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 39).

c. Cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordenará la apertura del proceso de

responsabilidad fiscal. (Artículo 40). Una vez abierto el proceso, en cualquier momento podrán decretarse medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables. (Artículo 12)

d. En el auto de apertura del proceso, entre otros asuntos, deberán identificarse la entidad afectada y los presuntos responsables, y determinarse el daño patrimonial y la estimación de su cuantía. Dicho auto, además, debe contener el decreto de las pruebas que se estimen conducentes y pertinentes, el decreto de las medidas cautelares que deberán practicarse antes de la notificación, y la orden de practicar después de ellas, la notificación respectiva. (Artículo 41)

e. Como garantía de la defensa del implicado, el artículo 42 prescribe que quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal en su contra, antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, tiene el derecho de solicitar que se le reciba exposición libre y espontánea. De todas maneras, no puede proferirse el referido auto de imputación, si el presunto responsable no ha sido previamente escuchado.

f. Si el imputado no puede ser localizado o si citado no comparece, se le debe nombrar un apoderado de oficio con quien se continúa el trámite. (Artículo 43).

g. El término para adelantar estas diligencias es de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal. Notificado a los presuntos responsables el auto de imputación, se les correrá traslado por el término de diez (10) días a fin de que presenten los argumentos de su defensa, y soliciten y aporten las pruebas que pretendan hacer valer. (Artículos 45 a 50).

h. Vencido el término del traslado anterior, se debe dictar el auto que decrete las pruebas solicitadas, o las que de oficio se encuentren conducentes y pertinentes. El término probatorio no podrá ser superior a treinta (30) días; contra el auto que rechace pruebas proceden los recursos de reposición y apelación. (Artículo 51).

i. De conformidad con lo prescrito por el artículo 52, "vencido el término del traslado, y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, llamada fallo, con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta

(30) días.

j. En los términos del artículo 55, 'la providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra ella proceden los recursos allí señalados (...)’.

Siendo del caso enfatizar desde ahora que, con arreglo a la nueva preceptiva legal el proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente a partir de la expedición del auto de apertura (art. 40 ib.) Por contraste, la indagación preliminar, si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte del mismo. Tanto es así que en los casos en que a través de la indagación preliminar no se logren verificar los aspectos señalados por el artículo 39 de la ley 610 dentro del término de 6 meses, se deberá concluir con un auto de archivo. Vale decir, en tales hipótesis no existirá proceso de responsabilidad fiscal, ya que su presencia se anuncia sólo a partir del auto de apertura. En consonancia con esto el artículo 9 de la misma ley sitúa la fecha de este auto como el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal. Así, pues, hoy nos hallamos ante una regulación que presenta un estructura temática y procedimental mucho más garantista del debido proceso, sin que ello obste para que los ciudadanos puedan instaurar las correspondientes demandas en acción de inconstitucionalidad.

5. Artículo 1 de la ley 610 de 2000.

El demandante sostiene que el artículo 1 de la ley 610 de 2000 vulnera los artículos 90 y 267 de la Constitución, al establecer que el proceso de responsabilidad fiscal se adelanta cuando se cause un daño al patrimonio del Estado por acción u omisión en el ejercicio de la gestión fiscal, o con ocasión de ésta.

No obstante, de la lectura del cargo se desprende que la acusación del actor va dirigida solamente contra la expresión “o con ocasión de ésta”, pues considera que con ella se permite a la contraloría adelantar procesos de responsabilidad fiscal contra quienes no realizan de manera directa gestión fiscal, lo cual infringe abiertamente el artículo 267 Superior, a cuyos términos el control se ejerce sobre la administración y los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

El artículo 1 de la ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal en la siguiente forma:

El proceso de responsabilidad fiscal es 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 el 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.

En primer lugar debe dilucidarse el contenido y alcance de la expresión “con ocasión de ésta”, a efectos de determinar si con ella se podría dar pie a un eventual rebasamiento de la competencia asignada a las contralorías en torno al proceso de responsabilidad fiscal.

Entonces, ¿qué significa que algo ocurra con ocasión de otra cosa? El diccionario de la Real Academia Española define la palabra ocasión en los siguientes términos: “oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa. 2. Causa o motivo por que se hace o acaece una cosa.”

A la luz de esta definición la locución impugnada bien puede significar que la gestión fiscal es susceptible de operar como circunstancia u oportunidad para ejecutar o conseguir algo a costa de los recursos públicos, causando un daño al patrimonio estatal, evento en el cual la persona que se aproveche de tal situación, dolosa o culposamente, debe responder fiscalmente resarcando los perjuicios que haya podido causar al erario público.

El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.

De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de la tipicidad de la infracción. De suerte tal que sólo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado.

