

80112- 1816

Bogotá, D.C., 3 de julio de 2003

Doctora

MARÍA CLAUDIA LOMBO LIEVANO

Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios

Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

Bogotá, D.C.

Asunto: El Dolo o culpa grave en el Proceso de Responsabilidad fiscal  
Efectos de la Sentencia C- 619 de 2002 de la H. Corte  
Constitucional.

#### 1- PROBLEMA JURIDICO.

Conocemos su memorando con el cual solicita interpretación y aplicación de la Sentencia C-619 de 2002, proferida por la H. Corte Constitucional, mediante la cual se declaró inexecutable el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 610 de 2000 y la expresión “ leve” contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000. Este concepto tiene el alcance de determinar las consecuencias de la Sentencia C-619 de 2002 y por tanto, sus implicaciones en las actuaciones en curso.

#### 2- MARCO CONCEPTUAL.

El control fiscal es una función pública, que vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan recursos públicos, éste es ejercido por la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales en sus respectivos órdenes de manera posterior y selectiva, en procura del buen manejo de los recursos públicos y la buena inversión de los mismos para garantizar el cumplimiento de los cometidos del Estado.

En otras palabras, le corresponde a la Contraloría General de la República aplicar de acuerdo con los procedimientos legales, los diferentes sistemas de control, los que se pueden ejercer en forma individual o combinada, a fin de establecer el correcto manejo de los recursos públicos, y en su defecto establecer la responsabilidad de su competencia, que es la fiscal.

El artículo 6º, contenido en el Título Primero de la Constitución Política de Colombia señala:

*“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”*

El principio Constitucional aludido, tiene como consecuencia lógica que la extralimitación u omisión en el ejercicio de las funciones públicas, genere responsabilidad por parte del Estado. En virtud de lo cual, el constituyente de 1991 consagró una carga de responsabilidad en cabeza del Estado. Por lo anterior, el artículo 90 de la Carta Fundamental establece:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”*

De este mandato emana el principio de legalidad considerado pilar del Derecho Administrativo Colombiano, enmarcado en el sistema jurídico continental europeo.

Del artículo 6º de la Constitución señalado, devienen todas las formas de responsabilidad, tanto de los particulares como de los servidores públicos. Estos últimos son responsables por infringir la Constitución y la Ley, así como por la omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, tiene su fundamento en los artículos 6º y 268 de la Constitución Política. Regulados legalmente en la Ley 42 de 1993 y en la Ley 610 de 2000, preceptiva legal vigente.

Es por ello, que la responsabilidad fiscal se relaciona con el manejo de los recursos públicos, y se configura a partir de tres elementos:

Un daño patrimonial causado al Erario Público.  
Una conducta activa u omisiva y,

Una relación de causalidad entre el daño y la conducta.

El daño debe ser generado por el ejercicio de una gestión fiscal antieconómica, ineficiente, ineficaz e inequitativa, de quien administre, maneje o recaude fondos o dineros públicos, sobre este aspecto existe suficiente ilustración, razón por la cual el análisis se debe centrar en el grado de imputación de la responsabilidad fiscal, por tanto se analizará a que título se endilga esta responsabilidad.

Es oportuno advertir, que la Ley 42 de 1993, primera norma que regula el proceso de responsabilidad fiscal, no estableció el grado de imputación de la responsabilidad fiscal, razón por la cual la jurisprudencia y la doctrina analizaron este aspecto. En tal sentido el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de fecha julio 29 de 1996, Magistrado, Roberto Suárez Franco, prescribió:

*“El grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse responsabilidad fiscal, es la culpa leve que define el artículo 63 del C.C. 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.*

(...)

