

GESTION FISCAL - Definición legal / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Sujetos pasivos

Cabe señalar que la Ley 42 de 1993, a diferencia de lo que sucede con la Ley 610 de 2000, no consagra una definición de gestión fiscal; empero nada impide a la Sala acudir al concepto que sobre el tema trae la referida Ley 610 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”. El artículo 3º de dicha Ley prevé: “...”. De la definición transcrita deduce la Sala que el sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal son los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado.

GESTION FISCAL - Naturaleza y sentido del concepto / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Legitimación en pasiva

Es oportuno traer a colación apartes de la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de algunas normas de la mencionada Ley: “...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... 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.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Objeto; naturaleza administrativa, subjetiva, patrimonial, no sancionatoria, autónoma, independiente

Es oportuno traer a colación apartes de la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de algunas normas de la mencionada Ley: “...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.). El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa; 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 proceso según voces del artículo 29 Superior...”.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL POR DECLARACIÓN ILEGAL DE INSUBSISTENCIA - No procede por no implicar gestión fiscal frente a recursos o fondos públicos: no procede responsabilidad patrimonial / GESTION FISCAL - Presupuesto para determinar responsabilidad fiscal / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL - Acción de repetición

En el caso sub examine, en parte alguna del expediente se advierte que la responsabilidad fiscal que se le atribuyó a los demandantes hubiera sido consecuencia del manejo irregular o administración irregular por parte de aquellos frente a los recursos o fondos públicos; o del despliegue de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas relacionadas con gestión fiscal que se tradujeran en una inadecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, o indebida o irregular recaudación, manejo e inversión de sus rentas. Según se desprende del texto del Fallo 03 acusado, la conducta culposa consistió en que dichos funcionarios conceptuaron sobre la viabilidad de la declaratoria de insubsistencia, sin haberse percatado de que la funcionaria desvinculada había solicitado su inscripción en carrera administrativa, por lo que era perfectamente previsible su inscripción, ya que tenía derecho a ella, luego tal declaratoria era ilegal, como se determinó por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que declaró la nulidad del acto que la dispuso con el consiguiente detrimento patrimonial del Departamento que resultó condenado a pagar lo dejado de percibir por aquélla (folio 51). De tal manera que la gestión fiscal, presupuesto sine qua non para determinar la responsabilidad fiscal, se halla ausente en las actuaciones de los demandantes, razón por la que no podía la Contraloría General de Antioquia aplicar el procedimiento previsto en la Ley 42 de 1993. Ahora, estima la Sala que si a juicio del Departamento de Antioquia sus agentes incurrieron en dolo o culpa grave, que determinó el detrimento patrimonial que se busca resarcir, el fundamento de tal pretensión descansa en el artículo 90 de la Constitución Política, conforme al cual “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”.

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS - Clases: penal, fiscal, patrimonial, disciplinaria; marco constitucional y legal

Resulta ilustrativo el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, expresado dentro del Radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003, Consejero ponente doctor Flavio Rodríguez Arce), en el cual se precisó lo siguiente: “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— 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 (art. 124); “el Estado 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. 90); “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).....’.

CONTROL FISCAL - Concepto / GESTION FISCAL - Concepto / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Presupuesto de la gestión fiscal o con ocasión de ésta: alcance / CESACION DE LA ACCION FISCAL - Procede cuando no comporta el ejercicio de gestión fiscal

Resulta ilustrativo el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, expresado dentro del Radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003, Consejero ponente doctor Flavio Rodríguez Arce), en el cual se precisó lo siguiente: “....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 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 (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: ‘....’. 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 (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°). 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°). 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.....”

RESPONSABILIDAD FISCAL - Implica relación directa con el ejercicio de gestión fiscal o en conexidad próxima o necesaria / RESPONSABILIDAD FISCAL - Elementos estructurales

Resulta ilustrativo el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, expresado dentro del Radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003, Consejero ponente doctor Flavio Rodríguez Arce), en el cual se precisó lo siguiente: “...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° de la ley 610, señaló: “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. 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".....”.

SANCIONES DISCIPLINARIAS - Eliminación en la Ley 734 de 2002 de la accesoria de resarcimiento de los perjuicios causados al erario / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - Eliminación en la Ley 734 de 2002 de la accesoria de resarcimiento de los perjuicios causados al erario

Resulta ilustrativo el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, expresado dentro del Radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003,

Consejero ponente doctor Flavio Rodríguez Arce), en el cual se precisó lo siguiente: "...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. 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 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 accesoria. 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.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Elementos que estructuran la responsabilidad / ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PUBLICO - Acción u omisión culposa o dolosa, daño por relación de causalidad: acciones

Resulta ilustrativo el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, expresado dentro del Radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003, Consejero ponente doctor Flavio Rodríguez Arce), en el cual se precisó lo siguiente: "...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. 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".