Una interpretación distinta a la aquí planteada conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidades que informan la gestión fiscal y sus cometidos institucionales.

Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado⁶, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.

En concordancia con estos lineamientos estipula el artículo 7 de la ley 610:

“(…) únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga

relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables”.

Y a manera de presupuesto el artículo 5 de esta ley contempla como uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal, “la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal”. (Resalta la Sala).

En este orden de ideas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “con ocasión de ésta”, contenida en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.

6. Artículo 4 de la ley 610 de 2000. Indemnización de perjuicios en proceso de responsabilidad fiscal.

El actor considera que el artículo 4 de la ley 610 de 2000, al disponer que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, es contrario al artículo 268-5 de la Carta, pues, en su sentir, el objeto de la actividad de la contraloría es determinar los daños sufridos por los bienes públicos y no otros perjuicios, ya que esto compete a la rama judicial del poder público.

El artículo 90 de la Constitución consagra la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, admitiendo también la responsabilidad subjetiva de los funcionarios con base en los conceptos de dolo y culpa grave, por cuanto es posible que el daño se genere a partir de la acción u omisión de los servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito⁷.

Pero obsérvese, aquí el Estado obra como extremo infractor, a tiempo que el extremo pasivo lo constituyen las personas que lleguen a padecer los rigores y efectos perjudiciales de su injustificada acción u omisión institucional, que por regla general se traduce en una falla del servicio o en otras manifestaciones contrarias a derecho. Por ello mismo, en tratándose de responsabilidad fiscal resultaría impropio situarse en los dominios del artículo 90 Superior, pues, sencillamente, en tal hipótesis fiscal el Estado es justamente el extremo afectado,

como que el Tesoro Público sufre los quebrantos causados por la conducta irregular de quienes ejercen gestión fiscal, sean éstos servidores públicos o particulares. Circunstancia pasiva que se hace aún más palmaria si se tiene en cuenta que en el evento de la responsabilidad fiscal el Estado no debe hacer erogación alguna, por el contrario, el resarcimiento pecuniario corre a su favor, siendo por ende impensable cualquier acción de repetición contra funcionario alguno. Lo cual se refuerza al recordar que no toda conducta de un servidor público vincula a la Administración.

En este sentido el grado de culpa previsto en el párrafo 2º del artículo 4 de la ley 610 resulta pertinente y adecuado al establecimiento de la responsabilidad fiscal.

De otra parte destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal. El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite.”⁸ Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). A lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610.

Pues bien, si como ya se dijo, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación ha que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. Razones por

demás suficientes para desestimar el cargo del actor, según el cual el lucro cesante debería ser declarado por una autoridad que haga parte de la rama judicial.

Así las cosas, “el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa.”⁹

“Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.”¹⁰

A todo lo anterior debe agregarse que el objeto de la responsabilidad fiscal tiene como basamento indispensable la concreción de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores, tal como lo da a entender el artículo 5 de la ley 610. De lo cual se colige que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Por todo lo anterior, el aparte del artículo 4 de la ley 610 de 2000 en el que se establece que los daños causados al erario público deben repararse mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, será declarado exequible.

7. Artículo 6 de la ley 610 de 2000.

La acusación contra el artículo 6 de la ley 610 de 2000 va en el mismo sentido que la dirigida contra el artículo 1, pues el demandante opina que la palabra contribuyan, contenida en esta disposición, resulta inconstitucional. Y que ello es así por cuanto ese vocablo permite que personas ajenas al manejo directo de bienes del Estado, sean objeto de responsabilidad fiscal, vulnerando así el artículo 267 superior.

Para mayor claridad se transcribe el precepto, subrayando lo demandado:

Artículo 6. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al (sic) patrimonio público.

El actor aduce que las personas que “contribuyan” al deterioro del erario público no deben ser objeto de responsabilidad fiscal, sino sólo aquellas que manejen directamente esos bienes que son objeto de control. Y ocurre que esa apreciación se halla bastante cerca de lo que justamente la norma expresa sin rodeos.

En efecto, el talante descriptivo de la norma censurada no provoca duda alguna en cuanto al fin primordial de su contenido: definir el daño patrimonial al Estado. Aclarando que dicho daño puede ser ocasionado por los servidores públicos o los particulares que causen una lesión a los bienes o recursos públicos en forma directa, o contribuyendo a su realización. Se trata entonces de una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Donde además, no se hace referencia alguna a las autoridades competentes para conocer y decidir sobre las responsabilidades que puedan dimanar de unas tales conductas.

Para una mayor ilustración conviene registrar -dentro de un horizonte mucho más amplio- que los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas. De suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, tanto en la arena de la gestión fiscal como fuera de ella. Así por ejemplo, el daño patrimonial estatal

podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribamiento culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo patente además que para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal.

