

Responsabilidad fiscal



Manuel Alberto Restrepo Medina*

INTRODUCCIÓN

Dentro de las notas características de las democracias contemporáneas, aparte de la reducción de la órbita de acción del Estado y su concentración en la prestación de los servicios considerados como esenciales para la convivencia y el bienestar de los asociados, relativa a la cual se encuentra el incremento de la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos, aparece la importancia atribuida a los mecanismos de control para fiscalizar el adecuado ejercicio de la autoridad por parte de quienes tienen a su cargo la formulación de las políticas públicas y su correspondiente ejecución con miras a garantizar un orden social justo.

Una de las modalidades de esa función de vigilancia la constituye el control fiscal, cuyas características constitucionales le dan una particular y muy importante connotación como artífice y garante de una gestión dirigida al cumplimiento de los fines del Estado y a garantizar su eficacia, eficiencia, economía y equidad.

Lograr que las administraciones, en los distintos niveles, orienten la destinación del gasto a satisfacer las necesidades aún desatendidas



* Profesor de derecho administrativo y asesor de la Cámara de Representantes de Colombia.

de la población más vulnerable y que la ejecución de los recursos públicos se haga preservando los principios de transparencia, celeridad, moralidad, etc., es un resultado que, en buena medida, depende de la calidad y oportunidad de la evaluación de la gestión fiscal que adelanten las contralorías, no sólo en cuanto a los resultados de sus labores de auditoría integral, sino también a la derivación de las consecuencias administrativas o patrimoniales predicables de los gestores fiscales que hayan sido inferiores al compromiso que asumieron al ser elegidos o nombrados para el desempeño de cargos de responsabilidad dentro de la administración pública.

Sobre las consecuencias de carácter patrimonial resultantes de una gestión fiscal lesiva de la integridad del patrimonio público, el numeral 5º del artículo 268 de la Constitución, dispone como atribución del contralor general de la república, extensiva a los contralores del nivel territorial, según las voces del inciso 6 del artículo 272, "establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal".

De acuerdo con el Consejo de Estado¹, el constituyente de 1991

sentó las bases para la conformación autónoma y como disciplina jurídico-técnica, del derecho fiscal, al cual contribuyó, entre otros aportes, con la organización de un proceso de responsabilidad fiscal que involucra a los servidores públicos y a los contratistas y particulares habilitados jurídicamente para el manejo de recursos públicos, que hubieren causado un perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

A partir de la consagración constitucional de dicha atribución y con el fin de tener una comprensión integral de esta institución jurídica, se torna relevante conocer los aspectos sustantivos y procesales que llevan a la declaración de una responsabilidad fiscal y efectuar un balance del ejercicio de esa función durante los diez años de vigencia de la Carta política de 1991.

1. LA FISCAL: ESPECIE DEL GÉNERO DE LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad es una institución que en sentido genérico corresponde a la circunstancia predicable de todo sujeto de derecho de reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente y cuyos elemen-



¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de octubre 3 de 1995, ponente: Javier Henao Hidrón, radicación 732.

tos tradicionales son el daño causado, la actuación imputable al sujeto del daño y la relación de causalidad entre uno y otro².

En los casos que involucran el ejercicio de la función pública, de acuerdo con el artículo 6° constitucional, la responsabilidad de los servidores públicos se genera por infracción de la Constitución o las leyes o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. A su turno, la determinación de la responsabilidad y la manera de hacerla efectiva, conforme al artículo 124 de la Carta Política, corresponden a la ley.

Siguiendo al Consejo de Estado³, la responsabilidad de los servidores públicos puede revestir diversas modalidades según la naturaleza del acto que la origine: política, penal, administrativa o disciplinaria, civil y fiscal. Así, la política se deriva de conductas que atenten contra el interés general previsto en la Constitución y las leyes; la penal, del acto irregular del servidor público que se encuentre tipificado como conducta punible; la administrativa o disciplinaria, de la inobservancia de los deberes y funciones propios de la calidad de servidor pú-

blico; la civil, del acto irregular del agente que causa daños a terceros y cuyas sanciones establece el derecho privado; y la fiscal, del daño económico o patrimonial a la administración por una indebida gestión administrativa.

2. INTERRELACIÓN ENTRE CONTROL, GESTIÓN Y RESPONSABILIDAD FISCALES

La Constitución política de 1991 estableció que el control fiscal es una función pública ejercida por la Contraloría General de la República y por las contralorías territoriales, las cuales vigilan la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación o de las entidades territoriales.

