

Conclusiones sobre la responsabilidad y reparación por la indebida administración de los recursos públicos

Andrés Fernando Ospina Garzón

Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.

*Profesor titular de Derecho Administrativo de la
Universidad Externado de Colombia.*

Para uno de los fundadores de la sociología jurídica, Émile Durkheim: “En las sociedades primitivas [...] el derecho es enteramente penal [...]”¹. “La historia muestra, en efecto, que, de una manera regular, el derecho administrativo se encuentra más desarrollado en las sociedades que pertenecen a un tipo más elevado; por el contrario, mientras más nos vamos a los orígenes, éste es más rudimentario”². No obstante, el derecho administrativo sería un estado intermedio hacia el derecho más evolucionado: aquel preocupado, esencialmente, por el acuerdo de voluntades y por la reparación de los perjuicios. Pero la referencia al derecho penal no es nominal. En realidad, se refiere a que, frente a los problemas, se ejerce el poder punitivo del Estado, en lugar de otro tipo de medidas. De esta manera, frente a la mala administración de los recursos y fondos públicos, pareciera que la respuesta más evolucionada no es el reproche, sino el reintegro o la reparación de los perjuicios. A la vez, se trataría de la medida más adecuada para desincentivar la corrupción, ya que, en principio, lo que más duele al corrupto no es la sanción, ni siquiera cuando se trata de la privación de la libertad o de sus derechos políticos, sino que se le prive del incentivo y fruto de su actuación: el dinero.

1. Durkheim, É. (1893). *De la division du travail social. Livre I*. Versión digital disponible en http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/division_du_travail/division_travail_1.pdf (ver p. 78).

2. *Ibidem*, p. 119.

Pero es allí, justamente, en donde cumple su finalidad el derecho comparado: permite dudar de las ideas previas, al mostrar que instrumentos jurídicos diferentes pueden ser igual o más efectivos. Así, contrasta la situación colombiana y española, en donde se prevé un mecanismo fuerte para que los gestores del patrimonio público comprometan su responsabilidad personal con el fin de reparar los daños que causaron, frente al derecho francés, en donde dichos instrumentos existían, pero no se usaban y, recientemente, terminaron por ser suprimidos.

Para intentar algunas conclusiones comparadas, que resulten comprensibles, se analizarán los siguientes elementos: (1) los sujetos que podrían ser responsables, (2) las vías o mecanismos previstos, (3) si se trata de una reparación de perjuicios o de una sanción, (4) cuál es la causa que activa dicha responsabilidad y, finalmente, (5) si se exige una cualificación del comportamiento para dar lugar a la responsabilidad personal del agente del patrimonio público.

1) En lo relativo a los sujetos, se encuentran dos grupos: unos países que, de manera amplia, definen los sujetos pasivos de la responsabilidad por daños al patrimonio público. Allí se encuentra Brasil, en donde, de acuerdo con la ley de improbidad, se incluye a todo agente público e, incluso, al particular que induzca o contribuya con el acto de improbidad. En Chile, se trata del cuentadante, es decir, todo funcionario que administre, reciba, custodie, administre o pague con recursos financieros públicos, entendidos como dinero público. Esto significa que esta responsabilidad no se predica respecto de cualquier bien del Estado, sino únicamente frente a dinero público. Allí se prevé que existe responsabilidad solidaria entre oficiales de presupuestos y su jefatura, pero también los particulares que gestionan dichos recursos. También se incluye a los particulares que, no obstante no ejercer funciones públicas, causen daños al patrimonio público, de conformidad con el Código Civil. En España, son sujetos pasivos los funcionarios del sector público y las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público. Expresamente se dispone que son responsables los principales, sus subsidiarios y los causahabientes. Finalmente, de manera exótica, se incluye a los partidos políticos. En el segundo grupo, de definición más restringida de sujetos pasivos, se encuentra Francia, en donde, a partir de 2022, se limita al contable público y a los administradores. En Italia, inicialmente esta responsabilidad recaía únicamente sobre los miembros políticos y los empleados públicos, pero, a partir del año 2004, se ha ampliado por la naturaleza de los recursos a los gerentes de empresas y sociedades públicas (criterio objetivo basado en la naturaleza del recurso) e, incluso, respecto de los receptores privados de fondos públicos. Finalmente, en Colombia, el sujeto es el gestor fiscal, categoría transversal que reúne a

cualquier servidor público, incluidos los de elección popular y los particulares, que administren, gestionen o custodien recursos, fondos públicos e, incluso, bienes del Estado. Allí no se incluye a los particulares que, sin ser gestores fiscales, causan daños a los bienes del Estado, ni a los particulares que reciben subvenciones públicas.

2) Acerca de las vías o mecanismos previstos, existe un sistema en el que la Administración demanda a sus agentes ante los jueces civiles, como ocurre en Perú. En Brasil se cuenta con un arsenal de mecanismos, tales como la acción civil de reparación de daños al erario (se prevé, alternativamente, la condena a reparar los perjuicios al patrimonio público o la pérdida o reversión de los bienes adquiridos ilícitamente), la acción de reembolso del tesoro público, incoada por el Ministerio Público, por daños al patrimonio público que resulten de actos ilícitos, y la acción civil pública, también interpuesta por el Ministerio Público o por otras entidades públicas, si hay lesión a un interés difuso. Ahora bien, si hay irregularidad en las cuentas públicas, puede haber un proceso administrativo contable ante el Tribunal brasilero de cuentas. Resulta interesante que la ley brasilera prevea la prevalencia de la sentencia penal, en lo que concierne a la existencia misma de los hechos, al determinar que las decisiones civiles o administrativas no podrán contrariar la sentencia penal en la conclusión fáctica.

También existen sistemas en los que, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, las cortes o tribunales de cuentas establecen dicha responsabilidad civil. Así, en Italia, el mecanismo es la acción ejercida por el Fiscal General del Tribunal de Cuentas, para ser decidida por el Tribunal de Cuentas. En Chile, se trata del juzgamiento de cuentas o juicio de cuentas ante el Tribunal de Cuentas, con funciones jurisdiccionales, ubicado dentro de la Contraloría General de la Nación. De manera paralela, puede intentarse la responsabilidad civil ante los jueces ordinarios. También existe la posibilidad de sancionar por la gestión indebida de los recursos financieros públicos, y dichas sanciones van desde censura o reproche por escrito hasta multa y suspensión o destitución. En España, el Tribunal de cuentas establece la responsabilidad contable o *función jurisdiccional* mediante dos procesos: el proceso de reintegro por alcance o malversación y el juicio de cuentas para todos los eventos donde no hay malversación. El alcance es desembolso de dinero público sin justificación, falta de rendición de cuentas, no efectuar ingresos debidos, pagos indebidos, gastos sin crédito presupuestario, entre otros, y por eso, en la práctica, casi no se acude al juicio de cuentas. En Francia, antes de 2022, había dos vías, ambas centradas en la regularidad de la actuación, ante la Corte de Cuentas y ante tribunales regionales de cuentas. Pero estos mecanismos no eran eficaces. A partir de 2022, lo único que exis-

te es sanción por infracciones financieras por faltas graves que causen perjuicio financiero importante a la entidad pública. Tales sanciones son impuestas por la Corte de Cuentas (ya no tiene competencia la Corte de disciplina presupuestal y financiera). Finalmente, en Colombia, como un mecanismo de autotutela administrativa, las contralorías, en ejercicio de una función administrativa, tramitan los juicios de responsabilidad fiscal, cuyo objeto único es la reparación del detrimento patrimonial o daños causados al patrimonio público. Dicha reparación de los daños también puede obtenerse por la vía penal (incidente de reparación integral de perjuicios), a la que debe acudir-se, de manera obligatoria, si la vía administrativa prescribió.

3) Acerca de si se busca sancionar o reparar los perjuicios, el derecho brasileño presenta una situación en la que no existe una clara diferencia entre las sanciones y la reparación de perjuicios, ya que, aunque el experto refiere que se trata de sanciones, el artículo 3 de la Constitución brasileña habla del reembolso al erario; igualmente, hay sanciones cuya medida exacta es el detrimento al patrimonio público, y existen otras en las que la multa se mide en hasta veinticuatro veces el valor del beneficio obtenido y es posible disponer la pérdida del empleo y su inhabilitación hasta por catorce años. El derecho chileno mezcla, igualmente, mecanismos de reparación con instrumentos represivos, ante las superintendencias y ante la misma Contraloría. En Francia, como se indicó, actualmente se prevé únicamente la posibilidad de que la Corte de Cuentas imponga multas por infracciones graves. Dichas multas son menos graves que las que, en el pasado, imponía la Corte de disciplina presupuestal y financiera. En España, el mecanismo es resarcitorio de los daños evaluables económicamente. No obstante, respecto de los partidos políticos, se trata de una sanción de multa. Finalmente, en Colombia, el juicio de responsabilidad fiscal tiene una finalidad exclusivamente resarcitoria, aunque la condena genera la caducidad del contrato estatal que esté ejecutando el responsable fiscal, y el no pago de la condena a reparar perjuicios le inhabilita temporalmente para ejercer empleos públicos o celebrar contratos con la Administración.

4) La causa que activa la responsabilidad personal del agente del Estado se refiere, en la mayoría de los sistemas, al daño, como ocurre en Italia. En España, se trata del daño a los fondos públicos por cantidades que fueron perjudicadas, “alcanzadas” o malversadas. No obstante, se exige que ese daño resulte de una infracción presupuestaria o contable, es decir, hay un componente de ilicitud en el daño, que debe haber sido “contrario a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad”. En Colombia, el daño (detrimento patrimonial) consiste en la merma, pérdida, extravío, disminución o malgasto de los recursos públicos, y debe resultar de una

gestión fiscal ineficaz, antieconómica o ineficiente, es decir, que esta responsabilidad no se limita a la ilicitud de la actuación. Si se constata que no hay daño o que fue plenamente reparado, cesa el juicio de responsabilidad fiscal, porque agota su objeto. En Francia, antes de 2022, el contable público respondía por ingresos no recaudados o pagos irregulares y era muy estricto, sin que fuera relevante si se causó o no un perjuicio a la entidad pública. A partir de la reforma que entró a regir en 2022 se redujo esta responsabilidad porque el control recae únicamente sobre actividades de alto riesgo y solamente se predica de las faltas graves. Se redujeron sustancialmente los controles y se dio mayor libertad en el manejo de lo público. Por ello, la responsabilidad dejó de centrarse en la regularidad financiera y se preocupó por los resultados (responsabilidad “managerial”). Se pretende conciliar regularidad con incentivos para la eficacia en la gestión, permitiendo, así, que se asuman riesgos. Por eso, solamente hay sanciones cuando hay perjuicio grave y la falta es igualmente grave. Finalmente, el derecho brasileño hace énfasis en la corrupción, por lo que la ley de improbidad de 1992, modificada en 2021, centró esta responsabilidad en la falta de moralidad pública y definió cuatro causas de responsabilidad: el enriquecimiento ilícito, los actos que causan pérdidas al erario, la aplicación indebida de beneficios económicos o tributarios y la violación de los principios del derecho público. Se trata de nociones tan amplias que, necesariamente, no se limitan a eventos de corrupción, concepto que es, igualmente, indeterminado.

5) Finalmente, en lo que concierne a la cualificación del comportamiento o elemento subjetivo de la responsabilidad, el derecho italiano exige que el daño haya sido causado de manera dolosa. En España, se exige dolo, culpa o negligencia graves. En Colombia, dolo o culpa grave; en Chile, dolo o culpa, y en Brasil, aunque no se exige un elemento subjetivo, cuando se demuestra el dolo las sanciones son más graves. La cualificación del comportamiento no transforma esta responsabilidad civil en un instrumento sancionatorio, sino que protege a los agentes, al determinar un estándar alto para que se comprometa la responsabilidad personal con su propio patrimonio, y, por lo tanto, el análisis del dolo y la culpa no cumple una función de reproche o de desvalor, sino que permite abrir la puerta a este tipo de responsabilidad.

En suma, aunque existen elementos comunes en la responsabilidad personal por daños al patrimonio público, lo cierto es que la historia y el contexto de cada país son los únicos elementos que permiten evaluar si se trata de un instrumento adecuado o no para el objetivo común: proteger eficazmente el patrimonio público, como un fin de interés general.