Cosa distinta es que en cada caso, habida consideración de los bienes jurídicamente protegidos, de las competencias o capacidades de los servidores públicos y particulares, de la presencia de una gestión fiscal irregular, y de otras tantas variables, se ponga en escena la pregunta sobre el juez natural o autoridad competente para conocer de un asunto que comprometa el patrimonio público.

La definición del daño patrimonial al Estado no invalida ni distorsiona el bloque de competencias administrativas o judiciales que la Constitución y la ley han previsto taxativamente en desarrollo de los principios de legalidad y debido proceso. Por lo mismo, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.

Y la Sala reitera: la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de

responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.

Por las razones expuestas la Corte declarará la exequibilidad de la inflexión verbal “contribuyan”, contenida en el artículo 6 de la ley 617 de 2000.

8. Artículo 12 de la ley 610 de 2000. Responsabilidad del funcionario que decreta medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

En criterio del actor, el artículo 12 de la ley 610 de 2000 infringe el artículo 90 de la Constitución que consagra la responsabilidad de los servidores públicos, al establecer que los funcionarios que decreten medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal, sólo responderán por los perjuicios que causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 90 Superior, en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por daños antijurídicos que le sean imputables, los servidores públicos que los hayan causado con dolo o culpa grave deberán responder a instancias de la acción de repetición. Lo cual enseña que el Estado es quien primero debe responder dentro de la hipótesis del artículo 90, a tiempo que los servidores públicos lo harán a título de reintegro de las cantidades que previamente haya pagado el Tesoro Público a los afectados.

Asimismo, en lo que hace al fenómeno de la culpabilidad y sus consecuencias pecuniarias, la Carta es diáfana al precisar que el funcionario infractor sólo debe responder cuando su conducta entrañe dolo o culpa grave. Por contraste, le corresponde al Estado responder con exclusividad –sin derecho a repetir– en los casos en que el servidor público haya obrado con culpa leve o levísima.

El dolo, según Enneccerus: “Es el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse el derecho o un deber”.

Según el Diccionario Jurídico Espasa, el dolo: “Es la forma más grave de la culpabilidad.

Suele definirse como conocimiento y voluntad de un resultado típico. Actúa dolosamente quien: 1º. Conoce los elementos esenciales del tipo del injusto; sabe, por ejemplo que la cosa es ajena. Además de saber que la acción que se propone está prohibida por la ley penal, (...). 2º. Quiere esa acción y su resultado. Se resuelve a ejecutar aquello que sabe está prohibido. Por tanto, el dolo tiene dos elementos: el intelectual (conocimiento) y el volitivo (voluntad), referidos a un resultado típico, es decir, prohibido por la ley penal. Caben varias clasificaciones del dolo, pero la más importante distingue entre dolo directo, que comprende aquellos casos en que el autor quiere intencionalmente el resultado representado en su mente, y es el más frecuente, y dolo eventual, referido a aquellos supuestos en que el agente se representa como probable la producción del resultado y, aunque no lo quiere directamente, acepta la probabilidad de que acontezca”.

Con respecto a la culpa el artículo 63 del Código Civil prevé tres modalidades a saber: 1) “Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”. 2) “Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano”. 3) “Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”.

Desde una perspectiva distinta pero complementaria a la anterior, la culpa puede tener lugar por imprudencia, impericia, negligencia o por violación de reglamentos. Resultando al punto probable que en el marco del artículo 90 Superior la culpa grave llegue a materializarse por virtud de una conducta afectada de imprudencia, impericia, negligencia o de violación de reglamentos, dependiendo también del grado de intensidad que cada una de estas expresiones asuma en la conducta concreta del servidor público.

Ahora bien, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si las nociones de temeridad y mala fe son más restrictivas que aquellos conceptos de dolo y culpa grave, en lo que dice relación a la responsabilidad.

La temeridad está definida por el diccionario de la Real Academia Española como “calidad de temerario. 2. Acción temeraria. 3. Juicio temerario.” Y al remitirse al significado de temerario se lee: “excesivamente imprudente arrojando peligros. Dícese de las acciones del que obra de ese modo. 3. Que se dice, hace o piensa sin fundamento, razón o motivo.”

Por su parte el Diccionario Jurídico Espasa define a la temeridad así: “Es el comportamiento imprudente. La imprudencia temeraria consiste en omitir el cuidado y diligencia que puede exigirse a la persona menos cuidadosa, atenta o diligente”.