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02093 01

Actor: LUIS CARLOS OCHOA Y NORMA AMPARO VALENCIA OSORIO

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE ANTIOQUIA

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 10 de octubre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por los actores contra la sentencia de 10 de octubre de 2002, proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se declararon nulos el Fallo 03 de 31 de enero de 1997 y el Auto 112A de 28 de abril del mismo año, expedidos por la Dirección de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de

Antioquía, mediante los cuales se declaró responsables fiscalmente a los actores en la suma de \$22'648.557.00.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. Luis Carlos Ochoa y Norma Amparo Valencia Osorio, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquía, tendiente a que, mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1º): Son nulos el fallo 03 de 31 de enero de 1997, por medio del cual se les declaró responsables fiscalmente, y el auto 112A de 28 de abril de 1997, que ratificó el fallo mencionado, expedidos por la Dirección de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Antioquía.

2º): Que como consecuencia de la declaración anterior se disponga que no están obligados a reconocer suma alguna al Tesoro Público, en virtud del juicio fiscal que siguió en su contra la Contraloría General de Antioquía.

3º): Que se ordene el reintegro de las sumas que llegaron a pagar por virtud de dicho fallo.

I.2-. En apoyo de sus pretensiones los actores manifestaron, en síntesis, lo siguiente:

1º): Que la Dirección de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Antioquia mediante Fallo 03 del 31 de enero de 1997, los declaró responsables

fiscalmente por la suma de \$22'648.557.00., por considerar que en el proceso quedó demostrado que impulsaron y participaron activamente en la producción del acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento de Gloria María Jiménez Pardo, posteriormente anulado por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

2°): Manifiestan que la decisión tomada en el Fallo 03 de 1997, ratificada en el Auto 112A del mismo año, se fundamenta en el subjetivo y no probado argumento de que los actores incidieron de forma determinante en la producción de la decisión de declaratoria de insubsistencia.

3°): Expresan que tanto en el momento de iniciarse el trámite de declaratoria de insubsistencia, como en el que se produjo su comunicación, la Dirección de Salud solo tenía conocimiento de que la funcionaria afectada no estaba inscrita hasta esa fecha en la carrera administrativa, habiéndose conocido el hecho de la solicitud de su inscripción varios meses después de expedido el acto anulado.

Alegan que para la fecha en que se produjo la desvinculación, se tenía como criterio doctrinal y jurisprudencialmente aceptado, que los beneficios de la carrera administrativa no se obtenían con el solo trámite de inscripción extraordinaria en la misma, por cuanto las personas que adelantaban dicho trámite permanecían en calidad de servidores públicos de libre nombramiento y remoción hasta tanto no se produjera el acto de inscripción, tal y como lo demuestran las Circulares No. 68 del Ministerio de Salud del 12 de diciembre de 1990 y 1000-03 del 20 de mayo de 1993 del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Agregan que si bien es cierto que la fecha de inscripción en la carrera administrativa de la mencionada funcionaria es coincidente con la de declaratoria

de insubsistencia de su nombramiento, no lo es menos que al momento de producirse los efectos de este último acto, la Administración Departamental no conocía la Resolución de inscripción en la carrera administrativa, por cuanto ello se produjo en Bogotá, mientras que el acto que declaró la insubsistencia se produjo en Medellín.

4°): Aducen que para la fecha en que se produjo el decreto de insubsistencia, la demandante Norma Valencia Osorio estaba haciendo uso de un período vacacional, habiendo sido, por lo tanto, su reemplazo, quien finalmente tramitó y comunicó el acto administrativo anulado.

5°): Estiman que ninguno de ellos actuó como nominador u ordenador del gasto, por estar dichas funciones radicadas en cabeza del Gobernador, lo que evidencia que no pueden ser sujetos de control fiscal.

6°): Afirman que con el proceso de responsabilidad fiscal adelantado en su contra, se violó flagrantemente el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto se les dio un trato discriminatorio, no justificado, con relación a las demás personas que intervinieron en la producción del acto de insubsistencia, a quienes en ningún momento se les vinculó al proceso; que tan así es que ni al Gobernador de Antioquia, ni a los asesores jurídicos de la Gobernación y de la Dirección Seccional de Salud, ni al Secretario General de la Gobernación, se les abrió o vinculó a proceso fiscal alguno, a pesar de que los mismos tuvieron una participación determinante en la producción del acto cuestionado.

Agregan que la Dirección de Salud carece de competencia para realizar actos de manejo de personal que puedan producir actos de gestión fiscal, pues sus

funciones están limitadas a la simple proyección de los actos administrativos que han de ser posteriormente firmados por el Gobernador, luego de que sus dependencias asesoras hayan aprobado el proyecto.

Con base en lo anterior expresan que no entienden cómo estando la responsabilidad fiscal sustentada en el hecho de haber incidido en la expedición del acto que resultó anulado, la Contraloría no le haya endilgado responsabilidad similar a las personas que en efecto tomaron la decisión administrativa.

