

La responsabilidad fiscal en tanto universo posible de los eventos que entrañen aporte estatal

JOSÉ ANTONIO MOLINA TORRES

PREÁMBULO

La tozudez de los hechos impone la necesidad de abordar por escrito el tema de la responsabilidad fiscal, a lo cual concurro con singular satisfacción y conocimiento de causa sobre la problemática que ello envuelve. El examen crítico de este tema –como el de muchos otros– conviene asumirlo a partir de “categorías”, esto es, a partir de los conceptos más generales y comprensivos sobre la materia, que para el efecto militan en la Constitución Política de 1991 como líneas cardinales y definitivas de la actividad legislativa, reglamentaria, interpretativa y de aplicación. En el umbral, filosóficamente pretendo ubicarme dentro de la concepción, según la cual, el ejemplo ilustra pero limita el concepto; con una contrapartida indefectible, cual es la de que resulta igualmente necesario leer a la luz de un problema¹.

No obstante la destacada labor de muchos operadores jurídicos, de los doctrinantes y de la jurisprudencia misma, es un hecho notorio que en Colombia el estudio y construcción de un universo legal, jurisprudencial y doctrinario que de noticia satisfactoria

sobre la fenomenología de la responsabilidad fiscal, se encuentra a mitad de camino, o si se quiere, en plena adolescencia. Es cierto que no existen temas acabados, y que seguramente jamás existirán, pues al fin y a la postre el conocimiento sobre las cosas lo adquirimos de manera fragmentada y bajo el espectro de la relatividad, como en una suerte de verdades progresivas que a tiempo que enriquecen al sujeto cognoscente le ponen de manifiesto los nuevos enigmas, y con harta frecuencia, su propio pozo de ignorancia, que en mayor o menor medida todos y cada uno lo tenemos en nuestro haber. Por ello mismo, se impone la urgente necesidad de acometer colectivamente una tarea de reconocimiento y crítica sobre los fundamentos constitucionales, sobre los desarrollos legislativos, sobre los lineamientos jurisprudenciales y sobre los aportes de la doctrina, en torno a la responsabilidad fiscal. La verdad, la justicia y la reparación así lo reclaman.

Como bien dice la sabiduría China: “No hay que saber todas las respuestas, hay que entender todas las preguntas”. De ello surgen varias exigencias: en primer lugar, que siempre y ahora resulta importante construir adecuadamente el problema a resolver, que es in-

dispensable saber preguntar, pues una buena pregunta envuelve pistas de respuesta, una buena pregunta es media respuesta. Quien pregunta, tiene el deber intelectual de hacerlo con claridad y lealtad, recordando a la vez que nuestra ignorancia depende en buena medida de que no queremos o no sabemos formular nuevas preguntas sobre las cosas. En segundo lugar, frente a un problema bien planteado le corresponde al sujeto realizar un trabajo de entendimiento que ponga de relieve los aspectos fundamentales y accesorios del mismo, articulando adecuadamente lo permanente y lo accidental, y por ende, desentrañando lo esencial con apoyo y a pesar de la apariencia². En tercer lugar, quien entiende el problema y su adecuado planteamiento se encuentra ante el reto de construir o hallar caminos de solución, a cuyos efectos habrá de valerse de criterios propios y adoptados, bajo el imperativo de que los mismos sean racionalmente válidos y en lo posible universales.

Estamos en mora de suprimir el privilegio de la casuística sobre la solvencia de los criterios, estamos en mora de combatir el tributo hacia lo meramente accidental, estamos en mora de reivindicar la dialéctica que protagonizan los conceptos y los casos prácticos en nuestras diarias labores. Casi le hemos regalado nuestra memoria y nuestra crítica al mundo de los casos, con amplia desestimación del mundo de los criterios y de las categorías mismas. El creciente volumen de casos frente a las limitaciones temporales y de capacidad institucional nos pone con frecuencia en la condición de esclavos de la operatividad y de la artesanía jurídica, de los resultados cuantitativos con amplio desprecio de lo cualitativo, y por ende, nos desconecta de

la posibilidad de acceder al conocimiento de nuevas y mejores dimensiones sobre los temas que nos conciernen. Ya lo dijo PLATÓN en el *Teeteto*, el concepto de esclavo comprende al juez y a todo aquel que no puede respetar el tiempo requerido para el desarrollo del pensamiento, deviniendo al efecto en una permanente minoría de edad, en una carencia de autonomía del entendimiento, en una falta de condiciones para pensar con cabeza propia.

Parafraseando a KANT tendríamos que, resulta muy cómodo no asumir posición frente a los problemas que nos convocan y reclaman nuestra presencia efectiva, toda vez que al amparo de una supuesta neutralidad nos liberamos de toda responsabilidad, de toda contradicción que pudiera atentar contra nuestro statu quo, no queremos arriesgar ni en la perinola: la contemporización sigue de moda, el movimiento pendular de la opinión y de los intereses campea con vigor, la actitud consecuente frente a lo que se predica se desdibuja cada vez más. El valor y la decisión para servirse del entendimiento con autonomía³, están heridos y exánimes. La repetición y la ausencia de sentido crítico discurren sin tasa ni medida entre la riada de información indiscriminada que abarrota los anaqueles públicos y privados, en la perspectiva de una legislación carente de la calidad necesaria a la materialización de los fines del Estado.

La ley se hace a salto de mata y con un precario control de calidad sobre sus contenidos y fines estatales; la coherencia y unidad sistemática que deben informar sus mandatos, con frecuencia se hallan por debajo de los mínimos de inteligencia requeridos por los destinatarios y por los operadores jurídicos; pero hay algo peor, en

ocasiones la ley se pone en el terreno de su propia burla. Hay que reconocerlo, el servidor público y los particulares en su caso, se cruzan a diario con leyes y reglamentos desprovistos de la claridad y precisión que deben animar sus prescripciones, con el subsiguiente riesgo de que los vacíos e incoherencias se "subsanen" al amparo de la creatividad de los operadores jurídicos, no siempre afectos al rigor jurídico con sentido social, no siempre guarnecidos con los mejores criterios, y en cientos de veces ampliamente seducidos por la facilidad del formato comodín. Ciertamente es que a golpes de jurisprudencia y de doctrina se resuelven casos que la ley no abarca en sus hipótesis, pero igualmente no deja de ser preocupante que por vía jurisprudencial se tomen a veces decisiones que sólo le conciernen al Legislador, que por no ser del resorte de la jurisprudencia, atentan contra el principio de legalidad que informa y sustenta toda competencia a la luz de nuestro Estado social de derecho.