Del análisis de las anteriores nociones surge una contundente conclusión, cual es la de que la acepción de temeridad equivale esencialmente a la definición de culpa grave que registra el Código Civil, de donde se colige finalmente que bajo tal adjetivo calificativo no se restringe irregularmente la responsabilidad del funcionario en lo tocante al grado de diligencia y cuidado que se le exige para decretar medidas cautelares. Por el contrario, la noción de temeridad, en tanto asimilación a culpa grave, se acompasa nítidamente con las formas de culpabilidad que concentra la Constitución en su artículo 90.

En cuanto a la locución mala fe, que acusa el demandante, la Sala pasa a expresar lo siguiente:

El proceso de constitucionalización de institutos legales encuentra un importante ejemplo en el principio de la buena fe, que desde antiguo ha tenido regazo en el Código Civil colombiano, particularmente en sus artículos 768 y 769. En tal sentido dispone la Carta Política que las actuaciones de los particulares y de la autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

Así las cosas, bajo el criterio de que el principio de la buena fe debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quiso el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos

administrativos. Por consiguiente, podría decirse entonces que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza Estado-administrados hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina el principio de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, habida consideración del valor ético que entraña en la conciencia social, y por lo mismo, de la importancia que representa en el tráfico jurídico de la sociedad. Contenido ético que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones sociales, no como creación del derecho, que sí como presupuesto, con existencia propia e independiente de su reconocimiento normativo. La buena fe se refiere exclusivamente a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, al propio tiempo que funge como criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones. Por ello mismo, todo comportamiento deshonesto, desleal o que acuse falta de colaboración, de parte de uno de los extremos de la relación jurídica, constituye infracción al principio de la fides, toda vez que defrauda la confianza puesta por el interlocutor afectado, o lo que es igual, transgrede el fundamento del tráfico jurídico. Configurándose así la presencia de la mala fe.

Siguiendo el esquema del profesor Jesús González Pérez¹¹ es dable afirmar que el Estado puede atentar contra la buena fe en razón de los sujetos, del contenido, del lugar, del tiempo y la forma: 1) en cuanto a los sujetos cuando la Administración, conscientemente, le exige al administrado una prestación en circunstancias de inferioridad, siempre que el interés público no lo requiera de manera inaplazable; 2) en razón del contenido cuando teniendo la Administración la facultad de exigir optativamente diversas prestaciones al administrado, le pide aquella que resulta contraria a la conducta leal que cabe esperar de un hombre normal; 3) en cuanto al lugar cuando la Administración escoge un sitio inadecuado para el cumplimiento de sus mandatos; 4) en relación con el tiempo cuando la Administración ejerce el derecho prematuramente, en forma tardía o le señala una plaza inadecuada al sujeto pasivo para la realización de un prestación; 5) finalmente, en razón de la forma, se atenta contra la buena fe cuando la Administración desestima la trascendencia de los defectos que se presentan en el procedimiento de formación del acto administrativo en la medida en que

su ejecución contra la voluntad del obligado, le acarrea a este graves perjuicios.

En esta última hipótesis la Administración tiene conocimiento sobre la irregularidad de su procedimiento, y además, tiene la voluntad para expedir el acto propulsor del daño. Situándose entonces la mala fe en el mismo rango del dolo.

De acuerdo con esta comprensión, en el evento de que dentro del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente decreta medidas cautelares que por su misma desproporción acusen irregularidades que fueron conocidas por él, y que pese a las mismas expidió el acto quebrantador de derechos patrimoniales del procesado, manifiesta será la mala fe con que actuó en tanto tuvo conocimiento y voluntad para producir el acto generador del daño antijurídico. Hipótesis en la cual se actualiza la eventual responsabilidad del Estado junto con la del funcionario infractor a términos del artículo 90 Superior.

Consecuentemente, cuando el respectivo servidor público obre con temeridad o mala fe al decretar las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el Estado debe responder primeramente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la subsiguiente repetición que debe ejercer contra aquél.

Así, pues, dada la cabal pertenencia que ostenta el segmento demandado frente al artículo 90 de la Carta, necesario es reconocer su carácter constitucional, y por tanto, su permanencia en el orden positivo.

9. Artículo 41 de la ley 610 de 2000. Medidas cautelares.

El actor sostiene que el numeral 7 del artículo 41 de la ley 610 de 2000 es inconstitucional, pues en su opinión prevé como una consecuencia automática del auto de apertura de investigación el decreto de las medidas cautelares, vulnerando así los artículos 29 y 83 de la Constitución.

9.1. Las medidas cautelares.

Para una mejor inteligencia y resolución del asunto planteado, la Sala estima oportuno transcribir previamente algunos apartes de un pronunciamiento hecho por esta Corporación en torno al tema de las medidas cautelares. Dijo así:

“- En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

Las medidas cautelares a veces asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos¹² (vgr. separación de bienes, protección policiva a la posesión de hecho, etc.), cuando ellas constituyen precisamente la finalidad o el objetivo del mismo. Pero también, y ésta es la generalidad de los casos, dichas medidas son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo, o en materia penal con el embargo y secuestro de bienes del imputado (C.P.P. art. 52).