7°): Esgrimen que la entidad demandada vulneró el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, al atribuirles responsabilidad fiscal, a pesar de no haberse demostrado en ningún momento la mala fe y sí, por el contrario, la buena fe con la que actuaron, lo que pone de relieve la responsabilidad objetiva que se les pretende atribuir.

Exponen que la buena fe que les cabe se ve reflejada, por una parte, en el hecho de que el señor Luis Carlos Ochoa adoptara su decisión con base en los parámetros legales emitidos por las autoridades competentes para interpretar la normativa aplicable sobre esta materia, como son las Circulares del Ministerio de Salud y de la Función Pública anteriormente citadas, y por la otra, en el hecho de que la señora Norma Valencia Osorio certificara lo que en estricto orden legal tenía que certificar.

Agregan que la circunstancia de encontrarse probado que la insubsistencia del nombramiento fue prácticamente coincidente con el registro de la funcionaria en la carrera administrativa, corrobora la buena fe con que actuaron, máxime cuando en el proceso no se logró probar que conocían dicho registro con anterioridad a la desvinculación.

Añaden que dentro del proceso también se logró probar que existían razones del servicio que motivaron la declaratoria de insubsistencia.

8°): Aseguran que en el proceso de responsabilidad fiscal se violaron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa consagrados en los artículos 29 de la Constitución Política y 72 de la Ley 42 de 1993, en esencia, por lo siguiente:

a): Advierten que teniendo en cuenta que el acto por el cual se decretó la insubsistencia, considerado como fuente de la responsabilidad fiscal, se expidió en enero de 1992, y que el proceso fiscal se inició en el año de 1995, es evidente que dicho proceso se adelantó pese a haber operado la figura de la caducidad, toda vez que entre las dos actuaciones transcurrieron más de dos años.

b): Consideran que en el proceso fiscal se aplicaron normas como la Ley 42 de 1993, la Ordenanza 19 de 1993 y la Resolución 017818 de 1995, que para la fecha en que se efectuó la declaratoria de insubsistencia (enero de 1992), no existían, lo que evidencia una clara violación al debido proceso.

c): Aseguran que desde las etapas de investigación previa y de instrucción del proceso fiscal, se condenó a los actores como responsables fiscales, violándose de esta forma los artículos 29 de la Constitución Política, y 74, 75 y 79 de la Ley 42 de 1993, que dividen el proceso fiscal en dos etapas, la de investigación y la de juzgamiento, siendo ésta última la prevista para definir y determinar la responsabilidad.

Que ello se evidencia en diferentes actuaciones adelantadas por la Contraloría, como en el Auto de Ratificación del Aviso de Observaciones y en el Auto de Cierre, en los que se produce una clara condena anticipada y violación al principio de imparcialidad.

d): Consideran que dentro del proceso de responsabilidad fiscal se incurrió en varias irregularidades a la hora de definir la recusación propuesta contra la funcionaria que lo tramitó , señora Lucía Echeverri Salazar, quien en violación de los principios que rigen la función pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, sugirió a los demandados que efectuaran el cambio de abogado bajo el apremio de resultar desfavorecidos en el juicio, e incluso trató de desconocer, sin razón jurídica alguna, el poder otorgado, lo que a todas luces constituye un prevaricato.

Denuncian que la recusación mencionada se denegó con el argumento de que existían testimonios inequívocos de funcionarios de la Sección, que declaraban que lo que dicha funcionaria hizo fue simplemente responder a una consulta, lo que llama la atención pues en ninguna parte apareció constancia alguna de la práctica de dichos testimonios o de otras pruebas.

Relatan que ante la forma ilegal como fue resuelta la recusación, se solicitó la aplicación de lo dispuesto por el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, dando traslado al señor Procurador Regional, para que fuera él quien la definiera, solicitud que fue absolutamente ignorada.

Anotan que las manifestaciones de parcialidad, arbitrariedad y abuso de autoridad por parte de dicha funcionaria se hicieron más evidentes al momento de recibirse las declaraciones de los testigos, a los cuales no se les tomó el juramento de rigor

y se les manipuló en sus declaraciones, impidiéndole a su apoderado dejar constancia de estos hechos, con la amenaza de ser retirado de las audiencias, no permitiéndole incluso interrogar a uno de los testigos.

Estiman que con esta actuación se viola claramente el artículo 29 de la Constitución Política, que dispone que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso, y las normas del Código de Procedimiento Civil que consagran el procedimiento para su práctica.

Enfatizan en que lo más grave es que en los actos acusados se pretenda cambiar la realidad de lo sucedido en aquellas diligencias, atribuyendo al apoderado conductas que nunca realizó.

Indican que frente a esta serie de irregularidades se solicitó al Señor Contralor de Antioquía que ordenara la respectiva investigación, quien resolvió archivar la queja, argumentando que con base en las pruebas practicadas no existía mérito alguno para abrir investigación.

e): Alegan que pese a haber interpuesto oportunamente el recurso de apelación frente al Fallo 03 de la Contraloría General de Antioquía, este fue rechazado, aduciéndose que conforme al artículo 35 de la Resolución 017818 del 4 de mayo de 1995 solo procede el recurso de reposición.