Ante el piélagos normativo, jurisprudencial y doctrinario le corresponde al operador jurídico asumir de manera individual y colectiva una conciencia de trabajo transdisciplinario, donde a la luz de los problemas que le conciernen pueda acometer una tarea de articulación normativa con el auxilio de la jurisprudencia y la doctrina, y por supuesto, haciendo uso de su propia experiencia y criterios alcanzados. Sin que sea dable perder de vista la relación dialéctica que opera entre la preceptiva rectora y los casos prácticos, habida consideración del mutualismo jurídico-práctico que estos extremos muestran en cada documento, en cada expediente, en cada dependencia, en cada institución del Estado, y claro, en los procesos legislativos. La vida del país discurre ampliamente

por los expedientes, somos un país foliado, y cuando se presenta la ocasión, cada cual tiene un caso práctico para consultar; es hora entonces de pasar a la otra orilla, a la del liderazgo jurídico con sentido social, a la de la mayoría de edad en términos de autonomía e independencia, sin perjuicio del peso específico de las jerarquías y competencias institucionales.

En este contexto, ustedes y yo nos hallamos ante la posibilidad de proseguir con el debate que sobre la responsabilidad fiscal nos incumbe a todos los habitantes del país en tanto amigos del Estado social de derecho y sus ejecutorias, en tanto enemigos de la corrupción y de toda agresión contra el patrimonio público, en tanto defensores de lo público y de las tareas estatales, en la seguridad de que intelectualmente no saldremos ilesos, y que las tesis, al igual que las especies animales que han transitado por el mundo desde la oscuridad de los tiempos, no sobreviven para siempre.

I. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

De conformidad con el artículo 5.º de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una *conducta dolosa o culposa* atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal *entre la conducta dolosa o culposa del gestor fiscal y el daño patrimonial ocasionado al Estado*.

A. La conducta debe ser dolosa o gravemente culposa

Para que la conducta del gestor fiscal sea relevante en términos de responsabilidad

fiscal, debe realizarse con dolo o culpa grave⁴. Se observa que la conducta es dolosa cuando el agente quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Asimismo, que la conducta es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley, o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones; así se desprende de los artículos 5.º y 6.º de la Ley 678 de 2001, cuya entera aplicación es nítidamente predicable en los procesos de responsabilidad fiscal, pues, en atención a la especialidad de la materia, no son suficientemente compatibles los códigos civil y penal en cuanto a dolo y culpa se refiere⁵.

B. El gestor fiscal

Es el servidor público o el particular con funciones públicas, que tiene un título jurídico sobre unos fondos o bienes del Estado, determinados o determinables objetivamente, para que los administre o maneje de acuerdo con las atribuciones legalmente asignadas. *Calidad fiscal que se materializa en la medida en que el respectivo titular tenga acceso efectivo a los correspondientes fondos o bienes.* Deben concurrir entonces: 1. el título, 2. la determinación actual o futura de los fondos o bienes estatales y 3. el acceso efectivo a los mismos.

C. El concepto de gestión fiscal

El gestor fiscal lo es dentro de los dominios de *la gestión fiscal*, la cual es definida por el artículo 3.º de la Ley 610 en los siguientes términos:

Concepto

Para los efectos de la presente ley, se entienden 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.

Ámbito

De acuerdo con esta definición legal *la gestión fiscal se enmarca dentro de tres actividades básicas*, a saber: económicas, jurídicas y tecnológicas. Esto es, con referencia a los bienes, a los derechos, al ingreso y al gasto públicos; asimismo, con referencia a las decisiones, acuerdos, contratos y demás compromisos que en derecho se puedan adoptar en el ámbito de los bienes, derechos, rentas, recursos, fondos e intereses estatales; igualmente, con referencia a los procesos tecnológicos que incorpore la gestión encomendada a los servidores públicos o a los particulares con funciones públicas.

Responsables

La gestión fiscal *está en cabeza de servidores públicos y de personas de derecho privado que en vir-*

tud de un título jurídico tienen competencia o capacidad para administrar o manejar recursos o fondos públicos, entendidos éstos en su acepción más amplia. Al respecto conviene precisar los siguientes conceptos:

(i) Son *servidores públicos* los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (art. 123 C. P.). Vale decir, son servidores públicos los congresistas, los diputados, los concejales, los empleados públicos, los trabajadores oficiales⁶ y los empleados de las sociedades de economía mixta en las que el aporte de la Nación, de las entidades territoriales o descentralizadas, sea igual o superior al 90% del capital social (arts. 38 par. 1.º y 97 par. de la Ley 489 de 1998).

(ii) *Trabajadores particulares*. Con arreglo al artículo 41 de la Ley 142 de 1994 los empleados de las empresas de servicios públicos mixtos son trabajadores particulares, independientemente del porcentaje del aporte estatal en el capital social.

(iii) En otras palabras, para efectos laborales las *empresas de servicios públicos mixtas* en ningún caso se asimilan a empresas industriales y comerciales del Estado. Lo cual tiene especial arraigo en los artículos 365 y 367 de la Constitución.

(iv) Por exclusión quedan las *personas de derecho privado*, que con apoyo en el artículo 210 superior pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señala la ley. Tales personas pueden ser naturales o jurídicas, dado que ni la Constitución ni la ley distinguen al respecto; empero, en su momento será necesario plantear la preeminencia de la persona natural frente a la determinación del dolo o de la culpa grave.

(v) De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, *administrar* signifi-

ca: "Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan. Dirigir una institución. Ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes".

(vi) *Administrar y manejar*. El mismo Diccionario define la palabra manejar, así: "Gobernar, dirigir". Así las cosas, en sentido estricto sólo administra o gestiona la persona⁷ que tiene competencia o capacidad para gobernar, dirigir, organizar, ordenar, disponer, comprometer, gravar, adquirir o enajenar determinados bienes, derechos, rentas, recursos, fondos e intereses estatales. Sólo administra o gestiona quien tiene la competencia o capacidad jurídica para incidir con sus decisiones sobre la adecuada y correcta planeación, adquisición, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos; así como en lo tocante a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas.