Dicho control se ejerce en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios establecidos por la Ley 42 de 1993, sobre la base de un ejercicio independiente de la función fiscalizadora, garantizado por su carácter técnico y la autonomía administrativa y presupuestal de los organismos que la ejercen.

² Así lo indica el Consejo de Estado en concepto de su Sala de Consulta y Servicio Civil de julio 29 de 1996, con ponencia de Roberto Suárez Franco, radicación 846.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de julio 29 de 1996, ponente: Roberto Suárez Franco, radicación 846.

Para efectos de su aplicación, la Carta le asigna una serie de atribuciones a los contralores, dentro de las cuales se encuentra la de deducir 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.

De acuerdo con el marco normativo enunciado, se tiene que el control fiscal busca proteger la integridad del patrimonio público y garantizar la correcta y legal utilización de los recursos públicos, recayendo la responsabilidad sobre la gestión fiscal de la administración o de los particulares que manejen fondos o bienes públicos.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 610 de 2000, la jurisprudencia nacional había señalado que la gestión fiscal de la administración se inicia con los actos de adquisición o integración de un patrimonio del Estado que se destina a satisfacer las necesidades del servicio público; prosigue con los actos propios a su conservación, mejoramiento y explotación; y concluye con la afectación,

disposición o inversión de los bienes muebles o inmuebles que de él hacen parte, para el mismo fin que le dio origen, y lo justifica⁴.

No obstante, en opinión de Amaya Olaya⁵, ésta es una aproximación restringida, que se explica por ser anterior al nuevo orden constitucional del país, pero que, con la adopción del modelo del Estado social de derecho, la gestión pública actual se orienta a la obtención de resultados con base en la integración a ella de la participación ciudadana y la capacidad institucional de los organismos y entidades gubernamentales, conduciendo a que la gestión fiscal sea un proceso que articula estratégicamente las acciones de una entidad a su misión y objetivos, de acuerdo con las prioridades fijadas en el Plan Nacional de Desarrollo, con el propósito de garantizar la mayor coincidencia entre las decisiones derivadas de la planeación y las acciones reflejadas en el presupuesto, para la satisfacción de las necesidades de la población.

Este enfoque desde el Estado social de derecho es recogido en la Ley 610 de 2000⁶, cuyo artículo 3^o

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de febrero 24 de 1977, ponente: Eustorgio Sarria, *Gaceta Judicial* 2396, p. 104.

⁵ Uriel Amaya Olaya, *Fundamentos constitucionales del control fiscal*, Bogotá, Umbral Ediciones, 1996, pp. 115-116.

⁶ Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

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 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.

En síntesis, corresponden a la gestión fiscal los actos y operaciones que la administración pública realiza para adquirir e integrar el patrimonio del Estado, para garantizar la conservación y explotación de los bienes que lo integran y para afectarlos, invertirlos o disponer de ellos con fines propios del servicio público.

En todo caso, la gestión y el control fiscales demarcan dos campos de acción claramente diferenciados y diferenciables: el

de los distintos órganos del Estado que deciden la conveniencia y oportunidad de todos los actos inherentes al ejercicio del poder, y el de su control, en el aspecto fiscal anotado, que la Constitución asigna privativamente a las contralorías en el ámbito de sus jurisdicciones.

Sobre la interacción de la gestión y el control fiscales, la Corte Constitucional⁷ ha señalado que:

La legitimidad de la gestión fiscal de la administración se sustenta (...) en el principio de legalidad —trasunto de la soberanía popular—, al cual se adiciona en el momento presente, la eficacia, eficiencia y economía. El interés general que en todo momento debe perseguir la administración hasta el punto de que su objeto y justificación estriban en su satisfacción sólo se logra realizar si la administración administra los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficacia, eficiencia y economía. Igualmente el artículo 267 constitucional posibilita la reorientación del control fiscal, que además de la protección del patrimonio público, procura la exactitud de las operaciones y de su legalidad y se deberá ocupar del control de resultados que comprende las funciones destinadas a asegurar que

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-167/95 de abril 20 de 1995, ponente: Fabio Morón Díaz.

los recursos económicos se utilizan de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2° de la C.N.