Igualmente las medidas cautelares son también provisionales o contingentes, en la medida en que son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de una contragarantía por el sujeto afectado y, desde luego, cuando el derecho en discusión no se materializa. Naturalmente, las medidas se mantienen mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición.

No sobra destacar, finalmente, que las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aún cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo.”¹³

9.2. Las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal.

Las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal se justifican en virtud de la finalidad perseguida por dicho proceso, esto es, la preservación del patrimonio público mediante el resarcimiento de los perjuicios derivados del ejercicio irregular de la gestión fiscal.

En efecto, estas medidas tienen un carácter precautorio, es decir, buscan prevenir o evitar

que el investigado en el proceso de responsabilidad fiscal se insolvente con el fin de anular o impedir los efectos del fallo que se dicte dentro del mismo. En este sentido, “el fallo sería ilusorio si no se proveyeran las medidas necesarias para garantizar sus resultados, impidiendo la desaparición o la distracción de los bienes del sujeto obligado.”¹⁴ Las medidas cautelares son pues, independientes de la decisión de condena o de exoneración que recaiga sobre el investigado como presunto responsable del mal manejo de bienes o recursos públicos. Pretender que éstas sean impuestas solamente cuando se tenga certeza sobre la responsabilidad del procesado carece de sentido, pues se desnaturaliza su carácter preventivo, teniendo en cuenta que ellas buscan, precisamente, garantizar la finalidad del proceso, esto es, el resarcimiento. En esta perspectiva las medidas cautelares pueden ser decretadas en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal, habida consideración de las pruebas que obren sobre autoría del implicado, siendo la primera oportunidad legal para el efecto la correspondiente a la fecha de expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. No antes.

En consonancia con la Constitución y la ley 610 el artículo 41 exhibe una gran pertinencia y una plena justificación. Pues a todas luces resulta evidente que para una mejor garantización de los efectos resarcitorios las medidas cautelares no pueden dejarse para último momento, ni condicionarse a la previa determinación de responsabilidad fiscal del servidor público o del particular con poderes de gestión fiscal. Lo cual no releva a las contralorías de sus deberes frente al principio de la necesidad de la prueba, y llegado el caso, de adelantar la indagación preliminar que amerite la falta de certeza prevista en el artículo 39 de la ley 610. De ahí que no le asista razón al demandante cuando afirma que el decreto de las medidas cautelares se establece como una consecuencia inmediata del auto de apertura, pues el mismo artículo aclara, a renglón seguido, que se impondrán aquellas “a que hubiere lugar”, dando a entender que éstas sólo se decretarán en dicho auto cuando procedan y no de manera forzosa, como parece entenderlo el actor. En cualquier caso, no sobra advertir que en todos los actos y trámites del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente deberá observar rigurosamente los dictados del debido proceso y de la prevalencia de lo sustancial sobre las formas.

Más aún, el carácter preventivo de las medidas cautelares es lo que determina que su aplicación efectiva se realice con anterioridad a la fecha de notificación del auto de apertura a los presuntos responsables. Sin que esto constituya óbice para que en cualquier momento

del proceso puedan decretarse medidas cautelares sobre los bienes o rentas de la persona presuntamente responsable de haber causado un daño al patrimonio público, tal como lo establece el artículo 12 de la ley cuestionada. Medidas éstas que habrán de extenderse con fuerza vinculante hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal. Sin perjuicio de la opción de desembargo que el artículo 12 contempla bajos ciertos requisitos y condiciones.

En consecuencia, se declarará la exequibilidad del numeral 7 del artículo 41 de la ley 610 de 2000.

DECISION

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar EXEQUIBLE la expresión “con ocasión de ésta”, contemplada en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.

SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLE el aparte del artículo 4 de la ley 610 de 2000 que reza: “mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”.

TERCERO. Declarar EXEQUIBLE la palabra “contribuyan” contenida en el artículo 6 de la ley 610 de 2000.

CUARTO. Declarar EXEQUIBLE el aparte demandado del artículo 12 de la ley 610 de 2000 que establece “este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe”, por los cargos analizados en esta sentencia. Aclarando que, en todo caso, el respectivo funcionario responderá siempre que obre con dolo o culpa grave.