(vii) *La calidad de gestor fiscal se tiene dentro de una dimensión positiva*, no negativa. Es decir, la competencia o capacidad para realizar gestión fiscal debe mirarse con referencia a un título habilitante, que no en alusión a conductas que exhibiendo una aparente condición gestora lo que en realidad entrañan es una irregularidad del sujeto que rebasa sus facultades. El título habilitante para desempeñar gestión fiscal puede hallarse inmerso en actos como el de posesión de un empleado público llamado a realizar gestión fiscal, en el de adscripción de funciones de gestión fiscal, en el contrato que celebra un trabajador oficial y que lleva anexas facultades de gestión fiscal y, en general, en todos aquellos actos que de manera directa, expresa e inequívoca le confieran facultades y atribuciones a deter-

minado servidor público para realizar gestión fiscal.

(viii) *El número de gestores fiscales en los planos nacional y territorial suele ser muy amplio.* A título meramente enunciativo podrían citarse como gestores fiscales dentro de una entidad, los siguientes: el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el director jurídico, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el almacenista y el responsable de caja menor. Es evidente que esta relación no es limitativa, ni agota el amplio espectro de hipótesis, pues bien pueden aparecer otros gestores fiscales que en su momento se deben destacar. En cualquier caso, sin título habilitante no surge la calidad de gestor fiscal, lo cual podría ocurrir, por ejemplo, con el cajero de un banco estatal, cuyas funciones sólo atienden a la recepción y entrega de dinero o de títulos valores, con el subsiguiente deber de reportar diariamente los conceptos y montos transados. Claro es que en tal caso, al carecer el cajero de todo poder de administración o manejo sobre los valores que recibe o entrega, su condición jurídica no es la de gestor fiscal.

(ix) *El contratista como gestor fiscal.* En el campo de la contratación estatal el contratista se considera gestor fiscal en proporción directa con las obligaciones, prerrogativas y atribuciones que recaigan sobre él con ocasión del contrato y su ejecución. Es decir, un contratista es gestor fiscal si del conjunto de obligaciones, prerrogativas y atribuciones que sobre él recaen por virtud del contrato, se desprende a su favor la capacidad para administrar o manejar recursos o bienes públicos. Así por ejemplo, podrían ser gestores fiscales los contratistas de determinadas obras o servicios, incluidos los consultores, interventores y asesores. Por donde, el con-

trato estatal es el título jurídico habilitante para el contratista en relación con unos fondos o bienes determinados o determinables objetivamente, a cuyos efectos él debe tener acceso efectivo. El contratista es gestor fiscal en tanto goce de un título –contrato estatal– referido a la administración o manejo de unos fondos o bienes estatales determinados o determinables objetivamente, y sobre los cuales pueda tener acceso efectivo. Consecuentemente, para saber si en un caso determinado el contratista es gestor fiscal, lo primero que debe hacerse es conocer suficientemente las cláusulas y términos del contrato debidamente perfeccionado, toda vez que un contrato no perfeccionado sencillamente no nace a la vida jurídica, y por tanto, jamás podría aducirse como título válido para que un contratista ejerza gestión fiscal. Un título espurio no puede ser fuente de capacidad o atribución alguna en cabeza del contratista, y mucho menos en materia de gestión fiscal. De la ilegalidad nunca se puede derivar capacidad, atribución o derecho alguno, sin perjuicio de las compensaciones que se deban reconocer y pagar en razón del enriquecimiento sin causa.

D. El daño patrimonial del Estado

Sea lo primero destacar el término *patrimonio público* en su sentido amplio, esto es, en cuanto conjunto de bienes, derechos, rentas y recursos del Estado. A su vez referido al concepto de hacienda pública en sus múltiples manifestaciones económico-jurídicas.

En esta dimensión figuran los bienes de uso público, los bienes fiscales, el patrimonio arqueológico de la Nación, los derechos, los ingresos corrientes, las contribuciones parafiscales, los fondos es-

peciales, los recursos de capital, los ingresos de los establecimientos públicos; y en general, todos los bienes, derechos, fondos y recursos de que sea titular el Estado dentro de la órbita pública o privada.

Dentro del *presupuesto general de la Nación* se hallan incorporados los ingresos corrientes, las contribuciones parafiscales, los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos. Por contraste, los bienes y derechos del Estado se hallan al margen del presupuesto general de la Nación, pero todos a una integran el patrimonio público que es de los colombianos. Es decir, tanto lo que se incorpora al presupuesto general de la Nación como lo que se halla fuera del mismo, es constitutivo de patrimonio público.

Daño en el Patrimonio. El patrimonio público así entendido es susceptible de daño a partir de múltiples fuentes, tales como actos terroristas, hurto, abuso de confianza calificado, aprovechamiento de error ajeno, enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, etc. Por donde, los autores y partícipes de hechos lesivos del patrimonio público pueden ser particulares o servidores públicos, ya en el campo de los actos privados, ora en la órbita de las funciones públicas, y en esta última dimensión, en desarrollo de tareas que pueden o no involucrar atribuciones para ejercer gestión fiscal. Así entonces, pueden producir daño patrimonial, entre otros: el que detona una bomba en los cimientos de un edificio estatal o en un puente abierto al público, el que destruye o se apropia de una estatua de un asentamiento arqueológico, el que hurta o desvalija un vehículo oficial, el que asalta un banco llevándose títulos valores de propiedad del Estado, el que se apropia ilegalmente de aportes o acciones que el Es-

tado tiene en una sociedad de economía mixta, el servidor público que mediante documentos falsos accede al reconocimiento de una pensión y la cobra, el servidor público que se apropia de un mayor valor recibido por concepto de salario, sin corresponderle legalmente según su escala salarial; el servidor público que se apropia ilegalmente de los bienes y recursos oficiales puestos bajo su custodia o administración, el servidor público que permite que los bienes puestos bajo su custodia y cuidado se dañen, pierdan o deterioren; el servidor público que planea irresponsablemente la marcha de la entidad, o que certifica disponibilidad presupuestal sobre rubros agotados o insuficientes, o que celebra contratos lesivos al presupuesto y al patrimonio de la entidad que regenta, así como el contratista que les da un manejo dañino a los bienes, recursos o fondos recibidos, con o sin poder de administración y manejo, según las cláusulas del contrato estatal; hipótesis que puede concurrir con el acuerdo del ordenador del gasto y el contratista para incluir sobrecostos. Asimismo, causa daño al patrimonio estatal el servidor público cuando paga una cuenta que no corresponde a obligación alguna, o que sólo corresponde a un menor valor; o cuando invierte sumas oficiales en acciones de sociedades anónimas sumidas en la iliquidez; o cuando permite que bancos irresponsables continúen recaudando impuestos nacionales en detrimento del tesoro público, tal como le ocurrió a cierta ex directora de la DIAN, y que en buena hora fue sancionada por la Procuraduría General de la Nación.

