

RESPONSABILIDAD FISCAL - Actos de gestión fiscal. Violación al derecho de audiencia y de defensa

Resulta a todas luces evidente para la Sala que el mencionado funcionario efectivamente cumplía actos de gestión fiscal, pues intervenía en forma directa en la administración de bienes o fondos públicos en las diferentes etapas de planeación, conservación, inversión, custodia y manejo y, por lo tanto, también era sujeto pasivo de responsabilidad fiscal dentro del proceso que promovió en su contra la Contraloría General de la República, resultando de esta manera desatinado el fallo recurrido, en cuanto desconoce tal calidad. Resulta claro para la Sala que en momento alguno la negativa de decretar la práctica de dichos testimonio puede calificarse como violatoria del derecho de audiencia y defensa del señor Bustos Rodríguez, pues tuvo a su alcance la oportunidad de manifestar su desacuerdo con para con dicha providencia mediante la interposición de los recursos que la misma Contraloría le indicó, de los cuales no hizo uso.

RESPONSABILIDAD FISCAL - Independencia con el proceso penal

En relación con la tercera glosa que se formula a la sentencia recurrida, consistente en que no asiste razón al Tribunal en sostener que por el hecho de no haberse imputado responsabilidad a los actores en el proceso penal debió haberse suspendido la continuación del proceso de responsabilidad fiscal que se adelanta contra ellos, la Sala hace notar al *a quo* que la responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, sino esencialmente de naturaleza resarcitoria, pues busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa, por lo cual el proceso que se adelanta por parte de la jurisdicción penal sobre los mismos hechos y su resultado no afecta ni incide en el proceso de responsabilidad fiscal.

RESPONSABILIDAD FISCAL - Grado de imputación fiscal a partir de la culpa leve. Tránsito procesal de legislación

la Sala considera que asiste plena razón a la recurrente, en la medida en que para la época en que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal (26 de octubre de 2001) y se resolvieron los recursos de reposición (2 de mayo de 2002) y de apelación (3 de julio de 2002), era aplicable la normativa de la Ley 42 de 1993, en virtud de la cual y por desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, el grado de culpa a partir de la que se podía establecer responsabilidad fiscal era el de la culpa leve, como se verá a continuación. En el presente asunto se tiene que, como da fe el Fallo con responsabilidad 00115 de 26 de octubre de 2001, acusado, contra el Auto de Cierre de Investigación Fiscal y Apertura de Juicio Fiscal de 18 de marzo de 1999 los actores, entre otros, interpusieron recurso de reposición, el cual se resolvió desfavorablemente por Auto 189 de 27 de abril de 1999, y mediante Auto 000326 de 2 de julio de 1999, la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales avocó el conocimiento de la etapa del Juicio Fiscal, lo cual implica que el proceso de responsabilidad fiscal seguido contra los actores debía continuar tramitándose hasta su culminación bajo los parámetros de la Ley 42 de 1993, como efectivamente sucedió.

RESPONSABILIDAD FISCAL - Los efectos del proceso no son extensibles a quienes no concurrieron a este

En relación con el argumento de la recurrente, en el sentido de que el Tribunal no debió haber declarado la nulidad de los actos acusados en su integridad, pues en ellos la Contraloría se pronunció sobre la responsabilidad fiscal de otros

investigados, la Sala se permite recordar al *a quo* que en los casos en que se solicite la declaratoria de nulidad de actos administrativos cuyos efectos se extienden a varios sujetos pero sólo algunos de ellos acudieron en demanda ante esta jurisdicción, en el eventual caso de prosperar sus pretensiones, la nulidad de dichos actos únicamente podrá declararse en cuanto a ellos afecte, pues sus efectos no son extensibles a quienes no concurrieron al correspondiente proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 42 DE 1993

NOTA DE RELATORIA: Independencia del proceso penal y el de responsabilidad fiscal, Corte Constitucional, sentencia C-619 de 2002, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; Grado de imputación fiscal a partir de la culpa leve, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 846 de 29 de julio de 1996.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., seis (6) de junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 18001-23-31-000-2002-00374-01

Actor: RODOLFO PEÑA CARDENAS Y OTRO

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 16 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá en el proceso de la referencia, mediante la cual se declaró la nulidad de los actos acusados, se exoneró de responsabilidad fiscal a los demandantes y se ordenó el levantamiento de las medidas cautelares practicadas sobre los bienes de los mismos.

I.- ANTECEDENTES

1. LAS DEMANDAS

Por conducto de apoderado, los señores RODOLFO PEÑA CÁRDENAS y CARLOS ALBERTO BUSTOS RODRÍGUEZ presentaron demandas ante el Tribunal Administrativo del Caquetá en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para que accediera a las siguientes:

1. 1. Pretensiones¹:

Se declare la nulidad de los siguientes actos:

1.- Del Fallo 00115 de 26 de octubre de 2001, proferido por la Directora de Juicios Fiscales de la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República.

2.- Del Auto 01097 de 2 de mayo de 2002 que resolvió el recurso de reposición interpuesto por los actores, entre otros, contra el Fallo de que se da cuenta en el numeral anterior.

3.- Del Auto 000196 de 3 de julio de 2002, proferido por la Contralora Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra el Fallo 00115 de 2001, confirmándolo.

¹¹ Folios 6 a 8 Radicado Tribunal núm. 2002-00374-00 y folios 2 a 4 Radicado Tribunal 2002-00404-00.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se exonere a los demandantes de toda responsabilidad fiscal y se ordene el levantamiento de las medidas cautelares practicadas sobre sus bienes.

1. 2. Los hechos que le sirven de fundamento

Ellos son, en resumen, los siguientes²:

1.- Rodolfo Peña Cárdenas se desempeñó como Gerente del Fondo Ganadero del Caquetá desde el 4 de agosto de 1978 hasta el 13 de noviembre de 1998, y Carlos Alberto Bustos Rodríguez desempeñó en dicha entidad el cargo de Secretario General y Financiero desde el 1° de agosto de 1990 hasta el 6 de marzo de 1997.

2.- Una vez se percató el primero de ellos de las irregularidades que se venían presentando al interior de la entidad que gerenciaba, relacionadas con faltantes en efectivo en caja y otros no soportados debidamente por la sección contable de la entidad, puso en conocimiento de la Junta Directiva del Fondo Ganadero del Caquetá el hurto continuado y formuló el correspondiente denuncia penal.