Consideran que con esta negativa se vulnera flagrantemente el debido proceso, ya que al establecer el artículo 81 de la Ley 42 de 1993, que frente al fallo o providencia proceden los recursos y acciones de ley, la norma está refiriéndose a los recursos en general, sin limitarse únicamente al de reposición.

Agregan que el artículo 89 de la misma Ley dispone que en el proceso fiscal se aplica el Código Contencioso Administrativo, el que en su artículo 50 prevé que por regla general contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los recursos de reposición, de apelación y el de queja, lo que indica que la mencionada Resolución de la Contraloría puede estar violando la ley en lo relativo a los recursos que proceden contra los fallos proferidos en los procesos fiscales.

9°) Sostienen que la Contraloría General de Antioquía violó flagrantemente los artículos 267, 268, 272 y 90 de la Constitución Política, 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, al confundir el Juicio de Cuentas, que tiene por objeto definir y determinar la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo, cuyas cuentas hayan sido materia de observaciones de fondo o de forma, para una vez tramitado el citado proceso crear un título a favor del Tesoro Público, que servirá a su vez para adelantar un proceso de jurisdicción coactiva, con la acción de repetición consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, que prevé la responsabilidad de los funcionarios públicos, cuando por su dolo o culpa grave ha sido condenado el Estado.

Aseveran que la Contraloría carece de competencia para debatir la responsabilidad administrativa de los funcionarios que dieron origen al acto administrativo anulado, ya que esto debe tramitarse a través de la acción de repetición, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, previo el trámite de un proceso ordinario en el cual los funcionarios sean parte.

10°): Finalmente, aducen que los actos demandados están falsamente motivados, lo que se evidencia en el hecho de que en ninguna parte del proceso se logró

tipificar la conducta de los investigados para señalarlos como responsables fiscales por la producción del acto administrativo anulado, y en que la Contraloría en forma confusa inicia el proceso fiscal a los demandantes endilgándoles faltas administrativas, imputándoles posteriormente una responsabilidad fiscal.

I.3.2.- La Contraloría General de Antioquia, a través de apoderado, al contestar la demanda se opone a las pretensiones de la misma, en esencia, por las siguientes razones:

1°): Afirma que la decisión de declarar a los actores responsables directos del detrimento patrimonial sufrido por el Departamento de Antioquía, no fue producto de la subjetividad de esta entidad, sino de un profundo análisis de las pruebas recolectadas, tanto en la etapa de investigación como en la del juicio fiscal, del que se concluyó que aquellos actuaron bajo la modalidad de culpa, lo que desvirtuó la presunción de buena fe que los cobijaba.

Sostiene que lo anterior puede demostrarse con los Autos 251 del 27 de noviembre de 1995, 049 del 1 de abril de 1996, y el Fallo 03 del 31 de enero de 1997, emanados de la Sección de Investigaciones de esta entidad.

2°): Indica que de dicho análisis probatorio se evidencia que los actores realizaron la gestión fiscal exigida por el artículo 267 de la Constitución Política, y que dicha gestión fue la que determinó que el Gobernador de Antioquía declarara la insubsistencia del nombramiento, lo que a la postre ocasionó el detrimento patrimonial sufrido por el Departamento de Antioquia, al verse obligado a indemnizar a la funcionaria declarada insubsistente como consecuencia de la anulación de dicho acto.

Expresa que de lo estipulado por los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política, se desprende que los sujetos del control fiscal son todos los funcionarios públicos que realicen gestión fiscal, además de los particulares o cualquier entidad que manejen fondos o bienes públicos. Por lo que los demandantes, al ser parte de la administración y al haber realizado gestión fiscal, son indudablemente sujetos de control fiscal.

Cita la sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993 de la Corte Constitucional, para señalar que dicha Corporación ha establecido que la gestión fiscal alude a la administración o manejo de los bienes o fondos públicos, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión o disposición, por lo que su vigilancia tiende 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 Contralor 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 periodo determinado, las metas y propósitos inmediatos de la Administración.

3°): Aduce que en ningún momento se vulneró el derecho a la igualdad de los actores al no vincularse a las demás personas que intervinieron en la producción del acto administrativo anulado, puesto que no todas son responsables fiscalmente, sino únicamente aquellas que influyeron de forma directa en la emanación del mismo, y dentro del proceso de responsabilidad fiscal se concluyó que fueron los actores los que determinaron la expedición del acto administrativo

de insubsistencia decretado nulo, es decir, que fueron estos los propiciadores de la decisión que determinó la gestión fiscal.

Sustenta lo anterior con el artículo 83 de la Ley 42 de 1993, reguladora de la organización del Sistema de Control Fiscal Financiero y los Organismos que lo ejercen, que establece que: “la responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal...”.