Pero también es cierto que el patrimonio estatal puede sufrir daño por hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza ma-

yor, por la guerra entre naciones, o por la misma globalización de los males del capitalismo que cual riada incontenible arrasan rentabilidades y valores patrimoniales.

Origen del Daño al Patrimonio Público. De todo lo anterior se concluye que el daño al patrimonio del Estado puede provenir de dos grandes vertientes, a saber: (i) de hechos, actos o acontecimientos que se encuentran al margen de la gestión fiscal; (ii) de actos, hechos, omisiones, operaciones y contratos que se hallan en los dominios de la gestión fiscal. Siendo esta vertiente la que importa a los fines del proceso de responsabilidad fiscal⁸.

E. Nexo causal entre la conducta dolosa o gravemente culposa del gestor fiscal y el daño patrimonial

Para efectos del proceso de responsabilidad fiscal se requiere que el servidor público o el particular con funciones públicas, que en tanto gestores fiscales produzcan daño fiscal con dolo o culpa grave, lo hagan sobre bienes, rentas o recursos que se hallen bajo su esfera de acción, en virtud del respectivo título habilitante. En el mismo entendimiento, no podría predicarse responsabilidad fiscal de un gestor fiscal que causa daño patrimonial estatal, con dolo o culpa grave, sobre bienes, rentas o recursos que corresponden a la esfera de acción de otro gestor fiscal⁹. Es decir, para deducir responsabilidad fiscal no basta con que el gestor fiscal produzca daño fiscal con dolo o culpa grave en relación con bienes, rentas o recursos estatales, pues como bien claro queda, es preciso que tales haberes se hallen bajo su esfera de acción en virtud del respectivo título habilitante.

En este universo de infractores se presentan casos en los cuales concurren simultáneamente agentes depredadores del patrimonio público en su condición de gestores fiscales frente a los respectivos bienes, rentas o recursos, junto con otros agentes depredadores que carecen de tal condición frente a dichos haberes. Todo lo cual puede acaecer entre servidores públicos, o entre éstos y los particulares, o únicamente entre particulares. Siempre que en cada hipótesis, por lo menos un agente sea gestor fiscal en relación con los bienes, rentas o recursos defraudados.

Desde luego que el agente depredador que no sea gestor fiscal deberá responder patrimonialmente a favor del Estado conforme a la legislación vigente, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias que se puedan derivar de su conducta. Empero, se destaca, en tanto no sea gestor fiscal, este agente estará excluido de toda responsabilidad fiscal. Queda, en todo, caso debidamente salvaguardada la defensa del patrimonio público a través de las correspondientes acciones que establece el ordenamiento jurídico.

La concurrencia de gestores fiscales que con dolo o culpa grave han causado en un mismo caso detrimento patrimonial en relación con bienes, rentas y recursos puestos bajo su esfera de acción por los respectivos títulos habilitantes, implica una distribución de la responsabilidad fiscal en cabeza de cada uno de ellos a pro rata de su participación cuantitativa y cualitativa en los actos o hechos investigados.

En esta perspectiva de concurrencia, cuando quiera que la ley o la convención así lo dispongan habrá lugar a la responsabilidad solidaria. Tal sería el caso, por ejemplo,

de la responsabilidad prevista en el párrafo del artículo 112 del Decreto 111 de 1996, que a la letra reza:

Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales.

II. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

A. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reiterada en sentencia C-832 de 2002, se tiene:

Ahora bien, la responsabilidad fiscal que pueda establecerse en dichos procesos, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación en repetidas ocasiones a partir del examen de la Constitución y la ley¹⁰ tiene las siguientes características:

a. *Necesariamente se deriva del ejercicio de una gestión fiscal.* La responsabilidad fiscal de acuerdo con el numeral 5 del artículo 268 constitucional únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición. No sobra recordar en ese orden de ideas que la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1.º de la Ley 610 de 2000¹¹, norma que regula actualmente la materia, bajo el entendido de que los actos que materialicen la responsabilidad fiscal comporten una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal¹².

En esa ocasión la Corporación señaló, concretamente, lo siguiente:

La responsabilidad fiscal únicamente se pue-

de pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.

b. *Es de carácter subjetivo.* Para deducirla es necesario en efecto determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. En este sentido cabe recordar que como lo señalan los artículos 4.º y 5.º de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal y que para que ella se configure debe existir un nexo causal entre dicha conducta dolosa o culposa y el daño patrimonial al Estado¹³. De lo cual se colige que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

c. *Es patrimonial y no sancionatoria.* En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. En este sentido como lo explicó esta Corporación al declarar la exequibilidad de la expresión "mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal" contenida en el artículo 4.º de la Ley 610 de 2000, el perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado, es decir, el Estado, quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido.

Cabe precisar sin embargo que "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite"¹⁴. Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante), a lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal, se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la Ley 610 de 2000¹⁵.

d. *Es independiente y autónoma de otros tipos de responsabilidad.* La responsabilidad fiscal es distinta de la responsabilidad disciplinaria o de la responsabilidad penal que pueda generarse por la comisión de los mismos hechos que se encuentran en el origen del daño causado al patrimonio del Estado, que debe ser resarcido por quien en ejercicio de gestión fiscal actúa con dolo o culpa. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades,

con las disciplinarias y penales, aunque la Corte ha advertido que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de un proceso fiscal¹⁶.

Cabe hacer énfasis de manera particular en que los bienes jurídicos protegidos por cada tipo de responsabilidad son diferentes y que los objetivos perseguidos en cada caso son igualmente diversos.