3.- Gracias a dicho denuncia penal y al informe que el señor Peña Cárdenas presentó al Gobernador del Departamento del Caquetá, se originó la investigación fiscal que dio origen a los actos acusados.

1. 3. Las normas violadas y el concepto de la violación.

² Folios 5 a 21 y 4 a 20 cuadernos principales.

Los actores consideran que los actos acusados violan las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación³:

El preámbulo y los artículos 1°, 2°, 5°, 6°, 21, 29 y 267 de la Constitución Política.

Los artículos 1°, 2°, 36, 83, 84, 85, 132, 136 y 152 del Código Contencioso Administrativo.

El artículo 63 del Código Civil y la Ley 42 de 1993.

De las normas constitucionales:

Aducen que los actos acusados desconocen tanto el preámbulo de la Constitución Política como el artículo 2° de la misma, en la medida en que la Contraloría en nada contribuye a garantizar la efectividad de sus derechos y garantías consagrados en la Carta, debido a que están en contravía del debido proceso, relacionado no sólo con un trámite formal y unos términos sino con un espíritu altamente protector del ciudadano, garantía de su dignidad, libertad y demás derechos fundamentales. Consecuencia de lo anterior es la vulneración del derecho a la honra y al buen nombre consagrado en el artículo 21 ibídem. Que de la misma manera viola el debido proceso en lo atinente al principio de favorabilidad aplicable a toda clase actuaciones judiciales y administrativas, porque desconoce las pruebas que obran en el proceso y que demuestran la inocencia de los actores, violándose en consecuencia el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución y que dichos actos no se encuentran debidamente motivados como lo

³ Folios 21 a 48 cuad. ppal.

establece la ley para adoptar una decisión de carácter particular y fueron expedidos con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

Que la Contraloría, al desconocer lo determinado tanto por el Tribunal Superior del Caquetá como por el Juzgado Penal del Circuito en la sentencia respectiva que exoneró de responsabilidad penal a los actores en esta demanda, en lo concerniente a la identificación de los autores del ilícito y a los elementos del tipo penal relacionadas con la no afectación del bien jurídico de la administración pública, sino el patrimonio económico particular, basó su decisión en una libre y subjetiva apreciación de su parte.

Aducen igualmente que los actos demandados desconocen que los verdaderos autores del hecho punible se determinaron de manera concreta en la investigación penal, donde se demostró que los funcionarios del área contable fueron los responsables de las conductas penales investigadas, situación que era muy difícil detectar por el Gerente y el Secretario General de la entidad.

Alegan que tanto en el proceso penal como en el fiscal nada se habla del grado de responsabilidad del Revisor Fiscal del Fondo Ganadero del Caquetá, quien debía velar por las finanzas y la actividad económica de que trata su objeto social, pues si ello se hubiera observado, sus reportes hubieran permitido trazar las políticas a seguir y detectar las anomalías que pudieran afectar el patrimonio de la entidad.

De las normas legales:

Sobre la falsa motivación, sostienen que las consideraciones que se tuvieron en cuenta para proferir los actos acusados son subjetivas y ajenas a la realidad, rayando en la arbitrariedad e inequidad, pues a los actores se les imputan unas conductas que cometieron única y exclusivamente unos funcionarios perfectamente

determinados y sentenciados penalmente como únicos responsables de los hechos; funcionarios éstos que por su grado de instrucción, cargo y manejo específico de la parte contable del Fondo Ganadero tenían la posibilidad de manipular esa parte, haciendo difícil la detección de sus irregularidades.

Indican que el artículo 63 del Código Civil distingue las tres clases de culpa, predicando la Contraloría que los demandantes incurrieron en culpa leve al tenor de la indicada norma; que es precisamente en este punto donde los funcionarios falladores al proferir los actos acusado incurren en falsa motivación, pues este tipo de disciplinas sancionatorias son estrictamente personales, es decir, se debe analizar en concreto el grado de culpabilidad real e incidente en que incurrió el investigado para deducir que con su acción u omisión se generó la defraudación al fisco.

Argumentan que si bien se menciona la responsabilidad a título de culpa leve en que supuestamente incurrieron los señores Peña Cárdenas y Bustos Rodríguez, debe observarse que lo que se les exige es una suma diligencia, que tiene que ver con el concepto de culpa levísima de que habla la norma citada.

De igual forma dicen que el término "*pormenorizado*" que emplean los investigadores fiscales, hace alusión precisamente a exigir de parte de los actores un manejo del caso con exhaustivo detalle, queriendo acomodar una función que por organización y manejo de la entidad corresponde a otros funcionarios, más no al Gerente ni al Secretario General de la entidad.

Sostienen que la falsa motivación de los actos demandados permite invocar su nulidad; que la Contraloría al ejercer una disciplina sancionatoria de ninguna manera puede desconocer el análisis de la responsabilidad personal e individual de los

imputados; que tampoco puede desconocer que la responsabilidad objetiva en esta disciplina ha quedado proscrita, más aún sin observancia de aspectos que favorecen a los procesados; que desconocen el principio según el cual en disciplinas sancionatorias la favorabilidad debe promoverse siempre de lado del procesado y que toda duda debe resolverse a su favor; que el fallador debe analizar no sólo lo desfavorable sino también lo favorable a cuestionado, de manera que constituya un todo único que garantice el debido proceso.

II. LAS CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS

Las razones de defensa de los actos acusados planteadas por la Contraloría General de la República, para el caso del señor Rodolfo Peña Cárdenas, se resumen así⁴:

Aduce que quedó demostrado que en su condición de Gerente del Fondo Ganadero del Caquetá era gestor fiscal y que no previó los efectos que con su conducta omisiva se presentaron en la entidad que dirigía; asumió una conducta negligente, permisiva, pasiva y omisiva, comprobada durante el proceso de responsabilidad fiscal.

Expresa que no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad alegado, pues no se está frente al problema de aplicación de la ley en el tiempo, por cuanto al haberse proferido el auto de apertura a juicio el 18 de marzo de 1999, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 610 de 2000, el trámite del procedimiento debía continuarse bajo los términos de la Ley 42 de 1993 hasta el fallo definitivo.

⁴ Folios 65 a 73 *ibídem*.