Añade que en la demanda se reconoce que los actores fueron los que proyectaron el acto administrativo, y que fue desde ese momento que se desconoció la estabilidad laboral concedida por la Ley 10a de 1990, habiéndose limitado las demás personas que intervinieron en la producción del acto anulado, a acoger la información suministrada por los demandantes que señalaba que sí se podía declarar la insubsistencia, lo que indica que los primeros hicieron incurrir en un error a los segundos, ya que estos últimos no tenían por qué saber si la empleada reunía o no los requisitos para ser inscrita en la carrera administrativa.

4°): Afirma que si bien es cierto que el acto administrativo anulado fue expedido por el Gobernador de Antioquia, previo el trámite regular de todos los actos administrativos que este suscribía, no lo es menos que por este solo hecho no se hace responsable fiscalmente, puesto que éste tomó la decisión anulada por recomendación de los demandantes, que fueron los que iniciaron el trámite de despido que dio origen al acto anulado.

5°): Aduce que del trámite de la expedición del acto anulado expuesto por los actores, se desprende, por un lado, que el Director del Servicio Seccional de Salud de Antioquia, señor Luis Carlos Ochoa Ochoa, fue quien tomó la decisión de

desvinculación, y por el otro, que la señora Norma Valencia Osorio, como jefe de Personal, certificó, por solicitud del Director del Servicio Seccional de Salud de Antioquia, que la funcionaría no estaba inscrita en la carrera administrativa, de lo que se observa que fue desde este punto donde comenzó el error en la expedición del acto que sirvió de fundamento a su declaratoria de nulidad.

6°): Plantea que el hecho de que la señora Norma Valencia Osorio se encontrara de vacaciones en el momento en que se produjo la declaratoria de insubsistencia, no la exonera de responsabilidad, dado que está plenamente comprobado que ella tuvo una importante participación en la producción del acto anulado.

7°): Esgrime que si bien es cierto que a la fecha de declaratoria de insubsistencia la funcionaria afectada no estaba inscrita en la carrera administrativa, no lo es menos que los actores desconocieron el hecho de que había solicitado desde el 17 de diciembre de 1990 su inscripción en la misma, lo que de acuerdo con la Ley 10a de 1990, le daba estabilidad en el cargo, siendo, por lo tanto este desconocimiento, la causa que dio lugar a la declaratoria de nulidad.

8°): Plantea que para la fecha en que sucedió el hecho originador del detrimento patrimonial, que fue el fallo del 21 de enero de 1994 del Tribunal Administrativo de Antioquia, que declaró nulo el Decreto 00645 del 24 de enero de 1993, y ordenó la indemnización correspondiente, estaban vigentes los artículos 268 y 274 de la Constitución Política, la Ley 42 de 1993, la Ordenanza 19 de 1993 y la Resolución 01781 de 1995, que son las normas que regulan el proceso de responsabilidad fiscal que adelantan las Contralorías.

9°): Expresa que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la caducidad, puesto que el proceso fiscal se inició dentro de los dos años siguientes a la

declaratoria de nulidad de la insubsistencia, fecha a partir de la cual se debe contar dicho término, no pudiendo hacerse desde la expedición del acto administrativo, dado que este al estar cobijado por la presunción de legalidad, es válido mientras no sea anulado o suspendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

10°): Aduce que en la actualidad, la Dirección de Carrera Administrativa de esta entidad está adelantando el respectivo proceso disciplinario en contra de la funcionaria recusada.

11°): Se apoya en la sentencia C-054 de 1997, proferida por la Corte Constitucional, que al decidir la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 79 de la Ley 42 de 1993, que establece que contra el auto que ordena la apertura del juicio fiscal solo procede el recurso de reposición, concluyó que dicho artículo es constitucional, porque existen casos en los que contra un acto administrativo solo procede tal recurso. Concluye así que no se violó ningún derecho fundamental al no haberse concedido el recurso de apelación interpuesto por los actores contra el fallo 03 de 1997.

12°): Explica que en los casos en los que como el presente, se condena a una entidad al pago de una suma de dinero, y esta la cancela, se dispone de dos vías procesales diferentes para intentar que el responsable de dicha condena reintegre las sumas pagadas, a saber: la acción de repetición, consagrada por el artículo 90 de la Constitución Política, y desarrollada por los artículos 66 y 67 del Código Contencioso Administrativo y 54 de la Ley 80 de 1993, y el proceso de responsabilidad fiscal que se adelanta por las Contralorías, definido por la Corte Constitucional como un proceso de naturaleza administrativa con finalidad resarcitoria.