En este sentido cabe recordar que contrariamente a lo que sucede en materia penal en donde la reparación de los perjuicios ocasionados al patrimonio estatal no genera la cesación de procedimiento o la absolución por la conducta punible atribuida al servidor, en cuanto lo que se censura es la vulneración del bien jurídico protegido por el derecho penal, —a saber en materia de peculado, la administración pública—, en el ámbito fiscal la acción respectiva podrá cesar si se demuestra que el daño investigado ha sido resarcido totalmente (art. 16 Ley 610 de 2000)¹⁷.

e. *Dicha responsabilidad se declara en un proceso de naturaleza administrativa*¹⁸. En este sentido 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 en lo contencioso administrativo¹⁹. Cabe recordar además que en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales las normas vigentes consagran el grado de consulta ante el superior funcional o jerárquico del servidor encargado de determinar la responsabilidad fiscal cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio²⁰.

f. En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se debe respetar el debido proceso.

Como lo ha señalado la Corporación en reiteradas ocasiones en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso (art. 29 C. P.) en coordinación con el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan las actuaciones administrativas (art. 209 C. P.).

Al respecto, en la sentencia SU 620/96 la Corporación señaló concretamente lo siguiente:

“En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce 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 (art. 209 C. P.), 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. *En tal virtud, 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 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”²¹ (destacado fuera de texto)

Sobre el particular cabe hacer énfasis en que la Ley 610 de 2000, que derogó las normas correspondientes de la Ley 42 de 1993, frente a las cuales la Corporación detectó, en su momento, importantes vacíos²², establece un régimen integral para el trámite del proceso fiscal en el que el Legislador buscó incorporar una serie de garantías a los implicados en ellos en correspondencia con el tratamiento jurisprudencial sobre la materia del que se desprende claramente, como ya se señaló, la necesidad de respetar en este caso el debido proceso²³.

B. Autonomía e independencia de la responsabilidad fiscal

Especial comentario merece en esta oportunidad lo concerniente a la autonomía e independencia de la responsabilidad fiscal. En efecto, de conformidad con el artículo 113 de la Carta Política:

Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

De acuerdo con esto, la Contraloría General de la República es un órgano autónomo e independiente que por mandato constitucional ejerce funciones de control fiscal sobre la gestión fiscal de los servidores públicos y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, sin injeren-

cia alguna de parte del Congreso, del Presidente, de los jueces o de otros órganos autónomos e independientes.

Cierto es que el Congreso regula a través de leyes las funciones de la Contraloría General de la República; que a su turno al Presidente le cabe la correspondiente potestad reglamentaria²⁴; que por su parte los jueces de lo Contencioso Administrativo tienen competencia para resolver los conflictos derivados de las funciones administrativas de la Contraloría, dentro de las cuales obran los actos dictados con ocasión del proceso de responsabilidad fiscal. Pero de allí a pensar en alguna modalidad de injerencia externa sobre el ejercicio práctico del control fiscal y sobre el adelantamiento mismo de los procesos de responsabilidad fiscal, hay un mar de diferencia.

Como lo indica el parágrafo 1.º del artículo 4.º de la Ley 610 de 2000:

“La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”.

Los bienes jurídicos comprendidos en el Estatuto Supremo se encuentran protegidos por el Estado a través de diferentes códigos o estatutos, dando lugar a las respectivas acciones administrativas y judiciales, tales como la disciplinaria, la policiva, la fiscal, la civil y la penal, las cuales pueden concurrir simultáneamente frente a un mismo hecho sin perturbar el principio del *non bis in idem*, esto es, quedando a buen seguro el debido proceso.

En este orden de ideas, el proceso de responsabilidad fiscal no está sometido a prejudicialidad alguna, por lo cual, si bien la prueba trasladada puede jugar un importante papel dentro de él, es lo cierto que el

acto que resuelve sobre la responsabilidad fiscal del investigado corresponde al resorte exclusivo de la Contraloría General de la República. De suerte que la decisión que pueda tomarse sobre una misma conducta en un proceso disciplinario o penal, en nada afecta el libre examen y la sana crítica con que el funcionario fallador debe acceder a su resolución sobre la responsabilidad fiscal investigada y juzgada en sede administrativa. Al respecto debe advertirse que cuando una misma conducta lesiona varios bienes jurídicos, se abre la posibilidad para que se activen las correspondientes acciones y jurisdicciones, con la subsiguiente aparición de particulares formas de prueba y de valoración probatoria, que al unísono entrañan sustanciales diferencias que explican y justifican nítidamente la autonomía e independencia del proceso de responsabilidad fiscal frente a cualesquiera otras decisiones administrativas o judiciales. Por lo demás, nótese cómo la particular lectura jurídica que de las mismas conductas y pruebas pueden hacer las respectivas autoridades, influye definitivamente en sus decisiones, y por ende, en la determinación de las correspondientes responsabilidades.

Por consiguiente, la investigación sobre la responsabilidad fiscal de un gestor fiscal no se podría enervar, suspender o cesar al amparo del principio de la cosa juzgada que alguien quisiera esgrimir con referencia a los mismos hechos investigados. Principio que por regla general cobija a las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces de la República. Y al punto surge esta pregunta:

¿Cuál es la situación del proceso de responsabilidad fiscal frente a las conciliaciones y a los laudos arbitrales? A estos respectos conviene precisar primeramente el contenido y alcance del respectivo acto,

tanto en lo concerniente a los conceptos y cuantías como en lo tocante a las partes vinculadas por sus efectos. De entrada se aclara que el respectivo acto sólo tiene fuerza vinculante en relación con los derechos y obligaciones de los extremos trabados en conflicto, que no frente al resarcimiento de los perjuicios causados al patrimonio público por uno o ambos extremos. En efecto, casos se han presentado en que las partes contendientes—el Estado y su contradictor—acuden a la figura de la conciliación con el fin de “zanjar” sus diferencias aparentes o reales, confabulándose o engañando una a la otra en detrimento del tesoro público; motivo por el cual se hace imperativa la apertura del proceso de responsabilidad fiscal en orden a determinar la responsabilidad que le pueda caber al gestor fiscal que con su conducta incidió en la materialización del daño fiscal.