Cita apartes del Fallo con responsabilidad fiscal 00115 de 2001, demandado en este proceso, para expresar que el Gerente no inició las acciones previstas en la ley en el evento de incumplimiento de los términos de la conciliación, tal como quedó previsto en la cláusula séptima, incumplimiento que conoció, ya que con posterioridad a los reintegros efectuados por Sigifredo Trujillo y Tania Mosquera como resultado de dicha conciliación, quedó un faltante por recaudar y no inició las gestiones necesarias para que se cumpliera con lo pactado en la conciliación y así recuperar los dineros que causaron menoscabo al patrimonio del Estado.

Anota que la conciliación que el Fondo Ganadero llevó a cabo con las personas que reconocieron haber realizado el desfalco era la que por ley tenía que adelantar la entidad, situación que no se cuestionó en el fallo; que lo en él argumentado fue el hecho de que se incumplió con parte de lo pactado y que el actor, como Gerente, no adoptó las medidas para hacer cumplir dicha conciliación.

Para el caso del señor Carlos Alberto Bustos Rodríguez, las razones de la defensa se sintetizan así:

Que con el acto demandado no se desconoció el derecho de defensa del actor, pues tuvo la oportunidad de ser escuchado a lo largo del trámite del procedimiento administrativo que llevo a la declaratoria de su responsabilidad fiscal, en donde intervino y presentó recursos por la vía gubernativa.

Que quedó plenamente demostrada la responsabilidad del accionante, ya que asumió conductas negligentes, permisivas, omisivas y pasivas en el desempeño de sus funciones, por cuanto tenía como tales las de planear, organizar, dirigir y controlar las actividades de la empresa como objetivo específico del cargo, amén de las de velar porque las actividades económicas y financieras se registraran oportunamente de acuerdo con las normas de contabilidad generalmente aceptadas,

además de las funciones de realizar análisis financiero y ejercer el control de los ingresos y gastos de la empresa, funciones que no ejerció adecuadamente, toda vez que al interior del Fondo, para la época de los hechos, existía total desorganización y falta de dirección por parte de quienes ejercían los cargos de manejo de la entidad, situación que la llevó a que presentara iliquidez y pírricas utilidades; que pese a esta situación, el señor Bustos no hizo nada para saber qué estaba pasando.

Además de lo anterior, manifiesta que el señor Bustos Rodríguez realizó conductas activas reprochables desde todo punto de vista, tales como haber firmado con su propio puño y letra órdenes de pago que estaban giradas a nombre de otras personas, circunstancia que fue corroborada por el actor en la versión libre que rindió dentro del proceso de responsabilidad fiscal y que, así mismo, aparecen varios cheques para pagar cuentas, los cuales fueron firmados por el mencionado señor Bustos a nombre de los beneficiarios y posteriormente endosados con su firma y consignados en su cuenta bancaria personal, hechos que no fueron desvirtuados por el accionante.

Por lo anterior, sostiene, no se observa vicio alguno en las actuaciones surtidas en el proceso fiscal, pues allí obran los descargos y peticiones de pruebas de los interesados, la interposición de recursos y su debida y oportuna atención, lo cual indica que se garantizó a los actores el debido proceso y por consiguiente su derecho a la defensa.

En cuanto a la falsa motivación de los actos acusados que se aduce en la demanda, la Contraloría expresa que el señor Bustos no logró desvirtuar en el juicio fiscal adelantado en su contra los cargos imputados por su conducta omisiva, permisiva, pasiva y negligente de la cual se derivó un detrimento patrimonial de

\$70.499.235,84, razones por las cuales debe soportar las consecuencias que se derivan de su actuaciones irregulares en la gestión fiscal.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA

La fundamentación de la sentencia recurrida en apelación es, en resumen, la siguiente⁵:

Inicialmente pone de presente que el Fondo Ganadero del Caquetá S.A. es una sociedad anónima, de economía mixta, del orden nacional, con una participación accionaria minoritaria estatal.

Seguidamente estima que la responsabilidad fiscal sólo procede cuando la pérdida o daño del bien se ocasione por parte de los gestores fiscales, que de acuerdo a la Sentencia C-840/01 de la Corte Constitucional lo son, entre otros: el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor y los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puesto a su cargo, por lo cual considera que el señor Rodolfo Peña Cárdenas es sujeto de responsabilidad fiscal por las funciones que tiene asignadas.

Respecto del señor Carlos Alberto Bustos Rodríguez, quien fungía como Secretario General del Fondo, encuentra que contrario a lo manifestado en los actos acusados, “*en principio*” no sería sujeto de responsabilidad fiscal, pues de sus Estatutos no se deriva que ejerza actos propios de gestión fiscal.

⁵ Folios 153 a 168 cuad. ppal.

Sostiene que en este caso se presentó violación al principio constitucional de audiencia y defensa, integrante del principio del debido proceso administrativo, pues si bien el señor Bustos no solicitó expresamente la prueba testimonial, *“es innegable que tácitamente la solicitaba”*.

De otra parte, observa que en el presente caso se adelantó previamente al proceso de responsabilidad fiscal un proceso penal en contra de los actores en este proceso y otros sujetos, el cual finalizó exonerando de toda responsabilidad a los primeros, en razón a que quedó establecido que fueron otros empleados quienes cometieron el ilícito.

Señala que se encuentra probado que el señor Rodolfo Peña, al evidenciar las irregularidades que se estaban presentando al interior de la empresa, realizó una investigación interna y posteriormente promovió una conciliación en la que los autores de los desfalcos de la empresa se comprometieron a devolver los dineros por ellos sustraídos, y que luego presentó la correspondiente denuncia penal por considerar que no habían cumplido con lo pactado en dicha conciliación.

A continuación considera que la favorabilidad penal se debe aplicar por mandato constitucional a todas las disciplinas sancionatorias, *“como lo es el derecho fiscal y su procedimiento”*, y que *“...en casos como el presente se tiene el carácter de cosa juzgada a las sentencias penales frente a un proceso fiscal cuando se haya reconocido el hecho causante del perjuicio, el sindicado no lo cometió, en cuyo caso la eficacia de la acción indemnizatoria es dependiente de la acción penal, pues la identificación e individualización del sujeto o sujetos del ilícito es la misma.”*

Por tal razón, estima, el proceso de responsabilidad fiscal contra los actores *“...no debía continuarse por parte de la Contraloría, pues ya se había declarado por*

providencia en firme de carácter jurisdiccional penal que la conducta causante del perjuicio no la habían realizado ni cometido los actores de esta demanda....”, y la entidad de control fiscal debió haber buscado la indemnización de los dineros faltantes de los implicados en el desfalco.

Luego puntualiza que los artículos 4° y 5° de la Ley 610 de 2000 señalan que la responsabilidad fiscal solo se puede atribuir como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa a quienes realizan gestión fiscal.

De igual manera, encuentra el Tribunal que la parte demandada basó su decisión en consideraciones no aplicables al caso en cuestión, al exigir un grado de responsabilidad no concordante al establecido para estos casos en la persona investigada, teniendo como soporte el artículo 63 del Código Civil, atribuyéndoles haber incurrido en culpa leve.

A continuación, y previa referencia a la sentencia C-619 de 2002 de la Corte Constitucional, considera que la conducta antijurídica tanto para los efectos de la acción de repetición como de la responsabilidad fiscal respecto de los agentes estatales y los gestores fiscales, son equiparables al dolo y la culpa grave, dando aplicación en los dos casos a la preceptiva del artículo 90 de la Constitución Política. Es decir, que la responsabilidad fiscal solamente se puede establecer cuando el gestor fiscal que ha ocasionado o permitido que se ocasione un daño patrimonial al erario ha obrado con dolo o culpa grave, y como se aprecia en los actos acusados, a los actores se les calificó su conducta como leve.

Por lo anterior, concluye que se quebrantó el principio fundamental al debido proceso y se incurre en falsa motivación por parte de la entidad demandada, en la medida en que la decisión acusada se fundamentó en aspectos que no atendieron a la verdad

de los hechos ni a la normatividad y jurisprudencia aplicables, máxime tratándose de disciplinas resarcitorias y sancionatorias como los es el derecho fiscal.

V.- LOS FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En el correspondiente escrito⁶, el apoderado de la parte demanda solicita la revocatoria del fallo recurrido por ser contrario a derecho y por no haberse transgredido las disposiciones que en él se aduce, por las razones que se sintetizan a continuación:

Señala que de conformidad con los artículos 2º y 83 de la Ley 42 de 1993, tanto el Gerente como el Secretario General del Fondo Ganadero del Caquetá realizaban gestión fiscal de acuerdo con el Manual de Funciones de la entidad, por lo cual el segundo de ellos también es sujeto de responsabilidad de ese tipo.

Sostiene que en la sentencia recurrida se presenta una contradicción entre su parte motiva y resolutive, pues mientras que en la primera de ellas se expresa que tanto el Gerente como el Secretario General son presuntos y “*en principio*” responsables de responsabilidad fiscal, en la parte resolutive declara la nulidad de los actos acusados para ambos responsables, lo que demuestra que el Tribunal no realizó un estudio objetivo de las funciones del segundo de los responsables fiscales.

Sobre la violación del derecho de audiencia y defensa del señor Bustos Rodríguez, debido a que se denegó la práctica de recepción de testimonios, arguye que en su escrito no solicitó expresamente la práctica de los mismos ni la solitud reunía los

⁶ Folios 5 a 13 cuad. 2.

requisitos legales, además porque la Contraloría tenía elementos probatorios suficientes que hacían innecesaria dicha prueba.

Sostiene que no es válido el argumento del Tribunal, en el sentido de que el proceso de responsabilidad fiscal no debió continuarse por la Contraloría por cuanto se había declarado en sentencia penal en firme que la conducta causante del perjuicio no la habían cometido los actores sino otros funcionarios de manejo, pues el proceso de responsabilidad fiscal es autónomo e independiente de otros procesos que buscan obtener responsabilidad diferente a la fiscal.

Tampoco comparte la afirmación del Tribunal, en el sentido de que en este caso la sentencia penal tiene fuerza de cosa juzgada frente al proceso de responsabilidad fiscal, pues los fines resarcitorio en éste son la defensa del patrimonio estatal.

Enfatiza que en lo que corresponde a la responsabilidad fiscal, los dos funcionarios investigados tuvieron relación directa con la gestión de la entidad, pues desde sus cargos directivos asumieron una conducta negligente, permisiva, pasiva y omisiva, y que el Gerente en su declaración aceptó que al ausentarse de su sitio de trabajo dejaba que otras personas llenaran a su antojo los títulos valores, pese a que la entidad venía presentando iliquidez y con el agravante de ser profesional en economía, sin prestar atención a dicha problemática.

En cuanto a que la Contraloría basó su decisión en consideraciones inaplicables al exigir un grado de responsabilidad leve, como se sostiene en la sentencia apelada, se hace notar que ello no es cierto, pues los actos acusados se expedieron bajo los criterios de la Ley 42 de 1993 y no de la Ley 610 de 2000, bajo cuyas normas era perfectamente viable imputar responsabilidad hasta por culpa leve.

Llama la atención acerca de que para criticar los actos acusados, el Tribunal soporte su argumentación en sentencias de la Corte Constitucional en que se estudió la constitucionalidad de la Ley 610 de 2000, no aplicables a este asunto.

Expone que el análisis del elemento culpa, como uno de los elementos para determinar la responsabilidad fiscal, difiere en las dos legislaciones, pues aun cuando en la Ley 42 de 1993 no se establecía expresamente el grado de culpabilidad, por vía jurisprudencial se podía responsabilizar hasta por culpa leve, en la Ley 610 de 2000, en virtud de la sentencia C-619 de 2002 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el parágrafo del artículo 2° y la expresión “leve”, contenida en el artículo 53 de dicha ley, la responsabilidad fiscal sólo se puede atribuir en razón de dolo y culpa grave.

Por lo anterior, sostiene, el Tribunal aplicó una sentencia del año 2002 que analizó el tema de la culpa en la Ley 610 de 2000, fuera del contexto legal que operaba al proceso que exitosamente adelantó la Contraloría en aplicación de la norma vigente para aquel entonces.

Finalmente, cuestiona que el Tribunal haya declarado la nulidad de la integridad de los actos acusados, pasando por alto que en ellos se establece la responsabilidad fiscal de otros responsables fiscales.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público ante esta Corporación guardó silencio.

VII.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Las razones de inconformidad para con la sentencia recurrida que se plantean en el recurso interpuesto, se pueden puntualizar así:

1.- Que, contrariamente e lo señalado por el Tribunal, las funciones del cargo que desempeñaba el Carlos Bustos Rodríguez como Secretario General del Fondo Ganadero del Caquetá implicaban una gestión fiscal, por lo cual también era sujeto de control fiscal.

2.- Que, contrariamente a lo considerado por el *a quo*, no se violó el derecho de audiencia y de defensa del señor Bustos Rodríguez, pues si bien en la etapa probatoria del proceso de responsabilidad fiscal solicitó la recepción de declaraciones de terceros, la Contraloría resolvió esa petición por auto de 2 de mayo de 2002, negando su práctica por ser una prueba inconducente e impertinente y respecto de ella no interpuso recurso alguno.

3.- Que contrariamente a lo indicado en la sentencia recurrida, según la cual el proceso fiscal no debió haberse continuado en razón a que la jurisdicción penal había declarado mediante sentencia que la conducta causante del perjuicio no la había realizado ni cometido ninguno de los actores en este proceso sino otros funcionarios, plantea que el proceso de responsabilidad penal es autónomo e independiente de otros procesos que buscan obtener responsabilidad diferente a la fiscal.

4.- Que contrario a lo considerado por el Tribunal, en el sentido de que la Contraloría basó su decisión en consideraciones inaplicables por haber deducido la responsabilidad de los investigados de la culpa leve, debe tenerse en cuenta que bajo los parámetros de la Ley 42 de 1993 y la jurisprudencia sentada sobre la misma, ello era posible, a pesar de que tal grado de culpa fue eliminado en virtud de la Sentencia C-619 de 2002 de la Corte Constitucional.

5.- Que el Tribunal no debió haber declarado la nulidad de los actos acusados en su integridad, pues en ellos la Contraloría se pronunció sobre la responsabilidad fiscal de otros investigados.

Sobre dichas acusaciones, la Sala se pronuncia en los siguientes términos y en el mismo orden en que quedaron expuestos.

1.- El señor Carlos Alberto Bustos Rodríguez, para la época en que ocurrieron los hechos investigados por el ente de control fiscal, desempeñaba el cargo de Secretario General del Fondo Ganadero del Caquetá y, conforme al Manual de Funciones denominado “CONFORMACIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL A NIVEL JERÁRQUICO”⁷, dicho cargo tenía como Objetivo el de ser el “...*responsable de la dirección, coordinación, evaluación y control de las dependencias internas del Fondo, lo mismo que ejecutar y desarrollar políticas, planes y programas relacionados con la administración de personal, la administración general de la sociedad, trazar políticas comerciales de los diferentes almacenes y puntos de venta, su control y evaluación financiera, planeando, organizando dirigiendo y controlando todas las actividades comerciales de la empresa...*”; entre sus funciones relacionadas con la administración de la entidad, se destacan: “*refrendar con su*

⁷ Folios 7 a 88 cuad. 2 del Tribunal.

firma los actos administrativos del Gerente, verificando que se ajusten a las normas legales, los Estatutos de la entidad, sus reglamentos y directrices de la Asamblea General de Accionistas y de la Junta Directiva”, “firmar los títulos valores que el Fondo emita y vigilar por la custodia de los que la empresa tenga en su poder”, “en coordinación con el Departamento Financiero y Jefe de Planeación y de Sistemas, presupuestar y proyectar anualmente los ingresos y egresos del Departamento a su cargo y rendir un informe a la Gerencia sobre los parámetros tenidos en cuenta para la elaboración de estos documentos”, y en cuanto a las funciones relacionadas con el área de comercialización, le correspondía autorizar con su firma los gastos de compras y velar porque las operaciones económicas, comerciales y financieras se efectuaran de acuerdo con las políticas financieras definidas por la Junta Directiva, al igual que controlar los procesos de compras, almacenamiento y conservación de los productos, responder por el recaudo de los ingresos y el pago de las cuentas debidamente tramitas en la Sección Comercial, de todo lo cual resulta a todas luces evidente para la Sala que el mencionado funcionario efectivamente cumplía actos de gestión fiscal, pues intervenía en forma directa en la administración de bienes o fondos públicos en las diferentes etapas de planeación, conservación, inversión, custodia y manejo y, por lo tanto, también era sujeto pasivo de responsabilidad fiscal dentro del proceso que promovió en su contra la Contraloría General de la República, resultando de esta manera desatinado el fallo recurrido, en cuanto desconoce tal calidad.

En consecuencia, por este aspecto, el cargo prospera.

2.- En cuanto a la violación del derecho de audiencia y de defensa del señor Bustos Rodríguez que el Tribunal estimó como quebrantado por el hecho de haber negado la recepción de los testimonios por él solicitados en el desarrollo del proceso, se tiene lo siguiente:

Mediante Auto 00177 de 12 de mayo de 2000⁸, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República resolvió sobre la solicitud de pruebas elevada por los investigados y, en relación con el señor Bustos Rodríguez, manifestó en su parte motiva:

“El señor CARLOS ALBERTO BUSTOS RODRÍGUEZ, en su condición de Secretario General del Fondo Ganadero del Caquetá, en su escrito, no solicita pruebas, si bien es cierto relaciona nombres y direcciones de personas que llamó declarantes, no dice qué hechos pretende probar con estas declaraciones, ni para qué se deban citar estas personas a declarar ; más aún, ni siquiera se dice que se llamen a declarar, motivo por el cual el Despacho no tendrá en cuenta esta relación de declarantes, por ser una prueba inconducente e impertinente y solo estudiará los documentos que se adjuntaron al escrito.”

En la parte resolutive de dicha providencia, además de denegar la recepción de dichos testimonios, indicó en su artículo quinto:

“Contra el presente auto proceden los recursos de reposición y apelación dentro de los términos de ley.”

De lo anterior, resulta claro para la Sala que en momento alguno la negativa de decretar la práctica de dichos testimonio puede calificarse como violatoria del derecho de audiencia y defensa del señor Bustos Rodríguez, pues tuvo a su alcance

⁸ Folios 156 a 157 Cuaderno 3 anexo.

la oportunidad de manifestar su desacuerdo con para con dicha providencia mediante la interposición de los recursos que la misma Contraloría le indicó, de los cuales no hizo uso.

Por consiguiente, el cargo prospera.

3.- En relación con la tercera glosa que se formula a la sentencia recurrida, consistente en que no asiste razón al Tribunal en sostener que por el hecho de no haberse imputado responsabilidad a los actores en el proceso penal debió haberse suspendido la continuación del proceso de responsabilidad fiscal que se adelanta contra ellos, la Sala hace notar al *a quo* que la responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, sino esencialmente de naturaleza resarcitoria, pues busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa, por lo cual el proceso que se adelante por parte de la jurisdicción penal sobre los mismos hechos y su resultado no afecta ni incide en el proceso de responsabilidad fiscal.

En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-619 de 2002, en los siguientes términos:

“(…)

c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, Ley 42 de 1993). 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. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder

por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales....”

Por lo tanto, el tercer cargo también prospera.

4.- Acerca de la cuarta censura que se plantea en el recurso, en el sentido de que no asiste razón al Tribunal en cuanto considera que no era posible imputar a los actores como sustento de los actos acusados haber incurrido en culpa leve por los hechos y omisiones en que incurrieron en el desempeño de sus funciones, por cuanto *”...la responsabilidad fiscal solamente se puede establecer cuando el gestor fiscal que ha ocasionado o permitido que se ocasionara el daño patrimonial al erario ha obrado con dolo o con culpa grave”*, la Sala considera que asiste plena razón a la recurrente, en la medida en que para la época en que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal (26 de octubre de 2001) y se resolvieron los recursos de reposición (2 de mayo de 2002) y de apelación (3 de julio de 2002), era aplicable la normativa de la Ley 42 de 1993, en virtud de la cual y por desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, el grado de culpa a partir de la que se podía establecer responsabilidad fiscal era el de la culpa leve, como se verá a continuación.

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en Concepto con radicado núm. 846 de 29 de julio de 1996, consideró en relación con el grado de imputación fiscal a partir de la culpa leve, lo siguiente:

“Ahora bien, el grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse responsabilidad fiscal, es el de 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. En efecto, los servidores públicos que tienen a

su cargo no sólo la toma de decisiones que determinan la gestión fiscal sino la ejecución presupuestal a través de la ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, así como los contratistas y particulares que manejan recursos y bienes del Estado, actúan como gestores de la administración. De conformidad con el artículo 2155 del C. C. el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Por otra parte, el fallo de 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 de que se ha incurrido en culpa o descuido leve.”

Ahora bien, sobre el tránsito procesal de legislación entre la Ley 42 de 1993 y la Ley 610 de 2000, se tiene lo siguiente:

En el artículo 68 de la Ley 610 de 2000 se derogaron de manera expresa los artículos 72 a 89 de la Ley 42 de 1993, que regulaban el proceso de responsabilidad fiscal.

No obstante, en el artículo 67 de la Ley 610 de 2000 el Legislador estableció 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 Ley 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 regirán por las nuevas disposiciones. Es decir, que respecto de los procesos que hubieren llegado a la fase del juicio fiscal, se dispone la aplicación ultra activa 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 de este artículo, por su parte, recoge la fórmula jurídica tradicional que acompasa 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 regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*.

En efecto, el citado artículo prevé que:

“Artículo 67. Actuaciones en trámite. 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 regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

En sentencia C-619 de 14 de junio de 2001⁹, mediante la cual se declaró exequible el artículo 67 de la Ley 610 de 15 de agosto 2000¹⁰, la Corte Constitucional, luego de referirse a las diferencias existentes entre las regulaciones de dicha ley y las de la Ley 42 de 1993, señaló que la determinación del legislador de optar por disponer la ultra actividad de la Ley 42 de 1993 para aquellos procesos de responsabilidad fiscal que ya se encontraban en la etapa de

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 14 de junio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰ “Por la cual se establece el trámite de los proceso de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”.

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. Sobre el particular, precisó:

“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.

Adicionalmente a las diferencias generales anotadas anteriormente respecto del procedimiento, especialmente la referente a la eliminación de las etapas de investigación y juzgamiento, la Ley 610 de 2000 introdujo al proceso de responsabilidad fiscal otras modificaciones importantes cuales son: (i) La fijación de términos de caducidad de la acción y de prescripción de la responsabilidad fiscal. La primera es fijada en cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, sin que se haya iniciado auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Por su parte, la responsabilidad fiscal prescribe, al tenor de la nueva ley, en cinco (5) años contados a partir de dicho auto, si dentro de ese término no se ha producido la providencia en firme que la declare. (Artículo 9°) (ii) La precisión antes comentada contenida en el artículo 59 de la nueva Ley, según la cual “solamente será demandable ante lo contencioso administrativo el acto administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme”. (iii) La garantía incluida en el artículo 42 de la nueva Ley, según la cual “en todo caso no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea, o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.”

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 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 ultra actividad 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. [...] 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 presiden el ejercicio de la función administrativa, en especial los principios de eficacia, economía, y celeridad a que se refiere el artículo 209 superior, pues evidentemente la solución de prescribir el efecto general inmediato de la nueva ley respecto de los procesos en curso que hubieran alcanzado la fase de juzgamiento, significaría, dadas las nuevas peculiaridades del nuevo esquema procedimental, un retroceso en el trámite, y una confusión respecto de la validez e inamovilidad de lo ya surtido. 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.

De esta manera, la solución adoptada por el legislador, consistente en determinar la aplicación ultraactiva de la ley antigua, resulta adecuada y hace posible la efectividad de los mencionados principios constitucionales

relativos a la función administrativa, a la par que realiza el principio de seguridad jurídica.” (Negrillas de la Sala)

De acuerdo con lo antes consignado, en el presente asunto se tiene que, como da fe el Fallo con responsabilidad 00115 de 26 de octubre de 2001¹¹, acusado, contra el Auto de Cierre de Investigación Fiscal y Apertura de Juicio Fiscal de 18 de marzo de 1999 los actores, entre otros, interpusieron recurso de reposición, el cual se resolvió desfavorablemente por Auto 189 de 27 de abril de 1999, y mediante Auto 000326 de 2 de julio de 1999, la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales avocó el conocimiento de la etapa del Juicio Fiscal, lo cual implica que el proceso de responsabilidad fiscal seguido contra los actores debía continuar tramitándose hasta su culminación bajo los parámetros de la Ley 42 de 1993, como efectivamente sucedió.

Sin perjuicio de lo anterior, y si en gracia de discusión se aceptara la tesis del Tribunal, en el sentido de que en virtud de la inexecutable declarada por la Corte Constitucional del párrafo 2° del artículo 4° y la expresión “leve” contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, el grado de culpa a partir del cual se podía establecer la responsabilidad fiscal era la de dolo o culpa grave, tampoco le asistiría razón, por cuanto para la fecha en que se profirió el Fallo con responsabilidad fiscal (mayo 2 de 2002) y se resolvieron los recursos de reposición (2 de mayo de 2002) apelación (3 de julio de 2002) y se surtió la notificación de éste último (julio 19 de 2002), aún no se había proferido por la Corte Constitucional la Sentencia C-619, que lo fue el 8 de agosto de 2002, cuyos efectos producto de las inexecutable declaradas solo se produjeron a partir de esa fecha, sin afectar la firmeza de las decisiones adoptadas con anterioridad a ella por la Contraloría General de la República.

¹¹ Folios 11 a 22, Anexo 1 de la demanda, Exp:2002-00374.

Por lo anterior, el cargo prospera.

5.- En relación con el argumento de la recurrente, en el sentido de que el Tribunal no debió haber declarado la nulidad de los actos acusados en su integridad, pues en ellos la Contraloría se pronunció sobre la responsabilidad fiscal de otros investigados, la Sala se permite recordar al *a quo* que en los casos en que se solicite la declaratoria de nulidad de actos administrativos cuyos efectos se extienden a varios sujetos pero sólo algunos de ellos acudieron en demanda ante esta jurisdicción, en el eventual caso de prosperar sus pretensiones, la nulidad de dichos actos únicamente podrá declararse en cuanto a ellos afecte, pues sus efectos no son extensibles a quienes no concurrieron al correspondiente proceso.

En consecuencia, también prospera el cargo.

Evacuadas como se encuentran las acusaciones formuladas en el recurso de apelación, las cuales prosperaron, pero habida cuenta que de la lectura de la sentencia recurrida resulta que en ella el Tribunal no se ocupó del estudio de otros de los cargos que se formularon en contra de los actos acusados, se procede a referirse a ellos, no sin antes poner de presente que no obstante que el Tribunal dispuso en el auto admisorio de la demanda (Radicación 2002-00374, Actor: Rodolfo Peña Cárdenas)¹² se solicitaran los antecedentes administrativos de los actos acusados¹³, éstos no se allegaron al proceso, y la parte actora, a quien incumbe la carga de la prueba de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento

¹² Folio 55.

¹³ Que al parecer superan los 17.000 folios, conforme a la referencia que a ellos se hace en la parte considerativa del Fallo 00115 de 26 de octubre de 2001.

Civil¹⁴, no adelantó gestión alguna para tal efecto y guardó silencio durante toda la actuación sobre este aspecto.

Por consiguiente, la Sala se ve limitada a realizar los análisis correspondientes con base en las pruebas documentales que obran en los dos procesos que fueron acumulados en la primera instancia, en cuanto reúnan las condiciones legales para ser tenidas en cuenta.

A propósito de lo precisado anteriormente, también debe dejarse puntualizado que las copias que se allegaron del proceso penal que se adelantó contra Rodolfo Peña Cárdenas, Sigifredo Trujillo Carrera, Tania Nayid Mosquera Núñez, Mary Núñez Ledesma y Armando Pérez Alzate no serán evaluadas, ni a ellas se hará referencia alguna, en razón a que no reúnen los requisitos contemplados en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil para darles validez como pruebas trasladadas¹⁵, toda vez que son copias simples y no se practicaron *“...a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.”*

Precisado lo anterior, se procede al anunciado pronunciamiento, en los siguientes términos:

1.- No es de recibo el cargo de la demanda relativo a la supuesta violación del principio de favorabilidad, puesto que la norma constitucional que lo consagra (artículo 29) solo lo hace extensivo a los asuntos penales y no a aquellos que no tienen carácter sancionatorio, por lo cual, como lo ha sostenido la Sala, *“la consagración de tal principio en cualquiera otra materia es de índole legal, y en la*

¹⁴ “ARTÍCULO 177

¹⁵ “ARTÍCULO 185.- *Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.”*

Ley 610 de 2000 (como tampoco en la Ley 42 de 1993, añade la Sala) no fue consagrado, es decir, que en materia de responsabilidad fiscal no tiene operancia.”¹⁶

2.- Tampoco es de recibo el cargo sobre el quebrantamiento del principio fundamental al debido proceso y a la falsa motivación, fundamentado en que la parte demandada basa su decisión de declarar fiscalmente responsables a los demandantes en consideraciones no aplicables al caso, como lo fue el grado de imputación a título de culpa leve de que trata el artículo 63 del Código Civil, pues atrás se dejó claro que bajo el régimen de la Ley 42 de 1993 era legalmente posible fundamentar la responsabilidad fiscal en esa clase de culpa.

3.- Sostienen los actores que los actos acusados también incurren en falsa motivación, pues la Contraloría dedujo la responsabilidad fiscal de una serie de actuaciones que por acción u omisión se les atribuye a título de culpa leve, y por sobre todo por el hecho de que los directamente responsables del desfalco de la entidad reconocieron su autoría en el proceso penal que contra ellos se adelantó, quien son los que debe responder fiscalmente.

Por consiguiente, es necesario analizar si de la actuación de los actores se pudo inferir algún tipo de responsabilidad en forma culposa.

Ha de decirse, inicialmente, que de acuerdo con lo establecido por el artículo 83 de la Ley 42 de 1993, la responsabilidad fiscal comprende tanto al personal directivo de las entidades estatales, como a las demás personas que tomen decisiones propias de la gestión fiscal; también pueden resultar fiscalmente responsables quienes desempeñen funciones públicas de ordenación, control, dirección y coordinación; así mismo son sujetos de responsabilidad fiscal los

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 20 de enero de 2002, Consejera Ponente Dra. María Elizabeth García González, Rad: 2004-00857-01.

contratistas o los particulares, que hubieran causado perjuicios a los intereses patrimoniales del Estado.

Por lo demás, se sabe que la comisión de un acto o hecho ilícito puede ocasionar que se afecte patrimonialmente a la administración, por causa de un faltante o de una apropiación indebida de recursos públicos; pero, igualmente, la inadecuada gestión administrativa puede generar otras situaciones contrarias a la ley o los reglamentos que atenten contra los principios de la gestión pública.

Pero la responsabilidad fiscal no opera de manera objetiva, pues ello proscribe la propia Carta.

La **culpa** consiste en un error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente puesta en las mismas circunstancias que el autor del daño, perjuicio, menoscabo, omisión, etc. En materia de responsabilidad fiscal los investigados siempre se verán abocados a responder por **culpa** leve, la cual, según el artículo 63 del Código Civil, corresponde a la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Esta especie de **culpa** se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano; cuando se habla de **culpa** sin otra calificación se entiende que se trata de leve.

Código de campo cambiado

Respecto del grado de **culpabilidad** que se genera tratándose de responsabilidad fiscal el **Consejo** de Estado ha dicho:

*“Ahora bien, el grado de **culpabilidad** a partir del cual puede deducirse responsabilidad fiscal, es el de 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. En efecto, los servidores públicos que tienen a su cargo no sólo la toma de decisiones que determinan la gestión fiscal sino la ejecución presupuestal a través de la ordenación, control, dirección y*

*coordinación del gasto, así como los contratistas y particulares que manejan recursos y bienes del Estado, actúan como gestores de la administración. De conformidad con el artículo 2155 del C.C. el mandatario responde hasta de la **culpa** leve en el cumplimiento de su encargo.”¹⁷*

Si la responsabilidad fiscal de los servidores públicos se deduce por **culpa** leve, la imputación hecha por la Contraloría General de la República a los actores halla respaldo, pues se demostró plenamente que el señor Peña Cárdenas “...actuó con culpa y negligencia al incumplir sus deberes como Gerente del Fondo Ganadero del Caquetá, contemporizando con la situación de saqueo total de los recursos del Fondo y facilitando a quienes dejaba cheques firmados en blanco, que hicieran sus fechorías...”, hecho que no puede justificarse en la posible **culpa** de subalternos pues la **culpa** de ellos es **culpa** del jefe por no vigilar y controlar el trabajo y los deberes de sus colaboradores.

Un servidor público es responsable por los hechos de sus dependientes, a partir de la **culpa** in eligendo o in **vigilando**. Para el caso, se predica la **culpa** in **vigilando** por cuanto aunque directamente no se le puede endilgar al señor Rodolfo Peña Cárdenas la comisión personal de los hechos típicos, si resulta indirectamente responsable de la conducta de los agentes sobre los que tenía el poder de orientación, control y vigilancia, como se predica respecto de las dependencias encargadas de la contabilidad de la entidad y afines.

Entonces, como está demostrado que el actor no guardó el debido cuidado que su investidura le exigía, pues debió estar al tanto de la administración, organización y manejo de la entidad, incurrió en la responsabilidad que los actos acusados le imputaron e impusieron.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 29 de julio de 1996. Consejero Ponente Dr. Roberto Suárez Franco.

En este sentido, resulta importante acotar que la imputación fáctica y jurídica que formulan los actos acusados contra el actor, responden al método cómo la administración pública sustenta sus competencias y poderes de reproche y sanción, como lo confirman autores extranjeros:

*“... En el Derecho Administrativo Sancionador no vale plantear las cosas desde la perspectiva del conocimiento (ni del ficticio, que es injusto para el autor; ni del real, que es nocivo para los intereses públicos) sino desde la perspectiva de la diligencia exigible. En cada caso en concreto resulta imposible determinar si el autor conocía, o no, el ilícito, (es decir si era **culpable** o no); pero es factible, en cambio, precisar si estaba obligado a conocerlo, o no, puesto que eso se mide por la diligencia exigible a cada persona”¹⁸.*

Es evidente que el señor Peña Cárdenas conocía la obligación de “Cumplir y hacer cumplir a los funcionarios de la Sociedad las leyes, reglamentos y estatutos vigentes” (Manual de Funciones de la entidad) y, sin embargo, no ejerció ningún tipo de seguimiento para saber si se había cumplido con ella, y si ignoraba semejante obligación, es también una forma de asumir con negligencia la función, pues los directivos de la administración pública deben conocer todos los reglamentos de las tareas que asuman.

Ello es lo que declaran los actos acusados precisamente. La ausencia de **culpabilidad**, se agrega, no consiste, simplemente, en un actuar desprovisto de dolo, o de la intención positiva de infringir una norma o de causar un perjuicio a otro, como lo quiere mostrar el actor al señalar que la responsabilidad del cumplimiento de la obligación recaía en sus subordinados, pues el concepto involucra también el conducirse con un mínimo de prudencia, de atención, de cuidado, a fin de evitar incurrir en violaciones de la reglamentación que gobierna las actividades de las personas o las entidades públicas.

Entonces, la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las propias

¹⁸ NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid. Segunda Edición. Editorial TECNOS S,A, pág. 348.

obligaciones y, en general, en el actuar humano, es fuente de obligaciones y de responsabilidad jurídica.

Sobre la culpabilidad que se señaló en los actos acusados respecto del señor Carlos Alberto Bustos Rodríguez, caben los mismos planteamientos anteriores, reforzado con el hecho de que los documentos probatorios que obran en el proceso no logran desvirtuar la principal imputación que le formuló el ente de control fiscal en el Auto de Cierre de Investigación y Orden de Apertura de Juicio Fiscal, como se lee en el Fallo 00115 de 26 de octubre de 2001, consistente en que *“...también asumió conductas negligentes, permisivas, omisivas y pasivas en el desempeño de sus funciones, por cuanto tenía como tales las de planear, organizar, dirigir y controlar las actividades financieras de la empresa como objetivo específico del cargo, amén de las de velar porque las actividades económicas y financieras se registraran oportunamente de acuerdo con las normas de contabilidad generalmente aceptadas...(...)...además que tenía la importante función de hacer el análisis financiero y ejercer el control de los ingresos y gastos de la empresa, la cual no ejerció adecuadamente...”*.

Por último, tampoco puede prosperar el cargo genérico dirigido a la violación del debido proceso de los sancionados, porque como se observa de los antecedentes administrativos que se consignan en los actos acusados, tanto el Gerente de la entidad como el Secretario General de la misma tuvieron las oportunidades que les otorga la ley para intervenir en el proceso fiscal, pidieron y aportaron pruebas, hicieron uso de las vías impugnativas consagradas en su favor para controvertir las distintas decisiones adoptadas por la entidad fiscal y, no obstante ello, no lograron desvirtuar los cargos que les fueron imputados.

De consiguiente, se impone la revocatoria de la sentencia recurrida y, en su lugar, denegar las pretensiones de las demandas, como en efecto se dispondrá en la parte dispositiva de esta providencia.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia de 16 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá y, en su lugar, se dispone:

DENIÉGANSE las pretensiones de las demandas instauradas por los señores RODOLFO PEÑA CÁRDENAS y CARLOS ALBERTO BUSTOS RODRÍGUEZ, por las razones expuestas en la parte motiva.

En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
GONZÁLEZ **Presidente**

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA
Ausente con permiso