*Por otra parte el fallo con responsabilidad fiscal que concluye con la determinación de un daño patrimonial causado al Estado y que es exigible por la jurisdicción coactiva, implica que el funcionario se constituye en deudor del Estado en la cuantía del daño. 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. Además, como ya se afirmó la culpa o descuido sin otra calificación, como ocurre en relación con la responsabilidad fiscal, en la que la Ley guarda silencio sobre la gradación de la culpa, significa que se aplica el principio general de culpabilidad cual es el que se ha incurrido en culpa o descuido leve.” (Subrayado fuera de texto)*

Tal como fue expresado por la doctrina y la jurisprudencia, en vigencia de la Ley 42 de 1993, la responsabilidad fiscal se imputaba a título de culpa leve, derivada de la concepción civil, en razón a la connotación de gestores fiscales que poseen quienes ordenan gasto y en tal sentido ejecutan el presupuesto público.

La Ley 610 de 2000, nuevo estatuto del proceso de responsabilidad fiscal, recogió los anteriores postulados al establecer en el artículo 4. Parágrafo 2:

*“El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve.”* (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien para puntualizar en el alcance de estos conceptos, es preciso analizar todos los aspectos relacionados con la figura jurídica de la culpa. Sobre la naturaleza jurídica de la culpa, se mencionan por parte de la doctrina, entre otras, las teorías de la prevenibilidad, de la previsibilidad, de la violación del deber de atención y la finalista.

*“Teoría de la prevenibilidad: Consiste en la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un resultado antijurídico, posible, previsible y prevenible.*

*Teoría de la previsibilidad: Indica que es la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.*

*Teoría del deber de atención: Fue formulada por Feuerbach, y según ella la culpa radica en el incumplimiento del deber de atención exigible a todo ciudadano cuando ejecuta actividades más o menos peligrosas de las cuales pueda derivarse daño o lesión a derechos ajenos.*

*Teoría finalista: La culpa se asienta sobre una omisión del cuidado objetivo requerido para evitar el resultado lesivo de los bienes jurídicos legalmente tutelados.*

*Se entiende por culpa la reprochable actitud consciente de la voluntad que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico por omisión del deber de cuidado que le era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y las circunstancias en que se actuó.”*

De conformidad con la doctrina, se actúa con culpa cuando existe un comportamiento voluntario en una actuación cuyo resultado es antijurídico. Interviene entonces, la facultad volitiva del agente y por ende se actúa conscientemente.

El hecho culposo puede generarse en la negligencia, la cual implica una falla en la atención que debe prestar el agente en sus actuaciones. El negligente deja de realizar una conducta a la cual estaba obligado, y no emplea la

diligencia necesaria para evitar un resultado dañoso, en consecuencia es un descuido de su conducta.

La imprudencia por su parte, es un obrar sin aquella cautela que según la experiencia debe emplearse en la realización de ciertos actos. La impericia consiste en la insuficiente aptitud para el ejercicio de un arte o profesión.

La legislación colombiana, acogió desde el año 1887 con el Código Civil, el concepto de culpa en tres definiciones normativas que emanan del artículo 63:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata: Es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero: es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano, el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

La culpa leve es aquella que no comete un buen administrador, la que corresponde a una diligencia mediana.

### **La responsabilidad fiscal y su imputación a título de culpa.**

Como lo hemos señalado, la Ley 42 de 1993, no determinó a que título se imputaba la responsabilidad fiscal, en este orden le correspondió a la jurisprudencia y a la doctrina fijar tal criterio. En tal sentido se señaló que esta clase de responsabilidad se imputaba a título de culpa leve, es decir por

el descuido en el manejo de los fondos o bienes públicos que emplearía un hombre en el manejo de sus negocios.

Mediante la Sentencia C-619 de 2002, al realizarse el examen de constitucionalidad del parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000, se determinó que el Constituyente guardó silencio sobre este punto, toda vez que en los artículos 267 y 268 de la Constitución Política de Colombia en donde se regula el control fiscal, nada se dijo al respecto.

En este entendido concluyó la Corte Constitucional que le corresponde al legislador fijar los criterios de graduación de la culpa, no sin antes indicar que debe partirse de un fundamento constitucional. Por tanto, y dada la identidad con la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política, igual tratamiento ha de dársele a la responsabilidad fiscal.

Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, la Corte Constitucional en Sentencia C-285/02 Magistrado Ponente, Jaime Córdoba Triviño, ha expresado:

*“3. Pero el constituyente no solo consagró en el artículo 90 de la Carta el daño antijurídico imputable al Estado como fundamento de su responsabilidad patrimonial, sino que además determinó el fundamento de la responsabilidad personal de sus agentes al ordenarle que repita contra éstos cuando su condena a la reparación patrimonial sea consecuencia de la **conducta dolosa o gravemente culposa** de tales agentes. (Resaltado fuera de texto).*

En tal sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-619 de agosto 8 de 2002, Magistrados Ponentes, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil señaló:

*“... el criterio o fundamento de imputación de la responsabilidad patrimonial del agente frente al Estado ha sido claramente definido por el constituyente. Como ha quedado visto, él se circunscribe a los supuestos de dolo y culpa grave y, por tanto, no es posible que se genere responsabilidad patrimonial del agente estatal cuando su obrar con culpa leve o levísima ha generado responsabilidad estatal.”*

*“ Así las cosas, el criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó*

*para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación por el solo hecho de que a la declaración de responsabilidad se accede por distinta vía...”*

Así, se establece un nuevo marco jurídico para el daño antijurídico imputable al Estado como fundamento de su responsabilidad patrimonial. Debe tener origen en la conducta del agente que debe ser **dolosa o gravemente culposa**, para que pueda procederse a la indemnización resarcitoria a través de la acción de reparación establecida en la ley.

Teniendo en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional, a partir de este pronunciamiento jurisprudencial, en relación con el análisis de la especie de culpa para imputar responsabilidad fiscal, se realizará únicamente a título de dolo o culpa grave.

En consideración a los análisis realizados, toda vez que se impute responsabilidad fiscal, debe enmarcarse la conducta en las acciones o actividades en el rango de dolo o culpa grave. Para abundar en definiciones es importante recordar la que trae a este propósito el Código Civil:

**Culpa Grave:** “ *La que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios. Esta culpa en materia civiles equivale al dolo*” (artículo 63 del Código Civil)

A su vez, teniendo en cuenta que la Corte ha fijado un alto grado de afinidad temática ante la acción de responsabilidad fiscal y la patrimonial en las Sentencias C-046 de 1994, T-973 de 1999 y C-205 de 2002, es pertinente recordar las definiciones que sobre estos conceptos trae la Ley 678 de 2001, teniendo en cuenta el vacío de la Ley 610 de 2000, en esta materia.

**“Artículo 5º Dolo.** *La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*

*Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:*

*1. Obrar con desviación de poder.*

2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.”

**“ARTÍCULO 6º Culpa grave.** La conducta del agente del Estado 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 sus funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar manifiesta o inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de noviembre 13 de 1956, manifestó:

*“El dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de engañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de “intención positiva” de inferir injusticia. Por consiguiente, para justipreciar el dolo, debe entenderse tanto a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención con su manifestación externa. Además, los medios de engaño debe tener cierto grado de importancia capaces de inducir en error a personas de mediana previsión.”*



### 3- ANÁLISIS JURÍDICO

Partiendo de estas premisas constitucionales, el problema jurídico que se debe resolver está referido al alcance de la Sentencia C 619 de 8 de agosto de 2002 y sus efectos en el tiempo.

Para lo anterior, se debe tener en cuenta que el Decreto 2067 de 1991, "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional", en el artículo 21 expresó:

*"Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. "*

Sobre el tema es importante traer a colación apartes de la Sentencia C- 113 del 25 de marzo de 1993, Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía, cuando manifestó:

*"El inciso primero se limita a copiar parcialmente el inciso primero del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional, que "son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares". Declaración que, en rigor, no quita ni pone rey, por ser redundante. Pues el hacer tránsito a cosa juzgada, o el tener "el valor de cosa juzgada constitucional", no es en rigor un efecto de la sentencia: no, más bien es una cualidad propia de ella, en general.*