Igualmente, puede ocurrir que un laudo arbitral despache favorablemente las pretensiones económicas del particular que reclama en razón de la lesión sufrida por una gestión fiscal arbitraria, caso en el cual, el gestor fiscal que con su conducta dio lugar al daño antijurídico del particular, sólo estaría sujeto al proceso de responsabilidad fiscal a partir de la caducidad de la acción de repetición en términos de la Ley 678 de 2001. Esta solución es predicable en todos aquellos casos en que los servidores públicos competentes no demanden oportunamente en acción de repetición al infractor que con su conducta dio lugar al reconocimiento y pago de sumas a favor de personas que han sufrido un daño antijurídico, según voces del artículo 90 superior. A menos que la entidad directamente perjudicada haya formalizado conciliación extrajudicial con el agente infractor, al te-

nor del artículo 13 de la Ley 678 de 2001 y sus reglas concordantes.

Así las cosas, dadas las características y consecuencias de la responsabilidad patrimonial del Estado, el proceso de responsabilidad fiscal se torna subsidiario respecto de la acción de repetición, configurándose al efecto una excepción que le pone pausa a su autonomía e independencia.

III. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL

A. En cuanto a la caducidad

Considerando que el tema de la caducidad experimentó un importante cambio a instancias de la Ley 610 de 2000, es preciso asumir su estudio en concordancia con el artículo 67 *ibidem*, según el cual:

“En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigencia la presente ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en la etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley 42 de 1993. En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley.

En todo caso, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se registrarán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

Esta norma pone de relieve el problema de los efectos que incorpora el tránsito de legislación procesal, particularmente en lo atinente al respeto que la ley nueva debe observar frente a los derechos adquiridos o a las situaciones jurídicas consolidadas. Al

respecto resulta ilustrativa la sentencia C-619 de 2001, por la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del primer inciso del artículo transcrito en el párrafo anterior. Dijo en lo pertinente la Corporación:

Con fundamento en las normas constitucionales transcritas, puede afirmarse que en relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos.

La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones

consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua.

[...]

4. Con fundamento en las disposiciones superiores anteriormente comentadas, las cuales también estaban consignadas en la Constitución Nacional de 1886 y que delimitan la órbita de libertad de configuración legislativa en la materia, se desarrolló un régimen legal que señaló los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal. Dicho régimen legal está contenido en los artículos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887 que de manera general, en relación con diversos tipos de leyes, prescriben que ellas rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia. A contrario sensu, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Ahora bien, cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aun no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

En cuanto a la proyección futura de los efectos de una ley derogada, (ultraactividad de la ley), el régimen legal general contenido en las normas mencionadas lo contempla para ciertos eventos. La ultraactividad en sí misma no contraviene tampoco la Constitución, siempre y cuando, en el caso particular, no tenga el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, ni el principio de favorabilidad penal.

5. En lo que tiene que ver concretamente con las leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. En este sentido, a manera de norma general aplicable al tránsito de las leyes rituales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, antes mencionado, prescribe lo siguiente:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

[...]

No obstante lo anterior, la regla general que se acaba de exponer según la cual las leyes procesales son de efecto general inmediato, si bien es la acogida como norma general por la legislación y también por la doctrina contemporánea, no emana de la Constitución, la cual, respecto de la regulación de los efectos de la ley en el tiempo, lo único que dispone categóricamente, como antes se dijo, es la garantía de los derechos adquiridos conforme a las leyes anteriores, los mencionados principios de legalidad y favorabilidad de la ley penal, y la constitucionalidad de la retroactividad de la ley expedida por razones de utilidad pública o interés social. Por lo tanto, en relación con los efectos del tránsito de legislación procesal, el legislador puede adoptar una fórmula diferente a la del efecto general inmediato y prescribir para algunas situaciones especiales la aplicación ultraactiva de la ley antigua a todos los procesos en curso, pues, salvo los límites comentados, ninguna disposición superior se lo impide. Así como el legislador tiene competencia para mantener en el ordenamiento las leyes hasta el momento en que encuentra conveniente derogarlas, modificarlas o subrogarlas, de igual manera puede determinar el momento hasta el cual va a producir efectos una disposición legal antigua, a pesar de haber proferido otra nueva que regula de manera diferente la misma materia. La aplicación ultraactiva, entendida como la determinación legal según la cual una ley antigua debe surtir efectos después de su derogación, tiene fundamento constitucional en la cláusula general de competencia del legislador para mantener la legislación, modificarla o subrogarla por los motivos de conveniencia que estime razonables. Ahora bien, a pesar de lo anterior, la competencia aludida del legislador no puede ejercerse desconociendo las normas superiores relativas a los derechos a la igualdad y al debido proceso, pues ellos en sí mismos constituyen límites generales a la libertad de configuración legislativa.

[...]

9. El inciso primero del artículo 67 de la Ley 610 de 2000, como se ha dicho anteriormente, dispone que al entrar en vigencia dicha Ley, aquellos procesos en que se hubiere proferido el auto de apertura a juicio fiscal continuarán rigiéndose por la Ley anterior, esto es por la 42 de 1993, al paso que aquellos otros en los que todavía no se hubiere proferido dicho auto o no estuvieren en la etapa de juicio fiscal, se registrarán por las nuevas disposiciones. Es decir, respecto de los procesos que hubieren llegado a la fase del juicio fiscal, dispone la aplicación ultraactiva de la Ley 42 de 1993, y respecto de los que no hubieren llegado a tal etapa, la aplicación inmediata de la Ley 610 de 2000. El inciso segundo, no acusado, recoge la fórmula jurídica tradicional que acompaña la aplicación inmediata de la ley procesal, según la cual, "los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se registrarán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

[...]

14. Con fundamento en la anterior descripción normativa, y en el análisis de los antecedentes de la Ley 610 en el Congreso de la República, la Corte concluye que la nueva Ley eliminó las dos etapas investigativa y de juzgamiento que existían en el régimen anterior, y estableció un procedimiento en el que se prevé una etapa previa que puede darse o no, llamada de indagación previa, y que tiene lugar cuando "no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables". De cualquier manera, solamente cuando está establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordena la

apertura del proceso de responsabilidad fiscal, dentro del cual tras una fase de diligencias previas, dentro de las cuales siempre debe ser escuchado el presunto responsable, debe decidirse si se archiva el expediente o se dicta auto de imputación de responsabilidad fiscal. En este último caso, del mismo se corre traslado al imputado, para que presente los argumentos de su defensa y solicite las pruebas que estime pertinentes. Surtido lo anterior, se profiere el fallo correspondiente.

[...]