De acuerdo con los conceptos de responsabilidad, control y gestión fiscales, la responsabilidad fiscal, conforme lo señala el Consejo de Estado⁸, viene a consistir en la obligación de reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que se hayan producido como consecuencia de la acción u omisión, en forma dolosa o culposa, de las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que asuman una conducta que no está acorde con la ley, o de cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas por aquella.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

La responsabilidad fiscal tiene una naturaleza jurídica autónoma e independiente, aunque desde el punto de vista técnico comparte los mismos elementos de la

responsabilidad civil. Al efecto, el Consejo de Estado⁹ sostuvo que:

(...) la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencian de los demás tipos de responsabilidad, incluyendo la civil, de donde se desprendió para adquirir su propia personalidad (...) En nuestro país la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumplen el tipo de gestión pública a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su específico fundamento... Por tanto, la responsabilidad fiscal no debe ser tratada como una especie de responsabilidad civil, sino más bien como uno de los distintos tipos que emanan del género responsabilidad, cuya fuente directa es, como se dejó expresado, el artículo 6° de la Constitución.

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 732, *op. cit.*

⁹ *Ibidem.*

Así mismo, la Corte Constitucional¹⁰ también reconoce la autonomía de la responsabilidad fiscal y la caracteriza calificándola como esencialmente administrativa, patrimonial y meramente resarcitoria.

En efecto, la alta corporación sostiene en uno de sus apartes que la responsabilidad que se declara a través de este proceso es esencialmente administrativa porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

Más adelante asevera que dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Es más, el resarcimiento a través de la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal, es la única fina-

lidad que se busca con la declaración de responsabilidad.

Con ocasión de la anterior aseveración, llega la Corte a reconocer que ésta es una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por los mismos hechos, siendo dable una acumulación de los tres tipos de responsabilidad, con la salvedad de que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente obtener un nuevo reconocimiento a través del proceso de responsabilidad fiscal.

4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

Los elementos de la responsabilidad fiscal son los mismos de la civil. Es decir, se requiere de la existencia de un daño sobre el patrimonio público, producido por una conducta, activa u omisiva, dolosa o culposa, por parte de un servidor público o de un particular, según el caso, y que entre uno y otra exista una relación de causalidad.

Hay que agregar que el nuevo espectro del control, y la amplitud de los elementos contenidos en la



¹⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-620/96 de noviembre 13 de 1996, ponente: Antonio Barrera Carbonell.

gestión, permiten a su vez una ampliación de la responsabilidad fiscal, pues ahora no sólo se concibe el detrimento que un servidor público le pueda causar al patrimonio público sobre la base simple de actos u omisiones dañinas, sino de igual forma la afectación producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa o, en términos generales, que no se aplique al cumplimiento de los cometidos estatales, particularizados por el objeto funcional y organizacional de la respectiva entidad o programa.

4.1 Daño patrimonial

De acuerdo con el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, se entiende por daño patrimonial al Estado, la lesión al erario público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y

organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

4.1.1 Alcance de la responsabilidad fiscal

Este acápite busca responder a la pregunta de cuál es el valor que las contralorías pueden determinar como resarcitorio del daño patrimonial al Estado una vez verificada su ocurrencia, teniendo en cuenta que en el fallo que determina la responsabilidad fiscal, no se hace nada diferente de establecer la obligación de pagar una suma líquida de dinero en favor de la nación.

Al respecto, el Consejo de Estado¹¹ señala que:

— La responsabilidad civil o patrimonial de los funcionarios públicos aparece deslindada del procedimiento penal con la creación de las contralorías, las cuales, además de las funciones de control fiscal, tenían otras de carácter judicial relacionadas con el mal manejo de los bienes del Estado, su apropiación indebida o la inobservancia de las normas legales, técnicas o contables, estableciéndose los procedimientos para ello, como los denominados



¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de marzo 7 de 1991, ponente: Miguel González Rodríguez, expediente 820.

juicios fiscales de cuentas, en virtud de los cuales se define y determina la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo, cuyas cuentas hayan sido objeto de observaciones de fondo, o la de los ordenadores del gasto público en los casos de egresos o gastos ilegales de los fondos o bienes estatales.

— En razón de esa atribución, las contralorías, mediante acto administrativo susceptible de los recursos gubernativos de ley y sometidos al control de constitucionalidad y de legalidad que ejerce el juez contencioso-administrativo, determinan la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo y de los ordenadores del gasto, teniendo en cuenta para ello el valor de los bienes, dineros y especies que no se han administrado de acuerdo con la ley, pero sin que puedan determinar “los perjuicios” —entendidos por tales la ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionen por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo— que pueda sufrir la entidad estatal.

— A las contralorías les corresponde determinar la responsabi-

lidad civil o patrimonial de carácter fiscal, sin tener en cuenta los eventuales “perjuicios”; a los jueces administrativos la responsabilidad civil o patrimonial por los perjuicios que sufran las entidades estatales, los contratistas o los terceros interesados en un proceso de contratación.

A su turno, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹² considera que la jurisprudencia de la Sección Primera, en lo relacionado con la determinación de los eventuales perjuicios, conserva validez, porque se fundamenta en los mismos supuestos que sobre la responsabilidad fiscal estableció el constituyente de 1991.

Así, la posición del Consejo de Estado es que el fallo con responsabilidad fiscal debe ceñirse al monto del daño propiamente tal, entendido como el daño emergente, considerado como el equivalente al valor de reposición de los fondos o bienes objeto del alcance determinado en el fallo, sin que pueda entrar a determinar lo relativo a los perjuicios, consistentes en el lucro cesante generado por la pérdida o daño y el demérito de los bienes o los gastos ocasionados por la acción u omisión del responsable fiscal, cuyo esta-

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 732, *op. cit.*; y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de diciembre 19 de 1996, ponente: César Hoyos Salazar, radicación 941.

blecimiento será competencia entonces de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

No obstante, como quiera que la Corte Constitucional¹³ había indicado que para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, y por tanto valorarse, entre otros factores, que aquel sea cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud, la Ley 610 de 2000 determinó que la estimación del daño involucra la actualización de su monto al valor presente al momento del fallo, según los índices de precios al consumidor certificados por el Dane para los períodos correspondientes.

4.2 Conducta antijurídica imputable a título de dolo o culpa grave o leve

La conducta antijurídica o acción imputable al sujeto del daño, se refiere a la potestad funcional, reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular según el caso, en ejercicio de la cual o con ocasión de ella, se causa un daño patrimonial, respecto de los bienes o fondos deferidos para su administración o custodia¹⁴.

Ello implica que no basta con que la ejecución del gasto se lleve a cabo con arreglo al ordenamiento presupuestal y contractual vigente, sino que es necesario que el mismo se adecue a los objetivos formulados en el plan de desarrollo y en los planes de acción que lo concretan en cada una de las entidades ejecutoras.

Si el gasto, así resulte ajustado a la legalidad en el examen que de él se realice, no cumple con los fines a los cuales debe estar destinado, como la prevalencia de la inversión social, puede llegar a derivar en una declaración de responsabilidad fiscal si concurre junto con la afectación inadecuada del tesoro público, por una ineficaz, ineficiente o inequitativa gestión fiscal, la imputación de un actuar doloso o cuando menos levemente culposo de los respectivos administradores de la cosa pública.

Esta aproximación implica, por consiguiente, que la valoración de los hechos y sus consecuencias jurídicas desde la perspectiva fiscal involucra no solamente a quienes figuren como autores materiales de las decisiones cuestionadas, sino, también, a quie-



¹³ Corte Constitucional, sentencia SU-620/96 de noviembre 13 de 1996, *op. cit.*

¹⁴ Uriel Amaya Olaya, *op. cit.*, pp. 233-234.

nes hayan obrado como determinadores de las mismas.

Es incontrovertible que esta especie de responsabilidad es de carácter subjetivo y por ende, para deducirla, es menester determinar si el implicado obró con dolo o con culpa. Ahora bien, el grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse esa responsabilidad fiscal es establecido por la Ley 610 de 2000 como el de la culpa leve, acogiendo los argumentos que en su momento expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al respecto.

Dicha Sala¹⁵ señaló que el grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse responsabilidad fiscal es el de la culpa leve, que define el artículo 63 del Código Civil como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, lo que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

Tal postulado es sostenido por la Sala con base en las siguientes consideraciones:

— Los servidores públicos que ejercen funciones de gestión fiscal, así como los contratistas y

particulares que manejen recursos y bienes del Estado, actúan como gestores de la administración y en tal virtud responden hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, conforme a la previsión del artículo 2.155 del Código Civil, que establece en ese grado la extensión de la responsabilidad del mandatario.

— El fallo que fija la responsabilidad fiscal implica que el servidor público se constituye en deudor del Estado en la cuantía del daño, y en tal caso es responsable de la culpa leve porque la relación funcional que lo une con la administración genera un beneficio recíproco para las partes.

— La culpa o descuido sin otra calificación, como ocurre en relación con la responsabilidad fiscal, en la que la ley guarda silencio sobre su gradación, significa que se aplica el principio general de culpabilidad cual es el de que se ha incurrido en culpa o descuido leve. Naturalmente que este criterio ya no aplica, justamente porque el legislador expresamente determinó el grado de culpabilidad a partir del cual se predica la responsabilidad personal del inculpado.



¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de julio 29 de 1996, *op. cit.*

En este tipo de responsabilidad, añade el Consejo de Estado, el grado de culpabilidad difiere del consagrado en el artículo 90 de la Constitución para la procedencia de la acción de repetición en contra del agente estatal por cuyo actuar con dolo o culpa grave ha sido condenado el Estado al resarcimiento de un daño antijurídico, porque el ejercicio de la gestión fiscal implica obligaciones específicas referidas a la administración de bienes ajenos como son los del Estado, que resulta afectado con la actuación irregular del funcionario.

4.2.1 Sujetos de responsabilidad fiscal

Ahora bien, al hacer referencia a la conducta del gestor fiscal como elemento determinante de su responsabilidad, debe estudiarse también quién puede ser considerado como tal y, por lo tanto, sujeto de un proceso de responsabilidad fiscal en el evento de establecer de un detrimento al patrimonio público derivado de la gestión fiscal.

Así, el artículo 83 de la Ley 42 de 1993 señalaba de manera expresa que la responsabilidad fiscal podría comprender a los directi-

vos de las entidades y demás personas que produjeran decisiones que determinaran la gestión fiscal, así como a quienes desempeñaran funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso, hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se estableciera en el juicio fiscal.

El Consejo de Estado¹⁶, en concordancia con esta disposición legal, había señalado que el proceso de responsabilidad fiscal involucra no sólo a servidores públicos sino también puede comprender a los contratistas y particulares vinculados al proceso, que hubieren causado perjuicio al patrimonio de la nación.

No obstante esta claridad aparente sobre los sujetos de una eventual declaración de responsabilidad fiscal, algún sector de la doctrina¹⁷ ha planteado que los únicos servidores públicos a los cuales puede derivarse responsabilidad fiscal son aquellos a que se refieren los artículos 112 y 113 del Decreto 111 de 1995, que compiló el Estatuto Orgánico de Presupuesto, a saber:

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 732. *op. cit.*; y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 846, *op. cit.*

¹⁷ Hernán Alonso Mazo Giraldo, *Apuntes para una teoría del control fiscal en Colombia*, Medellín, Contraloría General de Antioquia, 1996, pp. 57-59.

- a) Los ordenadores de gasto y cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la ley, o que expidan giros para pagos de las mismas.
- b) Los funcionarios de los órganos que contabilicen obligaciones contraídas contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las mismas.
- c) El ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de obligaciones contraídas contra expresa prohibición legal.
- d) Los pagadores y el auditor fiscal que efectúen y autoricen pagos, cuando con ellos se violen los preceptos consagrados en el presente estatuto y en las demás normas que regulan la materia.
- e) Los ordenadores y pagadores en forma solidaria respecto de los pagos que se efectúen sin el lleno de los requisitos legales.

En los demás casos en que un funcionario ocasione daño patrimonial al Estado, las contralorías únicamente podrían promover las acciones disciplinarias o penales correspondientes ante las autoridades competentes, con base en la facultad constitucional consagrada en el artículo 268, numeral 8°.

Quienes hacen este planteamiento parecen olvidar la distinción que tanto la Ley 42 de 1993 como la Ley 610 de 2000 hacen de la responsabilidad fiscal frente a la disciplinaria y la penal, distinción que reconoce y delimita claramente el Consejo de Estado en los conceptos varias veces citados, en los cuales la Sala de Consulta y Servicio Civil precisa que la responsabilidad fiscal es una especie propia del género de la responsabilidad, cuya fuente directa es el artículo 6° de la Constitución, que tiene características que la diferencian de los demás tipos de responsabilidad, incluyendo la civil, de donde se desprendió para adquirir su propia personalidad.

Así las cosas, a la par que un mismo hecho o comportamiento irregular del funcionario oficial puede ser generador de más de una de las especies de responsabilidad, sin que con ello se viole el principio *non bis in idem*, porque con cada una de tales especies se protege un bien jurídico diferente, por esta razón no puede afirmarse válidamente que cuando un servidor público que no sea de aquéllos que se mencionan en los artículos 112 y 113 del estatuto presupuestal ocasiona un daño patrimonial al Estado, sea impropio adelantar el proceso de responsabilidad fiscal sino dar traslado a las autoridades disciplinarias o penales competentes,

pues se está confundiendo la causa con el efecto.

Lo determinante para vincular a un servidor público o a un particular a un proceso de responsabilidad fiscal es que el hecho investigado corresponda a una actividad o función calificable como parte de la gestión fiscal. No debe olvidarse que el artículo 268, numeral 5º. de la Constitución, enuncia como una de las facultades de los contralores, establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal; luego, como se ha señalado en el acápite 2 de este escrito, la responsabilidad fiscal encuentra su fundamento en la gestión fiscal, de manera que los servidores públicos o los particulares que ejerzan o cumplan funciones atinentes a la gestión fiscal, serán quienes resulten susceptibles de ser sujetos de la acción fiscal, con prescindencia de que la ley establezca eventos especiales de responsabilidad fiscal como los que atañen al cumplimiento de las normas presupuestales, pero que en modo alguno restringen otras eventualidades de tal clase de responsabilidad.

Ahora bien, si cuando cierta actividad de un servidor público oca-

siona un daño al Estado, generado en una esfera distinta de aquella en que actúa normalmente el funcionario como consecuencia de la relación de función o de empleo públicos, la responsabilidad de aquél será propiamente civil, pues en tal caso el Estado aparece en posición de tercero y en consecuencia la reparación del daño causado deberá intentarse por parte de la propia entidad perjudicada a través de las vías y ante los funcionarios encargados de decidir sobre los juicios de responsabilidad extracontractual y no habrá lugar a tramitar en este caso un proceso de responsabilidad fiscal¹⁸.

De otra parte, la derivación a los contratistas y particulares de responsabilidad fiscal como sujetos de la misma, a través de su vinculación como sujetos procesales de la acción fiscal, deviene del manejo de fondos o bienes públicos, de manera que para que respecto de ellos sea jurídicamente viable una declaración de tal responsabilidad, se requiere la existencia previa de un vínculo jurídico con el Estado de cuya ejecución emerja la causación de un daño a su patrimonio.

En el caso de los contratistas, el Consejo de Estado¹⁹ señala que, si



¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 732, *op. cit.*

¹⁹ *Ibidem.*

con transgresión de las normas o estipulaciones contractuales —o de los principios de transparencia, economía o responsabilidad, agregamos nosotros—, se generan sobrecostos en los contratos celebrados entre el Estado y un particular, por conductas imputables a servidores de la entidad estatal, habrá lugar a deducir la correspondiente responsabilidad fiscal, pero, si la conducta imputable se predica de particulares que intervienen en el proceso de contratación, la deducción de responsabilidad fiscal será procedente respecto de éstos.

En cuanto a los particulares, no siempre que éstos ocasionen un daño al erario del Estado pueden ser sujetos de responsabilidad fiscal, ya que para serlo requieren estar manejando recursos públicos en virtud de un vínculo legal, contractual o administrativo anterior a la causación del detrimento, que los haya habilitado para tener la disposición jurídica o material de fondos, bienes o valores públicos.

De acuerdo con lo anterior, en el evento en que sin mediar algún tipo de vínculo entre el particular y el Estado, aquél ocasione con su conducta dolosa o culposa, por

acción o por omisión, un perjuicio a éste, se estará frente a una responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, por cuanto el daño no se deriva de la gestión fiscal y en tal virtud se hacen extensivas las mismas consideraciones realizadas en relación con la responsabilidad civil de los agentes públicos.

4.3 Relación de causalidad

La relación de causalidad implica que entre la conducta y el daño debe existir una relación determinante y condicionante de causa-efecto. El nexo causal se rompe cuando aparecen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, entre otras posibles²⁰.

No obstante, existe otra posición que difiere de la necesidad de la relación de causalidad como tercer elemento estructurante de la responsabilidad fiscal. En efecto, Amaya Olaya²¹ sostiene que no necesariamente la tesis del nexo causal debe ser el criterio determinante para relacionar una conducta con el daño patrimonial producido al Estado a fin de estructurar la responsabilidad fiscal, dada la exigente afinidad de la gestión pública con los principios vertebrales del Estado social

²⁰ Uriel Amaya Olaya, *op. cit.*, p. 234.

²¹ *Ibidem*, p. 235.

de derecho, los principios rectores de la función pública y la administrativa, y el esquema de responsabilidad frente a la administración de los fondos y bienes públicos.

En sustitución del nexo causal como criterio rector para la imputación, propone la adopción de la teoría objetiva, en la cual aquel criterio se desplaza a la puesta en peligro del bien jurídico, de manera que la responsabilidad se establece en función de la creación de un riesgo jurídicamente desvalorado por parte de la acción humana y que éste se haya realizado en el resultado.

En todo caso, el artículo 5° de la Ley 610 de 2000 incorpora como tercer elemento de la responsabilidad fiscal el nexo causal entre el daño patrimonial al Estado y la conducta dolosa o culposa atribuible a la persona que realiza la gestión fiscal.

5. EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

El artículo 29 de la Constitución reconoce el derecho fundamental al debido proceso, el cual ha de aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El debido proceso es el con-

junto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para garantizar la regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional o administrativa, cuando sea necesario definir situaciones controvertidas o declarar o aplicar el derecho en un caso concreto, o investigar y juzgar los hechos punibles.

La Corte Constitucional²² señaló que en el trámite del proceso en que se deduce la responsabilidad fiscal, se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas.



²²Corte Constitucional, sentencia SU-620/96 de noviembre 13 de 1996, *op. cit.*

En tal virtud, continúa la Corte, 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 proponer la nulidad de las actuaciones con violación del debido proceso y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Teniendo en cuenta que la Ley 42 de 1993 acusaba una serie de inconsistencias y vacíos que atentaban contra estas garantías constitucionales, frente a las cuales tanto los organismos de control fiscal, en cuanto operadores directos, como los tribunales encargados de conocer de las demandas contra los actos con que tales procesos concluyen, se había expresado la necesidad de una revisión legal, y dado que las reglas que conforman las "formas propias de cada juicio", deben ser establecidas única y exclusivamente por el legislador, la única forma de solucionar esas incon-

sistencias era mediante la modificación de dicha normatividad, de manera que el nuevo estatuto legal precisara aquellos aspectos que no fueron contemplados por aquella y cuya regulación no resulta clara frente a la remisión a las disposiciones de los Códigos Contencioso Administrativo y de Procedimiento Penal, en atención a la naturaleza propia de la responsabilidad fiscal.

Éste es el origen de la expedición de la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, cuyo articulado parte de unas definiciones sustantivas en torno a la responsabilidad fiscal, para luego adentrarse en las reglas de procedimiento que le permitan a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, distritales y municipales, llegar a su determinación.

En particular, son de resaltar los siguientes aspectos:

— Consagración en forma expresa del sometimiento del proceso de responsabilidad fiscal a los principios que regulan el debido proceso y a los que presiden la actuación de la administración, de manera que, de una parte, se brinden a los presuntos responsables vinculados a los procesos todas las garantías para el ejercicio

de su derecho a la defensa y, de otra, las contralorías obren con celeridad, eficiencia, eficacia, economía e imparcialidad en el trámite de estos asuntos, que son los mismos atributos que dichos organismos evalúan respecto de la gestión de las entidades vigiladas.

Mal podrían juzgar las contralorías la gestión de los organismos públicos sometidos a su vigilancia con dictámenes de ineficiencia e ineficacia si ellas mismas no son capaces de actuar con eficiencia y eficacia en el trámite de las actuaciones que les competen.

— Correlación entre el objeto del proceso de responsabilidad fiscal y la atribución constitucional de la cual emana su fundamento, establecida en el numeral 5 del artículo 268 de la Carta, en cuya virtud corresponde a los contralores establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, de manera que el establecimiento de aquella por parte de las contralorías está referida a una indebida o inadecuada gestión fiscal de la cual se derive un daño patrimonial que afecte la hacienda pública.

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, sino que éste prosigue, según el caso, en cabeza de quienes representen la masa hereditaria o de los herederos hasta la concurrencia con su participación en la sucesión y, de otra parte, que la decisión con que concluya el proceso es susceptible de impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y que la primera fuente normativa a aplicar en lo no re-

gulado es, por consiguiente, el Código Contencioso Administrativo.

— En materia del procedimiento, se incluyen reglas precisas sobre el objeto de la indagación preliminar, las vicisitudes procesales en relación con las decisiones interlocutorias y de trámite, el establecimiento de términos en el transcurso de todas las fases del proceso, las medidas cautelares, las facultades de policía judicial, la determinación del monto de la responsabilidad y las consecuencias de su declaración.

— Por último, son de resaltar las garantías a los implicados, en correspondencia con el tratamiento jurisprudencial sobre la materia, de la siguiente manera: información sobre la iniciación del proceso en su contra, oportunidad del ejercicio de su derecho a la defensa mediante la concurrencia a la diligencia de versión libre y espontánea, designación de apoderado de oficio en caso de no comparecencia, recursos de reposición y apelación del auto que rechaza la solicitud de pruebas, procedencia y notificación de la providencia de imputación concreta del detrimento patrimonial, notificación y recurso del fallo declarativo de responsabilidad, decreto y práctica de pruebas para resolver los recursos de agotamiento de la vía gubernati-

va, y controversia de la decisión final ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

6. CONCLUSIONES

Antes de la expedición de la Ley 610 de 2000, el actual contralor general de la república manifestaba en la exposición de motivos al proyecto de ley reformativo de la Ley 42 de 1993, que el panorama de entonces se caracterizaba por el gran atraso y lentitud en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que redundaba en ineficiencia del aparato de control fiscal, priva al Estado de la utilización óptima de sus recursos, al no ser éstos vigilados eficientemente, y fomenta de paso la corrupción, el desgüeño administrativo y la impunidad.

Con la nueva legislación sobre la responsabilidad fiscal, tanto las contralorías como los gestores fiscales cuentan con una reglas de juego claras sobre la materia, al determinarse con precisión las facultades y los deberes de aquellas, así como las obligaciones y las garantías de éstos. Se facilita así, el ejercicio de esta atribución constitucional de los organismos de control fiscal, y se contribuye al propósito de su función, cual es la preservación de la integridad del patrimonio público.

Sin embargo, el tiempo transcurrido desde la vigencia de esta

normatividad es muy corto para efectuar un balance acerca de sus bondades o deficiencias. No obstante, existen dos aspectos que sí ameritan una reflexión: el primero se refiere al modelo constitucional para el establecimiento de la responsabilidad fiscal, y el segundo atañe a la eficacia del sistema de control adoptado en la Carta de 1991.

En cuanto al modelo constitucional sobre responsabilidad fiscal, en cuya virtud su declaración corresponde al mismo organismo que previamente ha dictaminado sobre el cumplimiento de los principios que informan la gestión fiscal, podría pensarse que existe un prejuzgamiento en cuanto a la declaración de la responsabilidad patrimonial derivada de una gestión fiscal que anteriormente y por el mismo sujeto ha sido calificada como causante del daño patrimonial que con esa declaración se intenta resarcir.

De otro lado, en aras de la eficacia de la deducción de responsabilidad fiscal que corresponde establecer a las contralorías, la misma no se consigue bajo el esquema actual de tramitación de un proceso administrativo rodeado de todas las garantías constitucionales, lo cual no es motivo de controversia ni censura, pero que luego es seguido por un proceso jurisdiccional ante lo contencioso administrativo,

cuya duración hace nugatorios los efectos de los fallos fiscales, porque permite la distracción de los bienes del deudor.

Estos dos aspectos dan lugar a proponer que se mejore y haga más eficiente el esquema constitucional de deducción de responsabilidad por la inadecuada gestión fiscal, atribuyendo su determinación a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previa acusación, querrela o demanda presentada por la contraloría competente, con base en los resultados obtenidos en sus prácticas de auditoría y sometida a su turno al control ciudadano mediante el ejercicio de acciones populares y de cumplimiento.

En relación con la eficacia del sistema de control adoptado en la Carta política de 1991, la reflexión surge de la importancia cobrada por la atribución constitucional del establecimiento de responsabilidades fiscales, habida cuenta del incremento en los daños patrimoniales ocasionados al erario, pareciendo que el control fiscal, de carácter posterior y selectivo, no ha sido la mejor opción para preservar la integridad del patrimonio público y su destinación al cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

El planteamiento que de esa situación se deriva es si resulta preferi-

ble el retorno al esquema constitucional de control fiscal anterior a 1991 o si el problema radica en un mal entendimiento de la noción de posterioridad, que se traduce en la falta de oportunidad del ejercicio del control²³, con lo cual el problema no es normativo y por tanto su solución no está en la formulación de recetas legales, sino en una cabal y adecuada interpretación y aplicación de las reglas jurídicas existentes.

De otra parte, también está de por medio la naturaleza misma de la función controladora, en tanto su labor de carácter preventivo no puede llevar a la sustitución de la administración o a la concurrencia con ella en la toma de decisiones que competen a los sujetos vigilados.

La obtención de ese propósito preventivo en la tarea de los organismos de control fiscal, radica en que una labor fiscalizadora exitosa en la evaluación de la gestión fiscal del período examinado, implique la detección de las irregularidades en que hayan incurrido los sujetos vigilados, de manera que, además de sancionarlos frente al incumplimiento de sus obligaciones fiscales y responsabilizarlos patrimonialmente por los perjuicios económicos causados al erario, esta acción de las contralorías signifique un claro mensaje ejemplarizante para evitar la reiteración de esas conductas, en la medida en que para los gestores fiscales será claro que de hacerlo, existirá una alta probabilidad de ser sancionados o responsabilizados patrimonialmente.



²³ Sin que la actuación en el tiempo debido implique el desbordamiento de la restricción también constitucional para las contralorías, de cumplir funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.