*Piénsese que aun en los casos en que la Corte declara exequible una norma acusada por vicios de forma en su creación, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues en lo sucesivo será imposible pedir la declaración de inexecutable por tales vicios.*

*Y la sentencia firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto erga omnes, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad.*

*El inciso primero del artículo 21 no presenta, en consecuencia, disparidad o contrariedad en relación con norma alguna de la constitución."*

Posteriormente la Ley 270 del 07 de marzo de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, desarrolló el artículo 243 de la Constitución Política de Colombia en el artículo 45:

*“Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución política, **tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario**”.* (Resaltado fuera de texto)

En el artículo 48 de la citada Ley Estatutaria se fijó el alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional:

*“Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

*1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, **sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.*** (Resaltado fuera de texto)

*2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad judicial”.*

Así mismo mediante la Sentencia C-131 del 1o de abril de 1993, M. Ponente Alejandro Martínez Caballero, se expresó:

*“En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta.*

*Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales*

*argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.*

*La ratio iuris de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexecutable, ella desaparece del mundo jurídico, con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto erga omnes, sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada executable, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.”*

**Así entonces, la Sentencia C-619 de 2002, empezó a surtir todos sus efectos jurídicos a partir de 8 de agosto de 2002. Por esta razón, reiteramos que para imputar responsabilidad fiscal el gestor público, éste debe actuar con dolo o culpa grave y en tal virtud, como consecuencia de ello se presenta detrimento del Erario Público.**

Surge de lo anterior, que los procesos fallados, antes del 8 de agosto de 2002 y bajo los imperativos normativos que aceptan la culpa leve como fuente de responsabilidad fiscal, producen todos sus efectos jurídicos. Así entonces, se constituye una titularidad jurídica o derechos adquiridos a favor del patrimonio público.

Lo anterior como quiera que son situaciones jurídicas individuales que ya adquirieron firmeza.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-147 de 1997, Magistrado Ponente, Antonio Barrera Carbonell, sostuvo:

*“Como reiteradamente lo ha señalado esta Corporación, siguiendo las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia, configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.*

*Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes.*

*La doctrina y la jurisprudencia contraponen a los derechos adquiridos las "meras expectativas", que se reducen a la simple posibilidad de alcanzar un derecho y que, por lo mismo, no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto. Por lo tanto, la ley nueva sí puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva, como un derecho, bajo la ley antigua.”*

En cambio en los procesos pendientes aún de decisión y cuya valoración jurídica se hubiere efectuado en el marco de la culpa leve, el fallador deberá realizar la adecuación sustantiva, según el material probatorio a la culpa grave, si a ello hubiere lugar. Por lo mismo, deberá adoptar las medidas procesales que le garanticen al inculpado el derecho a la defensa y el debido proceso según la nueva adecuación típica. Como se dijo, cuando a ella hubiere lugar.

Por lo anterior, esta Oficina Jurídica para los procesos en curso considera que, solamente en aquellos eventos en los cuales persistan los elementos que configuran la responsabilidad fiscal a título de culpa grave o dolo, la actuación administrativa podría retrotraerse y adecuarse. En los demás casos, aplicando la supremacía del artículo 90 de la Constitución Política de

*Doctora MARÍA CLAUDIA LOMBO LIEVANO, Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.* 13

Colombia y el contenido material hoy aplicables al párrafo del artículo 4º y el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, desaparece el fundamento de la responsabilidad fiscal a título de culpa leve

Cordial saludo,

*(Original firmado)*

IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE

Director Oficina Jurídica

Proyectó: Claudia Inés Ayala Leal

Revisó: Zelene Mora Valderrama, Coordinadora de Gestión (E)

GLAC/LMA /María Fanny

*Radicados: 072-0401-0424-03*

Nota: El párrafo señalado en negrilla fue aclarado mediante oficio No. 0075 de 22 de enero de 2004, la fecha correcta es 8 de agosto de 2002 tal y como aquí se señala.