Aduce que esta entidad en ningún momento ha confundido la acción de repetición con el proceso de responsabilidad fiscal, sino que simplemente ha ejercido su competencia para lograr obtener el reintegro de las sumas pagadas por la Gobernación de Antioquia en virtud de la condena proferida en su contra, por la mala gestión fiscal realizada por los demandantes, que dio lugar a la condena que produjo el detrimento patrimonial al Departamento, para lo cual inició el respectivo proceso de responsabilidad fiscal tendiente a determinar los responsables de dicha actuación, su grado de culpabilidad, así como la cuantía del detrimento patrimonial por el que deben responder.

13°): Argumenta que en el presente caso no hubo violación alguna del debido proceso, ya que los demandantes siempre estuvieron asistidos por un profesional del derecho, además de que se les concedieron todos los medios de defensa.

Agrega que las decisiones tomadas durante todo el proceso de responsabilidad fiscal se fundamentaron en normas vigentes y en pruebas legalmente producidas, lo que desvirtúa la afirmación de que en el trámite del proceso se incurrió en parcialidad e inmoralidad.

14°): Finalmente, sostiene que las decisiones tomadas dentro del proceso se encuentran debidamente motivadas y sustentadas en las pruebas recaudadas en el proceso, además de que las conductas están debidamente tipificadas en los autos de apertura del juicio fiscal así como en el fallo respectivo, lo que indica que los actos acusados no adolecen de falsa motivación.

II- LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo resolvió acceder a las pretensiones de la demanda, reiterando al efecto los argumentos expuestos en la providencia proferida dentro del proceso 970655, en el que se presentaron los mismos supuestos fácticos que concurren en el sub lite.

En las consideraciones de la sentencia se transcriben y resaltan los artículos 90 de la Constitución Política y 102 del Decreto 1333 de 1986 de cuyo texto infiere que cuando el Estado pretenda obtener el reintegro de dineros pagados, debe intentar una acción autónoma dentro del género de las acciones de reparación directa –la de repetición- ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo que si la repetición es dispuesta por una dependencia totalmente ajena a dicha jurisdicción, como la Dirección de Responsabilidad Fiscal, Subdirección de Juicios Fiscales, de la Contraloría General de Antioquia, a través de un proceso fiscal, se hace ostensible la violación del artículo 90 de la Constitución Política, norma jerárquicamente superior.

Invocó apartes de la sentencia de 6 de septiembre de 1995, del Consejo de Estado, que al resolver un caso con los mismos presupuestos fácticos del presente, estableció, entre otras cosas, que en los eventos en los que la Subdirección de Juicios Fiscales de la Contraloría General de Antioquía trate de obtener el reintegro de las sumas canceladas con motivo de una condena laboral proferida contra el Departamento, deberá acudir a una acción de repetición ante el Tribunal Administrativo de Antioquía, dentro de los dos años siguientes a la cancelación de la condena impuesta por el juez laboral en su contra, a través de la acción de reparación directa, y por los daños y perjuicios ocasionados al ente territorial, como consecuencia de la conducta, calificada con culpa grave o dolo, atribuible a uno de sus funcionarios o exfuncionarios.

Que en los casos en los que la Subdirección de Juicios Fiscales de la Contraloría General de Antioquía, intente recobrar las sumas pagadas a través de un proceso de responsabilidad fiscal, incurrirá en una falta de competencia, al utilizar para esto un proceso de naturaleza administrativa, cuando es la vía judicial, a través de la acción de repetición, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, la prevista para tal fin.

Agrega el Tribunal que siendo la regla general, en materia de responsabilidad patrimonial del servidor público, la consignada en el artículo 90 de la Constitución Política, no puede una norma de inferior jerarquía, mucho menos un acto administrativo, vaciar de contenido la disposición constitucional.

Manifiesta que en el presente caso debe acudirse al concepto de gestión fiscal como criterio diferenciador de la responsabilidad fiscal y de la responsabilidad patrimonial, para lo cual debe acudirse a la Ley 610 de 2000, que establece que los sujetos responsables fiscalmente no son otros que aquellos que tienen a su cargo la gestión o manejo de los bienes públicos, y en relación con aquellos “daños” relacionados directamente con la gestión fiscal irregular.

Afirma que la actuación de los actores, que no entra a calificar, no puede mirarse bajo la perspectiva de la responsabilidad fiscal, puesto que no encaja dentro del concepto de gestión fiscal.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La entidad demandada adujo como motivos de inconformidad, en síntesis, lo siguiente:

1°): Sostiene que tanto la acción de repetición como el proceso de responsabilidad fiscal tienen la finalidad de obtener el reintegro de los dineros que el Estado haya tenido que pagar como consecuencia de la conducta irregular de un servidor público o de un particular que maneje dineros públicos, siendo el criterio diferenciador de dichas vías procesales, el de gestión fiscal.

Explica que cuando la conducta del funcionario o del particular, que maneja o administra bienes públicos causa perjuicio al Estado, se enmarca dentro de la gestión fiscal, la Contraloría tiene competencia para adelantar el proceso con el fin de lograr el resarcimiento pleno del perjuicio, mientras que en el caso contrario, la Contraloría carece de competencia, teniendo que recurrir, en consecuencia, a las demás acciones previstas para obtener el mismo fin, entre las cuales se encuentran la acción de repetición.