QUINTO. Declarar EXEQUIBLE el numeral 7 del artículo 41 de la ley 610 de 2000, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-840/01

MALA FE-No equivalencia al dolo (Salvamento parcial de voto)

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Entendimiento de la responsabilidad del funcionario por mala fe (Salvamento parcial de voto)

La mala fe únicamente podría entenderse bajo los auspicios de la falsa motivación que en un momento dado pueda afectar la validez del respectivo acto administrativo, esto es: del auto por el cual se decretan medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal. Se trata entonces de un proceder, que sin ser doloso, tampoco se podría asimilar a la categoría de culpa grave, pues como bien se aprecia, la mala fe se identifica básicamente por el desprecio y desestimación que el servidor público muestra hacia la fundamentación que la preceptiva rectora le impone para la producción de sus actos. Lo que significa decir que en la hipótesis de la mala fe el funcionario, ante todo, procede arbitrariamente respecto de la órbita propia de sus facultades, pero sin acceder a los predios del dolo o de la culpa grave. Por donde su conducta no podría alcanzar la configuración culpabilista que prescribe el artículo 90 Superior a efectos de la acción de repetición. La subsistencia exclusiva de la palabra temeridad que pudiera darse al amparo del artículo 12 de la ley 610, no impide ni restringe la determinación de las condignas responsabilidades en cabeza de quienes hayan actuado con dolo o culpa grave. La expresión “mala fe” debió retirarse del ordenamiento jurídico.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado se ve precisado a salvar su voto en relación con la declaración de exequibilidad de la locución “o mala fe” que aparece contenida en el artículo 12 de la ley 610 de 2000, por las razones que a continuación se indican:

1. En la aludida sentencia se declara la exequibilidad del artículo 12 de la ley 610 de 2000 en lo atinente al segmento demandado, que dice: “este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe”.
2. Al efecto la Corte estimó que la locución “mala fe” se sitúa en el rango del dolo, siendo por tanto compatible con el artículo 90 Superior en términos de culpabilidad. Lo cual, a mi juicio,

resulta equivocado según pasa a demostrarse:

2.1. La corte Constitucional ha dicho en cuanto a la mala fe:

“De otra parte, no es exacto afirmar que el dolo “es equivalente a la mala fe”. El dolo, según la definición del último inciso del artículo 63 del Código Civil, “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. La mala fe es el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasidelictuoso de su acto, o de los vicios de su título”.

Más adelante expresa:

“La mala fe “es el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasidelictuoso de su acto, o de los vicios de su título” (Vocabulario Jurídico, Henri Capitant, Ed. Depalma, Buenos Aires, pág. 361)”

Con apoyo en lo anterior, y para efectos del artículo 12 de la ley 610, la mala fe únicamente podría entenderse bajo los auspicios de la falsa motivación que en un momento dado pueda afectar la validez del respectivo acto administrativo, esto es: del auto por el cual se decretan medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal. Se trata entonces de un proceder, que sin ser doloso, tampoco se podría asimilar a la categoría de culpa grave, pues como bien se aprecia, la mala fe se identifica básicamente por el desprecio y desestimación que el servidor público muestra hacia la fundamentación que la preceptiva rectora le impone para la producción de sus actos. Lo que significa decir que en la hipótesis de la mala fe el funcionario, ante todo, procede arbitrariamente respecto de la órbita propia de sus facultades, pero sin acceder a los predios del dolo o de la culpa grave. Por donde su conducta no podría alcanzar la configuración culpabilista que prescribe el artículo 90 Superior a efectos de la acción de repetición. En todo caso, la subsistencia exclusiva de la palabra temeridad que pudiera darse al amparo del artículo 12 de la ley 610, no impide ni restringe la determinación de las condignas responsabilidades en cabeza de quienes hayan actuado con dolo o culpa grave. Por lo mismo, estimo que la expresión “mala fe” debió retirarse del ordenamiento jurídico.

Fecha ut supra

JAIME ARAUJO TENTERÍA

Aclaración de voto a la Sentencia C-840/01

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Especialidad de criterios para identificar elemento subjetivo del ilícito (Aclaración de voto)

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Umbral diferente de categorías “temeridad o mala fe” (Aclaración de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Umbral diferente de diversas especialidades del derecho/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Razonabilidad de opción adoptada por legislador (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-3389

Demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 41 de la Ley 610 de 2000

Demandante:

ANDRES CAICEDO CRUZ

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Con el debido respeto por la Corporación y por el magistrado ponente, aclaro mi voto para manifestar que no comparto las equivalencias entre los diferentes grados de culpa y el concepto de dolo, de una parte, y las categorías de “temeridad” y “mala fe”, de otra parte.

La norma demandada se inscribe en una especialidad del derecho diferente al derecho civil o al derecho penal. Por lo tanto, los criterios para identificar y medir el elemento subjetivo del ilícito contemplado en la misma norma no pueden ser los del derecho civil en materia de responsabilidad contractual ni una determinada concepción de la culpa en el campo penal.

Considero que las categorías “temeridad o mala fe” establecen un umbral para fijar la

responsabilidad del funcionario que decreta las medidas cautelares a que se refiere el artículo 12 demandado. El legislador dispone de un margen suficiente de configuración para señalar en las diversas especialidades del derecho, así como en las múltiples materias que cada una de ellas regula, un umbral diferente. En este caso el legislador colocó dicho umbral en la temeridad o la mala fe. Estos criterios trazan la línea entre dos extremos: en uno se encuentra la irresponsabilidad absoluta del funcionario, lo cual es contrario a los principios constitucionales que rigen la materia, y en el otro extremo se ubica la responsabilidad objetiva por la mera causación de un daño. Entre estos dos extremos caben múltiples alternativas de política legislativa. A la Corte le corresponde juzgar la razonabilidad, desde el punto de vista constitucional, de la opción adoptada por el legislador. En este caso, en la norma demandada se acoge un criterio de responsabilidad pero protector del funcionario. Ello parece razonable dado que el funcionario en un proceso de responsabilidad fiscal debe disponer de un margen para decretar la medida cautelar sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario.

Adicionalmente, manifiesto que adhiero a los planteamientos del magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-840/01

TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA-Límites a los peligros aceptados socialmente
(Aclaración de voto)

La moderna teoría de la imputación objetiva, que surge del derecho civil y se extiende en la actualidad a otros campos como el derecho penal y administrativo, entiende que la regularidad de los fenómenos de la naturaleza y la sucesión de causas y efectos es insuficiente para la imputación de un determinado comportamiento. En una sociedad caracterizada como “sociedad de riesgo”, en la cual es indispensable la aceptación de

peligros para los bienes jurídicos con la finalidad de facilitar la interacción social, no es posible prohibir toda clase de riesgos, porque ello implicaría la parálisis social. Por esta razón, la única alternativa es poner límites a los riesgos aceptados socialmente.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE SERVIDOR PUBLICO POR DAÑO-Deber de evitar en virtud de competencia funcional (Aclaración de voto)

Para que el daño sea imputable, es necesario que el servidor público tenga dentro de su ámbito de competencia el deber de evitar ese determinado resultado. Si la actividad estatal es eminentemente reglada y el servidor público sólo puede realizar aquellas acciones que la ley o el reglamento le permiten, es obvio entonces que sólo responde patrimonialmente por aquellos daños que debía evitar en virtud de sus deberes institucionales.

DOLO O CULPA-Factor determinante es el grado de conocimiento del riesgo/DOLO E IMPRUDENCIA-Referencia al conocimiento del riesgo (Aclaración de voto)

DAÑO-Elementos normativos adicionales en la imputación (Aclaración de voto)

En la imputación del daño es necesario introducir, además de la causalidad, el dolo y la imprudencia, tres elementos normativos adicionales, a saber: i) Que el servidor público tenga dentro de su ámbito de competencia institucional, la obligación de desplegar deberes de seguridad o de salvamento, para evitar daños como consecuencia de la actividad que desarrolla o de los bienes que debe custodiar. ii) Que el daño se produzca en virtud de un riesgo jurídicamente desaprobado. Es decir, el producido por ejemplo, como ocasión de la violación de normas de conducta que prohíben poner en peligro abstracto los bienes jurídicos y que se plasman frecuentemente en los reglamentos del tráfico automotor, o en los reglamentos de seguridad de las empresas, etc y iii) Que el riesgo creado por el servidor público sea el mismo que se concreta en el daño y no otro distinto, proveniente de hechos de la naturaleza, o de la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero.

Consideramos pertinente aclarar nuestro voto en tres aspectos fundamentales a saber: i) No basta la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento y el daño producido, porque es necesario la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y que el riesgo creado, sea el mismo que se concrete en la producción del resultado. ii) El servidor público sólo responde por daños que deba evitar en virtud de su ámbito de competencia

funcional y iii) Los conceptos de dolo e imprudencia deben estar referidos al conocimiento del riesgo.

1. La moderna teoría de la imputación objetiva, que surge del derecho civil y se extiende en la actualidad a otros campos como el derecho penal y administrativo, entiende que la regularidad de los fenómenos de la naturaleza y la sucesión de causas y efectos es insuficiente para la imputación de un determinado comportamiento. En una sociedad caracterizada como “sociedad de riesgo”, en la cual es indispensable la aceptación de peligros para los bienes jurídicos con la finalidad de facilitar la interacción social, no es posible prohibir toda clase de riesgos, porque ello implicaría la parálisis social. Por esta razón, la única alternativa es poner límites a los peligros aceptados socialmente. En consecuencia, cuando una persona ocasiona un daño, pero éste se produce dentro de los límites que la sociedad y el ordenamiento jurídico toleran, el daño no le es imputable. Ejemplo: si en el desempeño del cargo un servidor público conduce un vehículo oficial, y a pesar de observar las normas del tráfico automotor ocasiona un accidente en el cual se destruye el bien, es indiscutible que desde el punto de vista causal ha ocasionado directamente un daño patrimonial al estado. Sin embargo, este no le es imputable porque se encuentra dentro del riesgo permitido. En efecto, si a pesar de acatar las normas de diligencia que impone el tráfico automotor se produce un daño, este no le es atribuible porque las normas de diligencia no pueden eliminar todo tipo de peligros; siempre hay un residuo de peligro que es imposible eliminar a pesar de la observancia de las normas de diligencia.

2. Para que el daño sea imputable, es necesario que el servidor público tenga dentro de su ámbito de competencia el deber de evitar ese determinado resultado. Si la actividad estatal es eminentemente reglada y el servidor público sólo puede realizar aquellas acciones que la ley o el reglamento le permiten, es obvio entonces que sólo responde patrimonialmente por aquellos daños que debía evitar en virtud de sus deberes institucionales. No respondería desde el punto de vista fiscal por ejemplo, el funcionario que culposamente destruye un bien de propiedad de una empresa estatal para la cual no trabaja.

3. Si además de la causalidad y el daño, forman parte de la estructura de la imputación dos elementos más, la creación de un riesgo desaprobado y la realización de ese riesgo en el resultado, los conceptos de dolo y culpa tienen que construirse en relación con esos nuevos

aspectos. Por ello, el grado de conocimiento del riesgo es el factor determinante para clasificar un comportamiento como doloso o culposo. El dolo es conocimiento del riesgo, la imprudencia, cognoscibilidad del mismo. Si la consagración de deberes de diligencia es un mecanismo para determinar el riesgo permitido, el incumplimiento de los mismos no es un problema sólo de la imputación a título de culpa, sino también del dolo. Sobre esta perspectiva, resulta impropio hablar entonces de que la imprudencia, la negligencia, la impericia y la violación de normas reglamentarias son factores exclusivos de la imputación culposa.

Con base en lo anterior, podemos concluir que en la imputación del daño es necesario introducir, además de la causalidad, el dolo y la imprudencia, tres elementos normativos adicionales, a saber: i) Que el servidor público tenga dentro de su ámbito de competencia institucional, la obligación de desplegar deberes de seguridad o de salvamento, para evitar daños como consecuencia de la actividad que desarrolla o de los bienes que debe custodiar. ii) Que el daño se produzca en virtud de un riesgo jurídicamente desaprobado. Es decir, el producido por ejemplo, como ocasión de la violación de normas de conducta que prohíben poner en peligro abstracto los bienes jurídicos y que se plasman frecuentemente en los reglamentos del tráfico automotor, o en los reglamentos de seguridad de las empresas, etc y iii) Que el riesgo creado por el servidor público sea el mismo que se concreta en el daño y no otro distinto, proveniente de hechos de la naturaleza, o de la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA,

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

1 Tal como ocurre en relación con los empleados de las empresas de servicios públicos mixtas; y de las empresas de servicios públicos privadas que incorporen aportes estatales. (arts. 14, numerales 6 y 7, y 41 de la ley 142/94).

2 Op. Cit. SU 620 de 1996

3 Ciertamente, la Corte ha entendido que los órganos de control llevan a cabo una administración pasiva que consiste en la verificación de la legalidad, eficacia y eficiencia de la gestión de la administración activa, esto es, aquella que es esencial y propia de la rama ejecutiva, aunque no exclusiva de ella, pues los otros órganos del Estado también deben adelantar actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines. En este sentido, “la atribución de carácter administrativo a una tarea de control de la Contraloría no convierte a esa entidad en un órgano de administración activa, puesto que tal definición tiene como único efecto permitir la impugnación de esa actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...) Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la administración activa.” Sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también Op Cit. SU 620 de 1996, C-540 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara

4 En la sentencia varias veces citada SU 620 de 1996 se establece el alcance del derecho al debido proceso en el proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos: “la norma del artículo 29 de la Constitución es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

5 Sentencia C-477/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

6 Op. Cit. Sentencia SU 620 de 1996

7 Ver sentencia C-430 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell

9 Op. Cit. Sentencia SU 620 de 1996

10 Ibid

11 J. González Pérez, El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Madrid, Edit. Cívicas, 1984, pág. 241.

12 Ver Echandia Devis, Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte General Tomo I, Temis, pág. 15, 1984

13 Sentencia C-054 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell

14 Ibid