15. Las diferencias anotadas permiten a la Corte establecer que la determinación del legislador de optar por disponer la ultraactividad de la Ley 42 de 1993 para aquellos procesos de responsabilidad fiscal que ya se encontraban en la etapa de juzgamiento, y el efecto general inmediato de Ley 610 de 2000 para aquellos otros que no hubieran superado esta fase, radica en la diferente situación jurídica en la que se encuentra el presunto responsable en cada uno de los casos, y en la necesidad de resolver de manera práctica la forma de continuar el trámite del proceso. En efecto, dentro del esquema del proceso de responsabilidad fiscal que regula la Ley 42 de 1993, cuando se profiere auto de apertura a juicio fiscal ya se ha surtido la investigación durante la cual se han allegado y practicado las pruebas que van a servir de fundamento a las decisiones que se adopten dentro del proceso. Entonces, el legislador consideró que respecto de aquellos procesos que ya hubieren llegado a la fase de juzgamiento, no resultaba adecuado disponer el efecto general inmediato del nuevo régimen, pues dada la diferente estructura que presentan cada uno de los procedimientos en una y en otra ley, ello equivaldría a retrotraer o a confundir el procedimiento habida cuenta que en el sistema de la Ley 610 no existe una diferencia tajante

te entre una etapa investigativa y otra de juicio, como si sucede dentro del esquema de la Ley 42 de 1993. Por ello, apartándose de la norma general que establece la legislación colombiana y que ha acogido la doctrina y la jurisprudencia, encontró oportuno determinar la ultraactividad del anterior régimen respecto de aquellos procesos en fase de juzgamiento, y desechar el efecto general inmediato que opera como norma general, el cual se reservó únicamente para los procesos que no hubieren avanzado hasta la referida etapa de juzgamiento.

16. La solución adoptada además de no desconocer las normas superiores referentes a los efectos de las leyes en el tiempo (ya se vio que la ultraactividad per se no es inconstitucional pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos ni necesariamente desconoce el principio de favorabilidad penal), no resulta tampoco discriminatoria, porque parte de la base de la distinta situación fáctica y jurídica en que se encuentran las personas que se someten a diferente regulación legislativa. De esta manera no se da el supuesto básico que está a la base de cualquier juicio de igualdad. Efectivamente, la jurisprudencia ha considerado que no se presenta un trato discriminatorio cuando: (i) La situación de hecho de la que se parte es distinta. (ii) La decisión de dar un trato diferente está fundada en un fin aceptado constitucionalmente. Y (iii), la consecución de dicho fin por los medios propuestos es posible y además adecuada²⁵.

En el caso de la norma que ocupa la atención de la Corte, ella dispone la aplicación de dos regulaciones legales distintas, a sujetos que se encuentran en diversa situación jurídica. Adicionalmente, la finalidad que se persigue con dicha diferenciación, que es la de dar claridad al trámite que debe proseguirse una vez entre en vigencia la nueva legislación, resulta acorde con los principios que presi-

den el ejercicio de la función administrativa, [...] En efecto, no parece razonable que un proceso que se encuentra ya en su etapa final, deba someterse a una nueva ley en la cual esa etapa final no aparece expresamente regulada. En cambio, la aplicación inmediata de la nueva ley a los procesos que apenas se están iniciando, no plantea los mismos inconvenientes descritos por lo cual consulta el principio de razonabilidad.

[...]

18. En relación con los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones ya iniciadas al momento de entrar en vigencia la Ley 610 de 2001, la norma que ocupa la atención de la Corte, en la parte no acusada, dispone que ellos se regirán por la ley antigua. Es decir, respecto de estos términos y actuaciones, repite la norma contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que prescribe la ultraactividad, llamada relativa, de ley antigua. No obstante, esta disposición resulta aplicable únicamente a aquellos procesos que conforme a la disposición acusada deben continuar rigiéndose por la nueva ley, es decir aquellos que no han llegado a la fase del juicio. Respecto de aquellos otros que han superado esta etapa, la regla que señala la misma disposición, es la ultraactividad absoluta, es decir la aplicación de la ley antigua a todas las actuaciones y no sólo a los términos que han empezado a correr y a las actuaciones que ya se han iniciado”.

Pues bien, con arreglo a los anteriores lineamientos quedó suficientemente claro que, aquellos casos que no hubieren alcanzado formalmente la fase de juzgamiento a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 610 de 2000, quedarían sujetos al término de caducidad –5 años– previsto en el artículo 9 de esta misma ley. Tal sería la situación de los procesos que a 18 de agosto de

2000 apenas se estaban iniciando, o la de los hechos constitutivos de daño fiscal que a esa misma fecha no habían sido detectados por la Contraloría General de la República, ni conocidos por ésta en virtud de queja, dictamen o del ejercicio de cualquier otra acción de vigilancia, siempre y cuando esos hechos estuvieren comprendidos dentro de los cinco años que autoriza la ley para dictar auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. En otras palabras, los hechos constitutivos de daño fiscal que a 18 de agosto de 2000 ya habían cumplido cinco años a partir de su ocurrencia, sin que al respecto hubiere mediado auto de apertura, sencillamente son intangibles, esto es, no susceptibles de investigación fiscal, quedando por tanto cobijados por una ausencia total de reparación pecuniaria en la perspectiva de la responsabilidad fiscal, y en no pocos casos, cubiertos por la más alarmante impunidad.

Debe destacarse que el pronunciamiento contenido en la sentencia C-619 del 14 de junio de 2001 tiene efectos erga omnes y sin condicionamiento alguno, por lo tanto, sus lineamientos y decisiones prevalecen y se imponen sobre cualquier tesis jurisprudencial anterior de la misma Corte Constitucional, particularmente frente a lo dicho en la esfera de tutela.

En armonía con otros pronunciamientos de la Corte, queda igualmente claro que a partir de la Ley 610 de 2000 los actos de fenecimiento no tienen incidencia alguna para la contabilización del término de caducidad, el cual corre en todo caso a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público; término que empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto

sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto (arts. 9.º y 17 ib.).

B. En lo relativo a la prescripción

El segundo inciso del artículo 9.º de la Ley 610 de 2000 dispone que la acción fiscal prescribirá en cinco años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. De lo cual se infiere que dentro de los cinco años siguientes a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, los funcionarios competentes de la Contraloría deberán decidir en primera y segunda instancia, notificando dentro del mismo término las decisiones sobre los recursos interpuestos. De suerte tal que, un proceso de responsabilidad fiscal que es fallado oportunamente en primera y segunda instancia, pero cuya decisión sobre la apelación se hace al día siguiente de haberse cumplido los cinco años, simplemente prescribe.

Ahora bien, considerando que con anterioridad a la Ley 610 de 2000 no había norma alguna sobre prescripción de la acción fiscal, el término de los cinco años es el aplicable a todos los procesos de responsabilidad fiscal, incluidos los que se iniciaron antes de esta ley. Lo cual encuentra su razón de ser en el principio de seguridad jurídica, que a las claras muestra la inconveniencia jurídica y social de que una persona permanezca sub júdice ad infinitum. En este sentido, recordando que "no hay derecho sin acción, ni acción sin prescripción", la situación jurídica de toda persona trabada en conflicto debe ser dirimida por la autoridad competente dentro de una oportunidad ra-

cionalmente establecida por la ley. Como que es de Perogrullo registrar que los actos de justicia, para que realmente lo sean, deben ser oportunos.

En lo tocante a la *declaratoria de caducidad y prescripción* de la acción fiscal es necesario destacar que mientras *la primera procede de oficio*, por su parte *la segunda es viable a solicitud del interesado*. Advirtiendo sí, que, en el evento de dictarse y notificarse providencia de responsabilidad fiscal después de los cinco años que prevé la Ley 610, tal decisión estaría llamada a ser declarada nula por el Contencioso Administrativo ante una demanda de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho²⁶.

- 1 A estos respectos hallamos cabal ilustración en la obra de MARX y en la obra de ESTANISLAO ZULETA, respectivamente.
- 2 KAREL KOSÍK. "El fenómeno muestra y esconde la esencia", en *Dialéctica de lo concreto*.
- 3 Estas últimas líneas abrevan en las enseñanzas de KANT y de ESTANISLAO ZULETA.
- 4 Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 2002.
- 5 Véase el artículo 66 de la Ley 610 de 2000, así como Corte Constitucional. Sentencias C-374 de 2002, C-455 de 2002 y C-285 de 2002.
- 6 Siendo de observar que mientras los empleados públicos se inscriben en una relación legal y reglamentaria, cuya vinculación al servicio se da a través del nombramiento y la posesión, por su parte los trabajadores oficiales se enmarcan en una relación contractual, cuya vinculación al servicio se da a través de la suscripción del contrato. Quedando igualmente claro que mientras la noción de servidor público es el género, las de empleado público y trabajador oficial son apenas especies del mismo.
- 7 Servidor público o particular con funciones públicas de acuerdo con la Constitución y la ley.
- 8 Sobre responsabilidad fiscal en el marco presupuestal pueden verse las hipótesis descritas en el artículo 112 del Decreto 111 de 1996.
- 9 Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001.
- 10 Ver al respecto las sentencias SU-620/96 M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, C-635/00 M. P.: ALVARO TAFUR GALVIS y C-840/01 M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.
- 11 Artículo 1.º *Definición*. "El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado".
- 12 Sentencia C-840 de 2001, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.
- 13 Artículo 5.º Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:
 - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
 - Un daño patrimonial al Estado.
 - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.
- 14 Sentencia C-197 de 1993, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- 15 Ver Sentencia C-840 de 2001, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.
- 16 Ver Sentencia C-046 de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- 17 Artículo 16. *Cesación de la acción fiscal*. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o *aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente* (destacado fuera de texto)
- 18 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 defini-

ción 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 Ob cit. SU-620 de 1996, C-540 de 1997, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

- 19 Sobre el particular ver el análisis efectuado en la sentencia C-557 de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Ver igualmente la sentencia T-1159 de 2001 M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

- 20 Artículo 18. *Grado de consulta*. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.

- 21 Sentencia SU-620 de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL. En el mismo sentido ver las Sentencias C-557 de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, C-619 de 2001, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA y C- 840 de 2001, M. P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.
- 22 En efecto, como se recordó en la Sentencia C-557 de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, la Corte indicó que el presunto responsable dentro de un proceso fiscal no contaba con todas las garantías para poder ejercer su derecho de defensa y se echó de menos la expedición, por parte del legislador, de una regulación integral sobre la materia. En este sentido en diferentes decisiones se-

ñaló que en los procesos fiscales era necesario asegurar la participación de los imputados en la etapa de investigación (lo cual no estaba contemplado en la ley) para que éstos pudieran ejercer su derecho de defensa y, por esta vía, garantizar la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa; así mismo sostuvo que el derecho de defensa en los procesos por responsabilidad fiscal debe garantizarse en cada una de las etapas del trámite, en forma unitaria, continua y permanente, es decir, tanto en la investigación como en el juicio fiscal. A su vez, esta Corporación también ha señalado que, aunque los artículos que regulaban el proceso de responsabilidad fiscal de la Ley 42 de 1993 no lo ordenaran expresamente, era forzoso notificar al presunto responsable el auto de apertura de investigación; además, estableció que en razón a (sic) que la precitada ley no regulaba en forma directa la caducidad de la acción fiscal, ni fijaba el término de duración del juicio fiscal, era necesario remitirse a las normas del Código Contencioso Administrativo para llenar dichos vacíos, como lo señalaba el artículo 89 de la ley. Ver sentencias SU-620 de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, T-973 de 1999; M. P. ÁLVARO TAFUR GALVIS y sentencias C-635 de 2000, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS; C-540 de 1997, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

- 23 El proceso de responsabilidad fiscal previsto en la Ley 610 de 2000 presenta las siguientes etapas y características resumidas por esta Corporación en la sentencia C-477 de 2001, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA en los siguientes términos:

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

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

c. Cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (art. 40). Una vez

abierto el proceso, en cualquier momento podrán decretarse medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables (art. 12).

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

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

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

g. El término para adelantar estas diligencias es de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal. Notificado a los pre-

suntos responsables el auto de imputación, se les correrá traslado por el término de diez (10) días a fin de que presenten los argumentos de su defensa, y soliciten y aporten las pruebas que pretendan hacer valer (arts. 45 a 50).

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

i. De conformidad con lo prescrito por el artículo 52, "vencido el término del traslado, y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, llamada fallo, con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días.

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

- 24 Sin perjuicio de las facultades reglamentarias que obran en cabeza del Contralor en términos de los numerales 1 y 12 del artículo 268 de la Constitución.
- 25 Sentencia T-230 de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- 26 Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002.