Apoya este argumento en la sentencia C-309 del 30 de abril del 2002 de la Corte Constitucional, que hace referencia a las diferencias que existen entre la responsabilidad derivada del artículo 90 de la Constitución Política y del 268 numeral 5 del mismo Estatuto.

Señala que ni la Constitución Política, ni la Ley 42 de 1993, ni la Ley 610 de 2000 establecieron excepciones en cuanto a la competencia de las Contralorías para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal, en los eventos en los que se presente un detrimento patrimonial producto de una gestión fiscal irregular, como sucede en el sub-lite.

Afirma que en el presente caso la Contraloría General de Antioquía, al encontrarse frente a una mala gestión fiscal por parte de los funcionarios de la Dirección

Seccional de Salud de Antioquía, originadora de un detrimento patrimonial para dicho Departamento, acudió al proceso de Responsabilidad Fiscal con la finalidad de establecer quiénes fueron los responsables del perjuicio, para así buscar el resarcimiento, tal y como lo ordena la Constitución Política.

Anota que la Contraloría General de Antioquía no puede abstenerse de ejercer la función pública de control fiscal con el argumento de que existen otras vías judiciales o administrativas para lograr que los responsables resarzan el daño causado, pues esto generaría un prevaricato por omisión, por no cumplirse con una función pública atribuida directamente por la Constitución Política.

2°): Argumenta que en el presente caso el Departamento de Antioquia sufrió un perjuicio o detrimento al tener que cancelar unos dineros por el reintegro de la funcionaria Jiménez Pardo, producto de la anulación del acto que declaró la insubsistencia del nombramiento, emanado principalmente de los demandantes, lo que constituye gestión fiscal, a la luz de lo establecido en la sentencia C529 del 11 de noviembre de 1993 de la Corte Constitucional.

Señala que, por un lado, el tomar la decisión de despedir a un funcionario, acto contemplado dentro de las funciones de los actores, implica una gestión administrativa de disposición, y por el otro, que entre la decisión del despido y el pago del reintegro existe relación de causalidad, ya que de haber actuado los demandantes correctamente, no se hubiera tenido que desembolsar dinero alguno por el reintegro, y por ende, no se hubiera causado detrimento al Departamento, lo que a la luz de la sentencia C-840 del 9 de Agosto de 2001 de la Corte Constitucional, da lugar al proceso de responsabilidad fiscal, al presentarse en este caso una gestión fiscal irregular ocasionada por los demandantes.

Estima que argumentar que los demandantes no realizan gestión fiscal implica un desconocimiento de las normas que regulan la materia, en especial de la Ley 42 de 1993, así como de la sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993 de la Corte Constitucional, que definió el concepto de gestión fiscal al que hace alusión el artículo 267 de la Constitución Política y la Ley 610 de 2000.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A través de los actos acusados se declaró fiscalmente responsable a los actores en la suma de \$22'648.557.00, por cuanto en dicha suma se estimó el detrimento patrimonial sufrido por el Departamento de Antioquia como consecuencia de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de ese Departamento que dispuso la nulidad del Decreto 0065 de 24 de enero de 1992, expedido por el Gobernador de Antioquia, que declaró insubsistente el nombramiento de la señora Gloria María Jiménez Pardo en el cargo de bacterióloga con sede en el Hospital Marco Fidel Suárez; y ordenó, además de su reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de funciones, grado nivel similares, el reconocimiento del salario y las prestaciones sociales desde su desvinculación hasta que se produzca el reintegro.

La Contraloría Departamental de Antioquia consideró que los actores eran responsables fiscalmente por cuanto fueron las personas que más incidieron en el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, el que fue declarado nulo por cuanto se desconoció la estabilidad laboral de la sancionada al no haberse tenido

en cuenta que reunía los requisitos para su inscripción en la carrera administrativa (folios 43 a 54).

La controversia gira en torno de establecer si la Contraloría Departamental de Antioquia podía acudir al juicio de responsabilidad fiscal o si le correspondía al Departamento iniciar la acción pertinente para repetir contra los funcionarios que, a su juicio, fueron causantes del detrimento patrimonial.

En orden a dilucidar lo anterior, es menester consultar el alcance de lo que se conoce como gestión fiscal, toda vez que dicho concepto está involucrado en el de responsabilidad fiscal. Así se infiere del texto de los artículos 74, 79 y 83 de la Ley 42 de 1993, vigente cuando se expidieron los actos acusados, que consagran que el proceso de responsabilidad fiscal comprende dos etapas: la investigación y el juicio fiscal; que este último se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas **cuya gestión fiscal** haya sido objeto de observación; y que la responsabilidad fiscal puede comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la **gestión fiscal**.

Cabe señalar que la Ley 42 de 1993, a diferencia de lo que sucede con la Ley 610 de 2000, no consagra una definición de gestión fiscal; empero nada impide a la Sala acudir al concepto que sobre el tema trae la referida Ley 610 **“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”**.

El artículo 3º de dicha Ley prevé:

“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”.

De la definición transcrita deduce la Sala que el sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal son *los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado.*

Es oportuno traer a colación apartes de la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de algunas normas de la mencionada Ley:

“...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... 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 sólidum 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.).

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).

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... ”.

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."

En el caso sub examine, en parte alguna del expediente se advierte que la responsabilidad fiscal que se le atribuyó a los demandantes hubiera sido consecuencia del manejo irregular o administración irregular por parte de aquellos frente a los recursos o fondos públicos; o del despliegue de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas relacionadas con gestión fiscal que se tradujeran en una inadecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, o indebida o irregular recaudación, manejo e inversión de sus rentas.

El origen de la responsabilidad, como ya se dijo, se hace descansar en la participación de los actores, en su condición de Director del Servicio Seccional de Salud de Antioquia y Jefe de Recursos Humanos, para emitir un acto administrativo, suscrito por el Gobernador del Departamento a través del cual se declaró insubsistente el nombramiento de una funcionaria de la Dirección de Salud.

Según se desprende del texto del Fallo 03 acusado, la conducta culposa consistió en que dichos funcionarios conceptuaron sobre la viabilidad de la declaratoria de insubistencia, sin haberse percatado de que la funcionaria desvinculada había solicitado su inscripción en carrera administrativa, por lo que era perfectamente previsible su inscripción, ya que tenía derecho a ella, luego tal declaratoria era ilegal, como se determinó por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que declaró la nulidad del acto que la dispuso con el consiguiente detrimento patrimonial del Departamento que resultó condenado a pagar lo dejado de percibir por aquélla (folio 51).

De tal manera que la **gestión fiscal**, presupuesto sine qua non para determinar la responsabilidad fiscal, se halla ausente en las actuaciones de los demandantes, razón por

la que no podía la Contraloría General de Antioquia aplicar el procedimiento previsto en la Ley 42 de 1993.

Ahora, estima la Sala que si a juicio del Departamento de Antioquia sus agentes incurrieron en dolo o culpa grave, que determinó el detrimento patrimonial que se busca resarcir, el fundamento de tal pretensión descansa en el artículo 90 de la Constitución Política, conforme al cual “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”.

Frente al tema en estudio resulta ilustrativo el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, expresado dentro del Radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003, Consejero ponente doctor Flavio Rodríguez Arce), en el cual se precisó lo siguiente:

“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 ⁵— 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

⁵ “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.

de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva ⁶ (art. 124); “el Estado 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. 90 ⁷); “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 responsabilidad ⁸: 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

⁶ 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.”

⁷ 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 ibidem 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.”

⁸ 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.”

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 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 República⁹, 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”.

⁹ 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)

De ésta definición legal de gestión fiscal ¹⁰, 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 (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°). ¹¹

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°). ¹²

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

¹⁰ 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 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)”.

¹¹ 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 sólidum 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.”

¹² 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.

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°¹³ de la ley 610, señaló:

“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

¹³ “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 en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.” (El aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible en la sentencia C-840/01)

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 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" ¹⁴.

¹⁴ 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 párrafo 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-.

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 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 (...)" ¹⁵

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.” ¹⁶

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

¹⁵ 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.

¹⁶ Esto es por vía disciplinaria o penal. Gaceta del Congreso No. 75 de 1999, página 9.

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 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 accesoria¹⁷.

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

¹⁷En 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).

voluntaria del bien - no a título de sanción - que realice el servidor público, lo cual produce efectos en la graduación de la sanción. ¹⁸

D) Daño antijurídico ocasionado al Estado por el servidor o exservidor público.- En este caso, la responsabilidad en que incurre el servidor o exservidor 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 ¹⁹ (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.

¹⁸ "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 1º 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.

¹⁹ 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."

La Sala precisa que en el evento del ejercicio de la gestión fiscal, la comprobación de responsabilidad fiscal²⁰ 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)²¹

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 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 gestora²², 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

²⁰ Autónoma e independiente, deducible sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidades (art. 4° inciso 1° ley 610/00).

²¹ Ver Sent. C- 620/96.

²² 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)

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 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”²³

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

²³ 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.

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 (...).²⁴

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, 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

²⁴ Valencia Zea, Arturo. Derecho civil. Tomo III, pág. 202.

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.²⁵

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 -.

²⁵ 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°.

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".

Los razonamientos precedentes, que la Sala prohija en esta oportunidad, ponen de manifiesto que el proceso de responsabilidad fiscal no era la vía adecuada para obtener el resarcimiento del detrimento patrimonial que en opinión del Departamento se produjo por causa de sus agentes, pues en este caso la determinación de la responsabilidad, previa demostración del dolo o culpa grave por parte de éstos, le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de agosto de 2004.

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE
Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Ausente por licencia

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO