

SERVIDOR PÚBLICO - Responsabilidad: clases. Marco constitucional y legal / RESPONSABILIDAD DE SERVIDOR PÚBLICO - Clases. Marco constitucional y legal

Los servidores públicos responden por infracción de la Constitución y de la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones –artículo 6° de la Constitución Política-, mecanismo de control destinado a evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público y el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren. El desconocimiento, culposo o doloso, de estas obligaciones, al desbordar el ordenamiento jurídico, puede generar responsabilidad penal, fiscal, patrimonial y disciplinaria. Los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado, conforme al artículo 267 ibídem, también responden fiscalmente. Dentro de este marco, una misma conducta de un servidor público puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad: la fiscal, derivada del ejercicio de esta actividad - gestión fiscal - que tiene su fundamento en los artículos 268.5 y en la ley 610 de 2000, o la no fiscal –eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes, sin desarrollo de gestión fiscal-, la cual se concreta por la comisión de hechos punibles –mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, artículos 7° y 65 de la ley 610 - o mediante la acción de reparación directa - artículo 86 C.C.A.-, con sustento en el artículo 2341 del Código Civil -por responsabilidad patrimonial- en defecto de la anterior y siempre que no se haya exonerado en el proceso penal al servidor. Sin perjuicio de lo anterior, toda conducta relacionada con el posible detrimento de los bienes públicos, puede originar acción disciplinaria o penal, en el primer caso no procede el resarcimiento directo de perjuicios, mientras que en el segundo, podrá obtenerse mediante la constitución de parte civil.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencias C-337 de 1993 y C-832 de 2002. Corte Constitucional.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Concepto. Titular. Sujeto pasivo / RESPONSABILIDAD FISCAL - Sujeto pasivo. Procedimiento / CONTROL FISCAL - Concepto. Titular / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - Gestión fiscal. Control fiscal. Responsabilidad fiscal

El control fiscal es una función pública que tiene por objeto la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, ejercida por la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General, que se cumple mediante el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley. Para el cumplimiento de esta función, se asigna a los organismos de control la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. Para deducir responsabilidad fiscal, es preciso que la conducta reprobable se haya cometido en ejercicio de la gestión fiscal, definida en el artículo 3° de la ley 610 de 2000. De ésta definición legal de gestión fiscal, armonizada con las disposiciones siguientes de la ley 610 y dada su inescindible interrelación, se desprenden múltiples consecuencias: determina el objeto de la gestión; se tiene en cuenta para establecer el alcance, objeto y elementos de la responsabilidad fiscal, esto es, el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, así como la causación de un daño patrimonial al Estado producida por una gestión fiscal

antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna. Así mismo, sirve para estructurar el concepto de proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta causen, por acción u omisión, un daño al patrimonio del Estado..

NOTA DE RELATORÍA: Concepto 848 de 31 de julio de 1996. Sala de Consulta y sentencia 840 de 2001. Corte Constitucional.

GESTIÓN FISCAL - Pérdida, daño o deterioro de bienes. Servidores públicos en ejercicio o no de gestión fiscal / PROCESO PENAL - Restitución o reparación de bienes por pérdida, daño o deterioro en actos que no tengan relación directa con la gestión fiscal / BIEN ESTATAL - Restitución o reparación de bienes por pérdida, daño o deterioro en actos que no tengan relación directa con la gestión fiscal

El legislador en el artículo 7° de la ley 610 de 2000, como consecuencia de la necesaria conexidad de la responsabilidad fiscal por el daño patrimonial al Estado en ejercicio de gestión fiscal, dispuso que en caso de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural sufrido por las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, “únicamente procede la derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables”. Cuando esta relación no está presente -el daño se produce en actividades distintas de la gestión fiscal-, las situaciones que pueden presentarse son las siguientes: A) Existencia de daños jurídicos. B) Daño no imputable a actividad antijurídica. C) Daño antijurídico por conducta constitutiva de eventual falta disciplinaria. D) Daño antijurídico ocasionado al Estado por el servidor o exservidor público. 1a) Daño antijurídico causado por un delito. b) Daño ocasionado por un hecho ilícito administrativo.

NOTA DE RELATORÍA: **1)** El concepto desarrolla conceptual, legal y doctrinariamente los ítems individualizados bajo los literales A, B, C, D. **2)** Autorizada la publicación con oficio 0459 de 20 de agosto de 2000.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Bogotá D.C., agosto cuatro (4) de dos mil tres (2003)

Radicación número: 1522

Actor: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Referencia: Restitución o reparación de bienes por pérdida, daño o deterioro en actos que no tengan relación directa con la gestión fiscal.

El señor Director del Departamento Nacional de Planeación, pregunta a la Sala sobre la forma, el procedimiento y el funcionario competente, para recuperar bienes de una entidad de carácter nacional, perdidos, dañados, hurtados,

deteriorados o extraviados por servidores públicos o contratistas, que no ejercen gestión fiscal, a quienes se les asignaron.

Al efecto, precisa que el Secretario General de esa entidad solicitó pronunciamiento tanto de la Procuraduría General de la Nación como de la Contraloría General de la República, acerca de la aplicabilidad del proceso de responsabilidad fiscal, regulado en la Resolución Orgánica 04536 de 1998 y la ley 610 de 2000 - cita además la ley 734 de 2002 - y que estudiados los conceptos emitidos por dicho órganos de control no resultan claros los mecanismos y procedimientos convenientes para lograr la recuperación de tales bienes, ni el funcionario competente para el fin propuesto.

Allega, además, los conceptos emitidos por el Director de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, según el cual "...le corresponde a la administración pública la implementación de los mecanismos necesarios para la preservación y conservación de sus bienes, así como también, la obtención en forma ágil y eficiente el (sic) resarcimiento del daño que se causó al erario público, con la pérdida, extravío o deterioro de sus bienes", y del Procurador Auxiliar en Asuntos Disciplinarios quien - con cita de algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional - precisa que la acción disciplinaria es autónoma e independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta y que el juez disciplinario no puede válidamente imponer sanciones, en este caso accesorias, de naturaleza resarcitoria, porque no es de la esencia y naturaleza funcional de aquella; puntualiza, además, que el artículo 7°, inciso segundo de la ley 610 de 2000 está tácitamente derogado por la ley 734 de 2002.

La Sala considera

Marco constitucional y legal de la responsabilidad.- Los servidores públicos responden por infracción de la Constitución y de la ley y por omisión o extralimitación

en el ejercicio de sus atribuciones ¹- art. 6° de la C. P. -, mecanismo de control destinado a evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público y el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren. El desconocimiento, culposo o doloso, de estas obligaciones, al desbordar el ordenamiento jurídico, puede generar responsabilidad penal, fiscal, patrimonial y disciplinaria. Los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado, conforme al artículo 267 ibídem, también responden fiscalmente.

El marco de la responsabilidad es amplio pues, además del principio consagrado en el artículo 6° constitucional, corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva ² (art. 124); "el Estado

¹ "Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de la autorización legal (..) Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta corporación no puede soslayar, no sólo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que hacer para consagrarla efectivamente en los textos constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para la claridad en los actos que realicen los que detentan el poder público en sus diversas ramas." Sentencia C-337 de 1993 de la Corte Constitucional.

² El artículo 91 constitucional señala: "En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta."

responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste” (art. 90³); “cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas” (art. 92); “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (art. 121). “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...) Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (...) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas” (122), y “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio” (123).

Dentro de este marco, una misma conducta de un servidor público puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad⁴: la fiscal, derivada del ejercicio de esta actividad - gestión fiscal - que tiene su fundamento en los artículos 268.5 y en la ley 610 de 2000, o la no fiscal - eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes, sin desarrollo de gestión fiscal -, la cual se concreta por la comisión de hechos punibles - mediante el ejercicio de .

la acción civil dentro del proceso penal, arts. 7° y 65 de la ley 610 - o mediante la acción de reparación directa - art. 86 C.C.A. -, con sustento en el art. 2341 del C.C. - por responsabilidad patrimonial - en defecto de la anterior y siempre que no se haya exonerado en el proceso penal al servidor.

Sin perjuicio de lo anterior, toda conducta relacionada con el posible detrimento de los bienes públicos, puede originar acción disciplinaria o penal, en el primer caso no procede el resarcimiento directo de perjuicios, mientras que en el segundo, podrá obtenerse mediante la constitución de parte civil.

Estas responsabilidades no resultan excluyentes, en el sentido de que si bien el artículo 124 de la Carta defiere al legislador la facultad de determinar la

³ Por su parte, el artículo 78 del C.C.A. precisa que “Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.” La acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución está desarrollada en la ley 678 de 2001 como una “acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado (sic) reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto” – art. 2° -. En sentencia C- 430 de 2000 la Corte Constitucional, señaló que el artículo 78 es acorde con el artículo 90 de la Constitución de 1991. En el mismo sentido el artículo 79 ibídem contempla que “Las entidades públicas podrán hacer efectivos los créditos a su favor en todos los casos a que se refieren las disposiciones anteriores por jurisdicción coactiva y los particulares por medio de la jurisdicción ordinaria.”

⁴ Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C 832 de 2002, precisó : “Resulta evidente además que el legislador en este caso no tomó en cuanto al expedir la norma acusada que en la medida en que la acción penal y la acción fiscal responden a objetivos diferentes y que los bienes jurídicos protegidos en cada caso son distintos, bien puede suceder que ante los mismos hechos, el resultado en cada caso de los procesos que se inicien sea diferente, sin que, como lo recuerda acertadamente el señor Fiscal General de la Nación, ello signifique la vulneración de la ley o que se pueda presumir que los responsables de cada proceso hayan obrado en contra de la misma.”

responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, mandato que podría llevar a considerar exigible sólo la responsabilidad prevista en el inciso 2° del artículo 7° de la ley 610 - la civil dentro del proceso penal -, nada impide que aún sin existir punible perseguible, frente al daño ocasionado por el servidor, éste responda también conforme a las normas del artículo 6° de la C. P. y del Código Civil - art. 2341 -, en la misma forma como lo hacen los particulares, tal como se explicará más adelante.

Control y gestión fiscal. Responsabilidad fiscal.- El control fiscal es una función pública que tiene por objeto la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, ejercida por la Contraloría General de la República⁵, las contralorías territoriales y la Auditoría General, que se cumple mediante el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley (art. 267 de la C.P.).

Para el cumplimiento de esta función, se asigna a los organismos de control la atribución de establecer **la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal**, imponer las sanciones que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma (art. 268.5 de la C.P.).

Para deducir responsabilidad fiscal, es preciso que la conducta reprobable se haya cometido en ejercicio de la gestión fiscal, definida en el artículo 3° de la ley 610 de 2000 así:

“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”.

De ésta definición legal de gestión fiscal ⁶, armonizada con las disposiciones siguientes de la ley 610 y dada su inescindible interrelación, se desprenden

⁵ El artículo 119 constitucional señala que “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”. En la Asamblea Nacional Constituyente. Informe – ponencia se precisó que “...la función fiscalizadora es de interés primordial del Estado, en cuanto tiene que ver con el correcto manejo de las finanzas públicas que son objeto de su atención. Los caudales o recursos que tienen las actividades gubernamentales provienen del pueblo y a él deben revertir en forma de servicios. (...) la Contraloría representa a la sociedad en cuanto que es ella la titular de sus finanzas en último término, pues en principio lo son del Estado. Vela porque los recursos que le proporciona al Estado estén correctamente manejados”. (Gaceta Constitucional 59, jueves 25 de abril de 1991)

⁶ Sobre el concepto de gestión fiscal, esta Sala expresó en la Radicación No 848 de 1996 : “Gestión fiscal es, entonces, el conjunto de actividades económico jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo, o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de éste y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado. Dentro del género de

múltiples consecuencias : determina el objeto de la gestión; se tiene en cuenta para establecer el alcance, objeto y elementos de la responsabilidad fiscal, esto es, el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal (arts. 4° y 5°), así como la causación de un daño patrimonial al Estado producida por una **gestión fiscal** antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna (art. 6°).⁷

Así mismo, sirve para estructurar el concepto de proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, **cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta** causen, por acción u omisión, un daño al patrimonio del Estado (art. 1°).⁸

La acción fiscal cesará cuando se demuestre que el hecho no comporta el ejercicio de gestión fiscal y, por tanto resulta procedente dictar auto de archivo del proceso de responsabilidad fiscal (arts. 16 y 47); sin embargo, de existir efectiva lesión al patrimonio del Estado, habrá lugar a exigir la correspondiente responsabilidad patrimonial por otra vía, como se verá más adelante.

En consecuencia, se deduce responsabilidad fiscal por la afectación del patrimonio público en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos o los particulares que administren o manejen bienes o recursos públicos. Al respecto la Corte Constitucional, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1°⁹ de la ley 610, señaló:

entidades públicas queda comprendido el Banco de la República.” Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C- 529 de 1993 señala: “...el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. “Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración (Ley 42 de 1993, arts. 8° a 13)”.

⁷ Sent. C- 840/01: “...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 (...) 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.”

⁸ Sent. C- 840/01: “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 públicos Op. Cit. SU 620 de 1996. (...) 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 proceso.” // V. sent. C- 477/01.

⁹ “Artículo 1°. 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

“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 Estado, siempre y

en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.” (El aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible en la sentencia C- 840/01)

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).

Pérdida, daño o deterioro de bienes, ocasionado por personas o servidores públicos en ejercicio o no de gestión fiscal.- El legislador - art. 7° de la ley 610 de 2000 - como consecuencia de la necesaria conexidad de la responsabilidad fiscal por el daño patrimonial al Estado en ejercicio de gestión fiscal, dispuso que en caso de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural sufrido por las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, "únicamente procede la derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables" ¹⁰.

Cuando esta relación no está presente - el daño se produce en actividades distintas de la gestión fiscal -, las situaciones que pueden presentarse son las siguientes:

A) Existencia de daños jurídicos.- Ocurre cuando a pesar de existir un deterioro o pérdida, ésta se encuentra regulada como aceptable, normal u ordinaria dentro de la actividad del servidor público, tal como los que suceden "por desgaste natural" (art. 7°, ley 610 de 2000), evento en el cual no existe responsabilidad alguna a cargo de este por falta del elemento "daño antijurídico", quedándole al Estado solamente el derecho a obtener, si fuere el caso, la restitución de la cosa en el estado en que hubiere quedado, aún cuando sea inservible. Ello suele ocurrir con los bienes de consumo o de dotación entregados a los servidores: los

¹⁰ Se invoca en el texto de la consulta la Resolución Orgánica 04536 de 1998, expedida por el Contralor General de la República con anterioridad a la ley 610 de 2000, que revocó el parágrafo del artículo 36 de la Resolución Orgánica No. 03466 de 1994 – sobre exoneración fiscal -, y dispuso que las solicitudes de exoneración de responsabilidad fiscal, que en ese momento eran objeto de conocimiento de las dependencias de la Contraloría, se tramitarían y decidirían por los competentes, conforme a lo establecido en el Capítulo III, Título II de la ley 42 de 1993. Sin embargo, como la ley 610 derogó expresamente los artículos 72 a 89 y 95 de la ley 42, bajo esta perspectiva la resolución en comento decayó. // En la actualidad la Resolución Orgánica No. 05500 de 2003, proferida por el Contralor General de la República, que derogó la Resolución Orgánica No. 05305 de 2002, establece la competencia para el conocimiento y trámite de la acción de responsabilidad fiscal en el referido organismo de control. Esta resolución se fundamenta en distintas normas de la ley 610 y en ella se delega la competencia para conocer, tramitar y decidir la acción fiscal que corresponde adelantar a la Contraloría General de la República; establece competencias a las dependencias de este ente, en particular, para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, se organizan grupos interinstitucionales, equipos de trabajo, grupos de vigilancia fiscal, de investigaciones, juicios fiscales y jurisdicción coactiva; se contemplan disposiciones sobre actos procesales - emisión de providencias, expedientes y secretaría común -; y, se establecen disposiciones comunes - suspensión de funcionarios, cambio de radicación, políticas y directrices, supervisión, sistemas de información institucional, relatoría y actuaciones procesales conforme a la ley 42 de 1993-.

primeros se consumen y desaparecen (como acontece con la papelería utilizada regularmente), los segundos se deterioran y pueden volverse inservibles (muebles y equipo de oficina). El daño también tiene el carácter de jurídico cuando los deterioros se producen por el riesgo normal a que se encuentran sometidos determinados equipos eléctricos o electrónicos por efecto de su “normal uso” (máquinas eléctricas, computadores, celulares, etc.).

B) Daño no imputable a actividad antijurídica.- Se presenta cuando el deterioro o pérdida obedece a la intervención de hechos de la naturaleza, como sucede con el

acaecimiento de terremotos o incendios fortuitos, casos en los cuales tampoco hay responsabilidad del servidor y, por lo tanto, el Estado también carece de facultad para reclamar indemnización de perjuicios. Algo similar acontece cuando el deterioro o pérdida no le es imputable al servidor que tiene a su cargo el bien sino a otro servidor o a un tercero, como cuando la pérdida obedece a un hurto simple o calificado por parte de estos últimos. En estas hipótesis, el tercero, por su intervención, exonera de responsabilidad al servidor y se hace responsable frente al Estado. Este, a su vez, debe formular las denuncias policivas (si se trata de contravenciones, extravíos, etc.) o penales (si se está en presencia, por ej., de hurto simple o calificado), sin perjuicio de las obligaciones del servidor al respecto.

C) Daño antijurídico por conducta constitutiva de eventual falta disciplinaria.- En tal caso, si bien puede existir una eventual falta disciplinaria, cuando por mal uso o maltrato de los bienes asignados al servidor, estos se deterioran o dañan con violación del deber legal de conservación y destinación, no es menos cierto, que dentro de esa responsabilidad no está comprendido el resarcimiento de perjuicios, aunque indirectamente puede dar lugar a que voluntariamente el disciplinado haga la restitución, devolución o reparación para ejecutar o reducir las consecuencias disciplinarias consiguientes.

Al efecto, es aconsejable acudir a los antecedentes de la ley 610 de 2000 - art. 7° -

En la ponencia para segundo debate en la Cámara al proyecto de ley que se convertiría en la ley 610, se hicieron precisiones en relación con las consecuencias resarcitorias derivadas de la responsabilidad disciplinaria :

“Lo anterior implica una distinción entre el desempeño como servidor público en ejercicio de la función pública y el manejo de los recursos del Estado con ocasión de la gestión fiscal, de manera que no todo daño de contenido patrimonial a las entidades públicas implica derivación de responsabilidad fiscal, pues no toda actuación del funcionario que afecte el patrimonio público comporta el desarrollo de gestión fiscal.

Ello no implica que tales afectaciones económicas no puedan ser resarcidas, pues si ellas devienen de faltas a los deberes propios del desempeño como servidor público o de la comisión de hechos punibles, puede obtenerse su reparación como sanción accesoria a la principal que se imponga en los procesos disciplinarios o como indemnización por el delito cometido en los procesos penales.

- Reconocimiento del carácter resarcitorio y administrativo del proceso, lo cual significa, de una parte, que, si bien la responsabilidad es personal y subjetiva, la misma no tiene un carácter sancionatorio, y en tal virtud la muerte del implicado antes del fallo no le pone fin al proceso (...)" ¹¹

En la misma ponencia para primer debate del proyecto en el Senado se expuso:

“Ahora bien, como pueden darse eventos de pérdida, daño o deterioro de los bienes públicos, cuyo origen no sea el ejercicio indebido o irregular de la gestión fiscal, sino el incumplimiento de los deberes de los servidores públicos en el desempeño de la función pública o inclusive la comisión de hechos punibles contra la administración pública, la ponencia hace claridad en el sentido de que en tales casos no procede el adelantamiento de un proceso de responsabilidad fiscal, pues los hechos no comportan el ejercicio de gestión fiscal, pero ello no significa que no exista la obligación de resarcir pecuniariamente el perjuicio causado, sólo que en tales casos las vías jurídicas para la obtención de la declaración de la obligación de resarcimiento son las indicadas en el inciso 2° propuesto.” ¹²

El texto original del inciso segundo del artículo 7° de la ley 610 de 2000 era del siguiente tenor:

“En los demás eventos de pérdida, daño o deterioro de este tipo de bienes, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el código disciplinario único o a los delitos tipificados en la legislación penal”.

Este precepto remitía a la procedencia del resarcimiento de los perjuicios mediante la imposición de sanciones accesorias dentro de los procesos disciplinarios, previstas en el anterior Código Unico Disciplinario (ley 200 de 1995, art. 30.2); sin embargo, el nuevo régimen de la materia, contenido en la ley 734 de 2002, no conservó tal tipo de penas. Como puede advertirse, el legislador expidió la ley 610 en vigencia de la ley 200, la cual clasificaba las sanciones en principales y accesorias (art. 28) y contemplaba estas últimas en su artículo 30 así: 1. inhabilidad para ejercer funciones públicas en la forma y términos consagrados en la ley 190 de 1995; 2. **la devolución, la restitución o la reparación, según el caso, del bien afectado con la conducta constitutiva de**

¹¹ Gaceta del Congreso No. 299 de 1998.// En la ponencia para primer debate del mismo proyecto - Senado, se dijo: “La naturaleza y objetivos del proceso de responsabilidad fiscal adoptado en el Proyecto de ley en estudio responde a la estricta observancia de los elementos fundantes de la legítima acción permitida al Estado para la protección de sus bienes y de las garantías procesales que deben observarse en la actuación administrativa de control a quienes resultaren implicados en acciones que por su gestión fiscal irregular, causen perjuicios al patrimonio público.” – Gaceta del Congreso No. 75/99, p. 7.

¹² Esto es por vía disciplinaria o penal. Gaceta del Congreso No. 75 de 1999, página 9.

la falta, siempre que ellas no se hayan cumplido en el proceso penal, cuando la conducta haya originado las dos acciones; y, 3. la exclusión de la carrera.

Por su parte, conforme al artículo 44 de la ley 734 de 2002 las sanciones disciplinarias a las que está sometido el servidor público son las de destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima; suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas; suspensión, para las faltas graves culposas; multa, para las faltas leves dolosas; amonestación escrita, para las faltas leves culposas. En los antecedentes de la ley 734 no se explicitaron las razones que llevaron a excluir del ordenamiento jurídico ninguna sanción accesoria¹³.

En consecuencia, la sola referencia que hace el artículo 7° de la ley 610 al resarcimiento de los perjuicios mediante la imposición en el proceso disciplinario de sanción accesoria a la principal no basta para entender vigente tal pena con los fines indicados, pues el Código Disciplinario Unico - ley 734 de 2002 - regula esta materia de manera íntegra y, por lo tanto, el artículo 7° debe entenderse derogado tácitamente en este aparte.

No obstante, como criterio para la graduación de la sanción en el artículo 47 ibídem se consagra “f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso...”.

Puede afirmarse, entonces, que como consecuencia de la desaparición de la sanción accesoria en el nuevo Código Unico Disciplinario, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario por la pérdida, daño o deterioro de bienes, por vía disciplinaria, sólo procede mediante la devolución, reparación o restitución voluntaria del bien - no a título de sanción - que realice el servidor público, lo cual produce efectos en la graduación de la sanción. ¹⁴

D) Daño antijurídico ocasionado al Estado por el servidor o exservidor público.- En este caso, la responsabilidad en que incurre el servidor o exservidor

¹³En la exposición de motivos que fuera presentada por el entonces Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuellar para reformar el Código Único Disciplinario, se expuso: “el proyecto conserva la clasificación de las faltas en gravísimas, graves y leves, pero modifica las sanciones imponibles en cada categoría (...) El sistema propuesto, a diferencia del actual, en la determinación de la sanción tiene en cuenta el grado de culpabilidad del autor al cometer la falta, que constituye otra aplicación de la proporcionalidad que debe existir entre conducta y sanción...” (Gaceta del Congreso No. 304 de 1999). En la ponencia para segundo debate al pliego de modificaciones al proyecto de ley No. 129 de 2000 Cámara y 19 de 2000 Senado, Código Disciplinario Unico, se dijo: “Así mismo, se plasmó como principio rector de la función propia de la sanción administrativa disciplinaria, que es de **naturaleza preventiva y correctiva**, y mediante la cual se garantiza la efectividad de los principios y fines constitucionales y legales que deben observarse al ejercer la función pública. (...) 3. Carácter garantista de la ley disciplinaria. Dada su naturaleza sancionatoria, el derecho disciplinario debe respetar plenamente las garantías propias del derecho punitivo (...).(Gaceta del Congreso No. 626 de 2001).

¹⁴ “5- Lo anterior no obsta para señalar que en materia del proceso de responsabilidad fiscal, como lo plantea el señor Contralor General en su escrito petitorio de selección de la tutela para revisión, es preciso distinguir para efectos de la caducidad de la acción fiscal, que uno es el proceso que se dirige contra la persona encargada del recaudo, manejo o inversión de dineros públicos o de la administración de bienes del Estado, que por su acción u omisión asumió una conducta contraria a la ley, para determinar su responsabilidad, y eventualmente, según el fallo que se profiera, imponerle la respectiva sanción. En este caso, el proceso fiscal, como lo señaló la Corte en la sentencia C-046 de 1994, tiene establecido un término de caducidad. Y otro, es el proceso que se sigue para la recuperación los bienes fiscales o de uso público, los que de conformidad con lo establecido por el artículo 63 de la Constitución Política, son imprescriptibles. En este caso, como lo señala el parágrafo 1° del artículo 44 de la ley 446 de 1998, cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables, la acción no caducará.” Sent. T- 973/99.

público es especial porque la asume el patrimonio particular de esta persona, no frente a un particular sino al Estado. Sin embargo, la exigibilidad de dicha responsabilidad varía según que el hecho dañoso sea un delito o un ilícito administrativo.

a) Daño antijurídico causado por un delito.- Para que el resarcimiento de tales perjuicios se obtenga como consecuencia de la responsabilidad civil originada en la comisión de delitos tipificados en la legislación penal, para cuyo efecto la ley impone la obligación a las personas jurídicas de derecho público de constituirse en parte civil en todos los procesos por delitos contra la administración pública ¹⁵ (art. 36 ley 190/95) y, si se incumpliere tal deber legal, podrán intentar la demanda de constitución de parte civil las contralorías, en especial si se trata de los punibles de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contratos celebrados sin requisitos legales o de delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, conforme lo prevé el artículo 65 de la ley 610 de 2000.

La Sala precisa que en el evento del ejercicio de la gestión fiscal, la comprobación de responsabilidad fiscal¹⁶ debe lograrse mediante la iniciación y agotamiento del proceso de responsabilidad propio de tal actividad, sin perjuicio de la que pudiera derivarse por la comisión de hechos punibles o faltas disciplinarias o, en su caso, de la responsabilidad civil deducible en el proceso penal, en los términos del artículo 65 en cita. Debe quedar claro que “la responsabilidad fiscal es tan sólo una ‘especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público.’” (Sent. C- 619/02) ¹⁷

b) Daño ocasionado por un hecho ilícito administrativo.-Ahora, si se ocasiona un daño patrimonial al Estado por un servidor o exservidor público o por un particular en ejercicio de funciones públicas sin que medie gestión fiscal, no resulta procedente considerar que estén exonerados de responsabilidad y, por tanto, de resarcir los perjuicios causados al erario, pues en desarrollo del principio constitucional de responsabilidad al que se encuentran sujetos los servidores

¹⁵ Artículo 137 C. de P. P. : “Definición. Con la finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, el perjudicado o sus sucesores, a través de abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal.

En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada. Si el representante legal de esta última fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las contralorías territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil **en forma prevalente y desplazar la constituida por las entidades mencionadas.**

Cuando la perjudicada sea la Fiscalía General de la Nación, estará a cargo del director ejecutivo de la administración judicial o por el apoderado especial que designe.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002 declaró exequible "en relación con los cargos estudiados, el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia en los términos de la presente sentencia" y exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000. La parte resaltada fue declarada inexecutable, en la misma sentencia. // Ley 42 de 1993. Delitos contra los intereses patrimoniales del Estado. // “Artículo 87.—Los contralores, por sí mismos o por medio de sus abogados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos contra intereses patrimoniales del Estado y sus conexos, o comunicarán a la respectiva entidad para que asuma esta responsabilidad.

Las entidades que se constituyan en parte civil informarán a las contralorías respectivas de su gestión y resultados. // Pár. La parte civil, al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva, no deberá prestar caución.”

¹⁶ Autónoma e independiente, deducible sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidades (art. 4° inciso 1° ley 610/00).

¹⁷ Ver Sent. C- 620/96.

públicos y los particulares mencionados, no sólo por infracción de la Constitución - art. 6° - y la ley, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones - cuya aplicación no se restringe al perjuicio causado en ejercicio de gestión fiscal - el deterioro o pérdida de los bienes públicos ha de ser resarcidos por quien causa el daño, de forma independiente a si cumple o no una determinada actividad gestora¹⁸, todo sin perjuicio de las consecuencias disciplinarias - ley 734/02 - o penales que puedan derivarse de la conducta lesiva - arts. 7° y 65 ley 610 -. Tal como lo expresa la Corte Constitucional, "...el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado no es otro que el de garantizar el patrimonio económico estatal, el cual -lo ha dicho esta Corte- debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar "la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho - Sentencia C-832/2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil -, en los términos de lo estatuido por los artículos 2° y 209 de la Constitución Política". (Sent. C-619/02)

En efecto, en relación con la responsabilidad del servidor público que ocasiona un daño a los bienes públicos sin estar en desarrollo de gestión fiscal, ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia C- 840 de 2001:

(i) "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. (...) 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

¹⁸ Sent. C-840/01: Tanto en ejercicio de gestión fiscal como en ausencia de ella, resulta válida la siguiente conclusión de la Corte Constitucional : "...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." (Resalta la Sala)

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”.

(ii) 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”.

Además, en este sentido ha dicho la jurisprudencia y la doctrina que “ toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a la que lo restrinja”¹⁹

En particular, en torno a la responsabilidad patrimonial, señala el artículo 2341 del Código Civil que “ El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”

Al respecto Arturo Valencia Zea expone que "La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha causado un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta relación de hecho, o sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por este motivo se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por tanto, es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro (...)"²⁰

Así, el artículo 86 del C.C.A., - modificado por el artículo 31 de la ley 446/98 - diferencia la acción de reparación directa, mediante la cual la persona interesada puede demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa, sin consideración al cumplimiento o no de gestión fiscal, de la que “Las entidades públicas deberán promover (...) cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”. El artículo 149 del C.C.A., modificado por la ley 446 de 1998,

¹⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, tomo I, pág. 211, en Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 6 de mayo de 1993, Exp. 7428.

²⁰ Valencia Zea, Arturo. Derecho civil. Tomo III, pág. 202.

art. 49, dispone que “las entidades públicas podrán obrar como demandantes en los procesos contenciosos administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en éste código si las circunstancias lo ameritan”.

Ello significa que si el Estado puede incoar la acción consagrada en el artículo 86 cuando ha sido condenado patrimonialmente como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes - caso en el cual podrá intentar la acción de repetición contra el servidor o exservidor - o si resulta perjudicado por la actuación de un particular, por fuera de la órbita de la gestión fiscal o sin que su conducta constituya delito, con mayor razón podrá hacerlo cuando sufre un detrimento patrimonial, por la acción u omisión de un servidor o exservidor público. Esta conclusión se refuerza al comprobar que estos agentes al lesionar el patrimonio público, se separan de las condiciones previstas por el legislador para el ejercicio de la función pública y caen en el campo de la actividad de los particulares, razón por la cual les es exigible - como mínimo - la responsabilidad propia de estos para efectos patrimoniales.

En este sentido la Corte en la sentencia C- 619 de 2002 precisó :

“No obstante, los agentes estatales que no cumplen gestión fiscal, si bien no manejan directamente recursos estatales, también se hallan en el deber de proceder con estricto apego al principio de legalidad que rige sus actos y por ello, al apartarse de esa directriz, **pueden también incurrir en responsabilidad** penal, disciplinaria y **patrimonial**. Si ello es así, no hay motivos para que la ley establezca un régimen de responsabilidad fiscal y patrimonial con distintos fundamentos de imputación.” (Destaca la Sala de Consulta) (...)

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.”

Los elementos genéricos que estructuran la responsabilidad, a saber: a) acción u omisión de carácter culposos o dolosos, imputable al servidor o exservidor público en ejercicio o con ocasión del ejercicio de un cargo; b) un daño, en el evento de la consulta, la pérdida o deterioro de un bien perteneciente a la entidad pública que sufre el perjuicio causado por el servidor o exservidor público; y c) un nexo de causalidad entre el hecho del servidor o exservidor público y el perjuicio causado a

la administración, tienen plena aplicación, así no exista de por medio gestión fiscal.²¹

De esta manera se deduce que el Estado puede obtener el resarcimiento de los perjuicios causados por el servidor público que no cumple gestión fiscal, mediante la acción de reparación directa, incoada ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de la aplicación de las pólizas de seguro que deben amparar los bienes del Estado, conforme lo prevé el artículo 107 de la ley 42 de 1993.

Finalmente, es necesario precisar que conforme a lo señalado por la Corte Constitucional, "...un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial". - Sent. C- 619/02 -.

La Sala responde

El resarcimiento de perjuicios por la pérdida, daño o deterioro de bienes del Estado, causados por servidores públicos o personas que no desarrollan gestión fiscal, ha de obtenerse dentro del proceso penal, si la conducta constituye delito, o por medio de la acción de reparación directa, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los otros eventos.

Transcríbase al señor Director del Departamento Nacional de Planeación. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI
Presidente de la Sala

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

²¹ Los criterios expuestos por la Corte en la sentencia C- 619/02, son aplicables - mutatis mutandi - a la responsabilidad patrimonial del servidor o exservidor que no ejerce función fiscal : "6.8. Téngase en cuenta que ambas modalidades de responsabilidad -tanto la patrimonial como la fiscal- tienen el mismo principio o razón jurídica: la protección del patrimonio económico del Estado. En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable) sino eminentemente reparatoria o resarcitoria, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001-. Diferencias éstas que, además, tan sólo se orientan a imprimirle eficiencia a la actividad del Estado en lo que corresponde a la preservación de los bienes y recursos públicos, pero que no alteran el fundamento unitario que reside en un principio constitucional el cual es común e indivisible a ambas modalidades de responsabilidad: la garantía del patrimonio económico del Estado." // El fundamento de la responsabilidad para el caso sigue siendo de naturaleza constitucional: arts. 2° y 6°.

JORGE MURGUEITIO CABRERA

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala