

MEMORANDO No. 098-2017-132

Para: Dra. ANDREA MARCELA MOLINA ARAMENDIZ
Directora de Control Fiscal y Medio Ambiente

De: Dra. OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Asunto: PROCEDENCIA DE LA ACCION DE REPETICION Y
ACCION FISCAL.

CONCEPTO No. 25	20 de Septiembre de 2017
Tema:	Procedencia de la Acción de Repetición y la Acción Fiscal.
Problema Jurídico	En casos de demanda judiciales contra las Entidades públicas, y estas se han visto afectadas con el pago de intereses moratorios, es procedente la Acción de repetición o la Acción de responsabilidad Fiscal.
Fuentes formales	Constitución Política, ley 610 de 200 y 687 de 2001.
Precedente	Sentencia C 309 de 2002 Sentencia C 840 de 2001 Sentencia C 619 de 2002
Conceptos	Concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00015-00(1716)

En atención al memorando, mediante el cual La Directora Técnica de Control Fiscal y Medio Ambiente de la Contraloría Departamental del Tolima, solicita se emita concepto jurídico sobre en casos de demanda judiciales contra las Entidades públicas, y estas se han visto afectadas con el pago de intereses moratorios, es procedente la Acción de repetición o la Acción de responsabilidad Fiscal, La Dirección Técnica Jurídica, para proferir este concepto seguirá el siguiente procedimiento *i)* Estudiará la normatividad y jurisprudencia relacionada con el tema, *ii)* luego se emitirá las conclusiones *iii)* y finalmente dará respuesta a los problemas jurídicos planteados.

PROBLEMA JURIDICO:

En casos de demanda judiciales contra las Entidades públicas, y estas se han visto afectadas con el pago de intereses moratorios, es procedente la Acción de repetición o la Acción de responsabilidad Fiscal.

1) Normatividad aplicable al caso :

1.1 Ley 610 de 2000

Artículo 4°. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Parágrafo 1°. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Parágrafo 2°. **INEXEQUIBLE** El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve. **Corte Constitucional mediante Sentencia C-619 de 2002**

Artículo 5°. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

2) Precedente jurisprudencial

2.1 Sentencia C 309 de 2002.

(...)

“Así, al contrastar la norma demandada con el núcleo temático de la Ley 678, se aprecia que en efecto aquella constituye un cuerpo extraño a la materia desarrollada en esta ley pues la sola circunstancia de corresponder a dos modalidades del *ius puniendi* del Estado, no son suficientes para superar válidamente el condicionamiento de unidad de materia legislativa fijado por la Carta Política.

Existen fundadas razones para llegar a esta conclusión. En primer lugar, son diferentes las modalidades de responsabilidad a que hacen referencia los artículos 90 y 268 numeral 5 de la Constitución Política. En un caso se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la acción de repetición en contra del agente que genera el daño antijurídico, y en el otro de la responsabilidad que se deduce de la gestión fiscal. Por ello persiguen objetivos distintos, lo cual amerita hacer las correspondientes distinciones pues una es la responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables y otra es la responsabilidad por el daño que se ha causado al patrimonio del Estado como consecuencia de una gestión fiscal irregular. Es decir, el Estado se ubica en posiciones diferentes en cada caso: en el primero, el Estado es el que responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la oportunidad para repetir contra el agente que éste haya actuado con dolo o culpa grave en la producción del daño, y en el segundo, el patrimonio del Estado es el que resulta afectado en ejercicio de la gestión fiscal a cargo de servidores públicos o de particulares.



En segundo lugar, la determinación de cada modalidad de responsabilidad se lleva a cabo a través de procesos de diferente naturaleza: uno judicial y otro administrativo. De una parte, se asume el carácter judicial del proceso que se adelanta con el fin de establecer la responsabilidad patrimonial del Estado y, cuando a ello haya lugar, de la responsabilidad que corresponda a su agente del Estado, esto en consideración a la naturaleza constitucional de la figura (art. 90) y al desarrollo dado por el legislador en la Ley 678, en donde se señala que "La acción de repetición se tramitará de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa" (art. 10). De otra parte, se admite la naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal. Esta calidad ha sido reiterada en diferentes oportunidades por esta Corporación, en especial en la sentencia SU-620 de 1996, en el cual se señaló lo siguiente: 1) el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa; 2) la responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa y de carácter patrimonial; 3) esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria; 4) en el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce deben observarse las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas.^[15]

En tercer lugar, no hay conexidad teleológica, sistemática ni material entre la norma acusada y la Ley en la cual está circunscrita. En efecto, la finalidad de la Ley 678 es reglamentar la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, lo cual es un asunto distinto de la responsabilidad por la gestión fiscal y del proceso de responsabilidad fiscal. Además, el contenido de la Ley 678 corresponde a su título, es decir a la acción de repetición y al llamamiento en garantía con fines de repetición, razón que convierte a la norma demandada en un asunto extraño al tema desarrollado en la ley 678. Tampoco hay conexidad temática del aparte demandado con el contenido del artículo 2 y del parágrafo 1 en el cual se inserta, pues mientras éstos últimos se refieren a la naturaleza, los destinatarios y la procedencia de la acción de repetición, aquel alude al procedimiento que se empleará para recuperar el lucro cesante determinado por los contralores en los fallos con responsabilidad fiscal.

Finalmente, el proyecto de ley fue estructurado, discutido y aprobado desde la óptica de la acción de repetición y no desde la perspectiva de la regulación de la gestión fiscal ni del proceso de responsabilidad fiscal. En el trámite legislativo estuvo siempre presente como propósito del legislador regular la figura de la acción de repetición establecida en el artículo 90 de la Carta Política. Desde la ponencia para primer debate al proyecto de ley No. 131 de 1999 Senado se sostuvo que "el artículo 90 de la Constitución consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, prescripción lógica en un Estado de Derecho, en el cual los derechos nacen como restricción y límite al poder de las autoridades. Pero así como los ciudadanos tienen derecho de exigir del Estado responsabilidad por la infracción de los derechos fundamentales, correlativamente el Estado tiene el derecho y el deber de exigir de sus agentes la responsabilidad consiguiente. Por tal motivo, el mismo artículo 90 constitucional prescribe el derecho-deber del Estado de repetir contra sus agentes que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan causado la erogación de recursos públicos como consecuencia de una condena o de una



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

conciliación. La acción de repetición, a través de la cual se concreta lo anterior, ha sido condenada desde su creación legal en 1984 a la inaplicabilidad, ya por un régimen normativo débil, ya por una carencia absoluta de voluntad por parte de quienes tienen legitimación para incoarla".^[16]

Por lo anterior, en este caso no encuentra la Corte la conexidad objetiva y razonable exigida^[17] para garantizar la armonía material interna que exige la Constitución, por cuanto la norma demandada contiene, en efecto, una disposición extraña a la materia regulada por la Ley 678 y, al respecto, "la Corte ha sido clara en señalar que no puede haber proyectos que traten de diferentes materias"^[18]. (...)

2.2 Sentencia C- 840 de 2001

(...)

"3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.

Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

"Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, 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 por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólídum o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares^[1], sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.

4. El proceso de responsabilidad fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicen de las contralorías territoriales (art. 272, inc. 6° C.P.).

Conforme a lo anterior, las competencias que asisten a todas las contralorías se expresan a través de dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos deba darse necesariamente en todos los casos. Es decir, en un primer momento las contralorías realizan el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal seleccionados. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de daño fiscal, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal. El cual, en todo caso, está sujeto a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción.

Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos^[2].

El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa;^[3] de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso^[4] según voces del artículo 29 Superior.

Anteriormente el proceso de responsabilidad fiscal se hallaba regulado por la ley 42 de 1993. Sin embargo, ante las ostensibles inconsistencias de contenido que acusaban los artículos pertinentes, y habida consideración de la necesidad de estipular unas reglas muchos más idóneas sobre la materia, se expidió la ley 610 de 2000, "por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

En reciente pronunciamiento de esta Corporación^[5] se resumió esquemáticamente el proceso de responsabilidad fiscal previsto en la ley 610 de 2000; del cual se transcriben a continuación los siguientes apartes:

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

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

c. Cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 40). Una vez abierto el proceso, en cualquier momento podrán decretarse medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables. (Artículo 12)

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

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

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

g. El término para adelantar estas diligencias es de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

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

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

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

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

Siendo del caso enfatizar desde ahora que, con arreglo a la nueva preceptiva legal el proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente a partir de la expedición del auto de apertura (art. 40 ib.) Por contraste, **la indagación preliminar**, si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, **formalmente no hace parte del mismo**. Tanto es así que en los casos en que a través de la indagación preliminar no se logren verificar los aspectos señalados por el artículo 39 de la ley 610 dentro del término de 6 meses, se deberá concluir con un auto de archivo. Vale decir, en tales hipótesis no existirá proceso de responsabilidad fiscal, ya que su presencia se anuncia sólo a partir del auto de apertura. En consonancia con esto el artículo 9 de la misma ley sitúa la fecha de este auto como el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal. Así, pues, hoy nos hallamos ante una regulación que presenta un estructura temática y procedimental mucho más garantista del debido proceso, sin que ello obste para que los ciudadanos puedan instaurar las correspondientes demandas en acción de inconstitucionalidad.

(...)

6. Artículo 4 de la ley 610 de 2000. Indemnización de perjuicios en proceso de responsabilidad fiscal.

El actor considera que el artículo 4 de la ley 610 de 2000, al disponer que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, es contrario al artículo 268-5 de la Carta, pues, en su sentir, el objeto de la actividad de la contraloría es determinar los daños sufridos por los bienes públicos y no otros perjuicios, ya que esto compete a la rama judicial del poder público.

El artículo 90 de la Constitución consagra la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, admitiendo también la responsabilidad subjetiva de los funcionarios con base en los conceptos de dolo y culpa grave, por cuanto es posible que el daño se genere a partir de la acción u omisión de los servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito[7].



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Pero obsérvese, aquí el Estado obra como extremo infractor, a tiempo que el extremo pasivo lo constituyen las personas que lleguen a padecer los rigores y efectos perjudiciales de su injustificada acción u omisión institucional, que por regla general se traduce en una falla del servicio o en otras manifestaciones contrarias a derecho. Por ello mismo, en tratándose de **responsabilidad fiscal** resultaría impropio situarse en los dominios del artículo 90 Superior, pues, sencillamente, en tal hipótesis fiscal el Estado es justamente el extremo afectado, como que el Tesoro Público sufre los quebrantos causados por la conducta irregular de quienes ejercen gestión fiscal, sean éstos servidores públicos o particulares. Circunstancia pasiva que se hace aún más palmaria si se tiene en cuenta que en el evento de la responsabilidad fiscal el Estado no debe hacer erogación alguna, por el contrario, el resarcimiento pecuniario corre a su favor, siendo por ende impensable cualquier **acción de repetición contra funcionario alguno**. Lo cual se refuerza al recordar que no toda conducta de un servidor público vincula a la Administración.

En este sentido el grado de culpa previsto en el parágrafo 2º del artículo 4 de la ley 610 resulta pertinente y adecuado al establecimiento de la responsabilidad fiscal.

De otra parte destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal. El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite."^[8] Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). A lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610.

Pues bien, si como ya se dijo, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación ha que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. Razones por demás suficientes para desestimar el cargo del actor, según el cual el lucro cesante debería ser declarado por una autoridad que haga parte de la rama judicial.

Así las cosas, "el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa."^[9]

8 de 22



Ahora bien, con respecto al daño, esta Corporación ha sostenido:

"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio."^[10]

A todo lo anterior debe agregarse que el objeto de la responsabilidad fiscal tiene como basamento indispensable la concreción de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores, tal como lo da a entender el artículo 5 de la ley 610. De lo cual se colige que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Por todo lo anterior, el aparte del artículo 4 de la ley 610 de 2000 en el que se establece que los daños causados al erario público deben repararse mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, será declarado exequible".

2.3 Sentencia C- 619 de 2002.

(...)

1.1. *El fundamento de imputación en el proceso de responsabilidad fiscal*

Una lectura armónica de la Constitución ha conducido a que en su jurisprudencia esta Corporación haya afirmado que, si bien los preceptos constitucionales no determinan expresamente un criterio normativo de imputación de la responsabilidad fiscal —es decir, no establecen expresamente el fundamento sobre el cual sea posible atribuir el daño antijurídico a su autor—, el criterio más exigente que puede establecerse por parte del legislador es la culpa grave. Es decir, en el marco constitucional actual no podría establecerse por parte del legislador un régimen de responsabilidad fiscal que tuviera como fundamento la culpa o la culpa leve, por cuanto desde el punto de vista del sujeto del proceso de responsabilidad dichos criterios son más exigentes que la culpa grave.

Este principio de decisión tiene como fundamento la imposibilidad de que el legislador establezca un régimen de responsabilidad patrimonial de los servidores públicos que implique una exigencia mayor que aquella utilizada para determinar la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos a través de *acción de repetición*, tal y como figura en el artículo 90 de la Constitución. En efecto, en sentencia C-619 de 2002 se concluyó por parte de la Corte que, con fundamento en el principio de igualdad entre servidores públicos, el criterio de imputación en materia de responsabilidad fiscal debía ser el dolo o la culpa grave. En aquella ocasión, al analizar el párrafo 2º del artículo 4º de la ley 610 de 2000, que establecía como criterio de imputación en materia de responsabilidad fiscal la *culpa leve*, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó:

"6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.

(...)

En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable) sino eminentemente reparatoria o resarcitoria, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001." -negrilla ausente en texto original-

Por esta razón en aquella ocasión se manifestó que no existían motivos para que la ley establezca un régimen de responsabilidad fiscal y patrimonial con distintos fundamentos de imputación, lo que motivó la declaratoria de inexequibilidad de disposiciones de la ley 610 de 2000 -párrafo 2º del artículo 4º y artículo 53 (parcial)- que establecían fundamentos de imputación distintos al dolo y a la culpa grave.

Con fundamento en esta conclusión, y haciendo mención expresa de la sentencia antes mencionada, con ocasión de la demanda contra el artículo 17 de la ley 610 de 2000 la Corte afirmó que "[l]a responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, **pues para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa.** Al respecto, ha dicho la Corte que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por tanto, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente"¹ -negrilla ausente en texto original-.

Situación que confirmó la reciente sentencia C-512 de 2013, en la que con ocasión del examen de constitucionalidad del artículo 118 de la ley 1474 de 2011 se manifestó sobre los fines del proceso fiscal lo siguiente "[e]ste proceso busca determinar y, si es del caso, declarar la responsabilidad fiscal del servidor público o del particular, sobre la base de un detrimento patrimonial (daño) **imputable a una conducta culpable (dolo o culpa grave)** de éste, habiendo un nexo causal entre ambos" -negrilla ausente en texto original-.

En armonía con el fundamento constitucional que se ha establecido en la jurisprudencia de esta Corte, y en pleno acuerdo con el artículo 124 de la Constitución que prevé que "[l]a ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva", el mencionado artículo 118 de la ley 1474 de 2011 consagra que "[e]l **grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave**" -negrilla ausente en texto original- e, incluso, contiene eventos en los que el fundamento de la

¹ Sentencia C-382 de 2008.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

imputación –el dolo o la culpa grave- se presumen, presunciones que se consideraron acorde con el ordenamiento constitucional –sentencia C-512 de 2013-.

Principio de imputación que es reiteración de lo establecido por los artículos 4º y 5º de la ley 610 de 2000, de acuerdo con los cuales el criterio de imputación en materia de responsabilidad fiscal será la culpa grave y el dolo.

Es este el contexto jurídico que debe guiar el análisis que ahora realice la Corte Constitucional.

Con base en este marco normativo, pasa la Sala a dar solución al caso concreto.

2. Solución al cargo planteado

Como se explicó al inicio de esta providencia, la accionante acusó la expresión “*responsabilidad fiscal*” del artículo 119 de la ley 1474 de 2011.

Se reitera que, al no presentar argumento alguno en contra del término “fiscal” que figura en el artículo 82 de la ley 1474 de 2011, la Sala concluyó que la acusación de la accionante se dirigía específicamente en contra de la expresión del artículo 119 del cuerpo normativo referido, la cual, en términos de la acción que ahora se resuelve, habría establecido un fundamento objetivo de imputación en materia de responsabilidad fiscal.

De acuerdo con la argumentación de la accionante, la previsión de *solidaridad* entre el ordenador del gasto y las demás personas que concurran en un daño patrimonial al Estado, implica una atribución de responsabilidad con un fundamento objetivo; situación que se presentaría respecto de tres regímenes de responsabilidad diferentes: acciones populares, acción de repetición y *responsabilidad fiscal*. Es esta última la que se cuestiona en este caso, pues, en tanto el interventor de un contrato estatal es uno de los sujetos pasibles del proceso fiscal, éste estaría incluido en la solidaridad prevista y, por consiguiente, podría ser imputado objetivamente con fundamento en el precepto acusado.

La situación antes descrita, en el parecer de la accionante, implica la atribución de responsabilidad sin que sea necesario algún grado de culpabilidad, por lo cual se estaría desconociendo la presunción de inocencia prevista por el artículo 29 de la Constitución, como uno de los contenidos del derecho fundamental al debido proceso.

Debe aclararse que la demanda no cuestiona una presunta atribución de responsabilidad objetiva en las acciones populares o en las acciones de repetición, regímenes de responsabilidad de los cuales el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 también predica la solidaridad. En el presente caso se ataca exclusivamente la presunta creación de un fundamento objetivo de imputación en materia de responsabilidad fiscal, razón por la demanda ataca específicamente dicho aparte del artículo 119 del mencionado cuerpo normativo y, por consiguiente, será éste el objeto de análisis en que la Sala centre su estudio en esta ocasión.

Al ser éstos los argumentos de la acusación, y luego de analizar los contenidos constitucionales que hacen referencia al fundamento de imputación que debe aplicarse en los procesos de responsabilidad fiscal –consideración 3.2.-, la Sala recuerda que el problema jurídico planteado consiste en determinar *si el artículo 119 de la ley 1474 de 2011, en contra de las exigencias derivadas de los artículos 13, 90, 124 y 268 de la Constitución, prevé un criterio objetivo de imputación como fundamento para atribuir responsabilidad en los procesos fiscales que se adelanten en contra de, entre otros, los interventores de contratos estatales.*

Con base en las consideraciones realizadas en precedencia, la Corte Constitucional concluye que no le asiste razón a la accionante y, en consecuencia, que el artículo demandado debe ser declarado exequible.



El fundamento para dicha conclusión radica en que el marco legal vigente, en acuerdo con la Constitución Política, exige la existencia de dolo o culpa grave como fundamento de la atribución de responsabilidad de naturaleza fiscal. Por su parte, el artículo 119 de la ley 1474 de 2011, sin prever un fundamento distinto para la imputación, determina un asunto por completo distinto: que aquellos a quien sea imputada responsabilidad fiscal, responderán de forma *solidaria*.

En efecto, la ley 1474 de 2011 incluye diversos preceptos que hacen referencia a los procesos de responsabilidad fiscal. Entre ellas se cuenta el artículo 118, disposición relativa a los parámetros y fundamentos con base en los cuales debe llevarse a cabo la atribución de responsabilidad en los procesos fiscales, de acuerdo con la cual toda decisión debe tener como fundamento un grado de imputación subjetiva, que puede ser culpa grave o dolo.

En este sentido el mencionado artículo consagra:

“Artículo 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. *El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.*”

Disposición legal que reafirma lo establecido por el artículo 4° de la ley 610 de 2000, según el cual “[l]a responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la *conducta dolosa o culposa* de quienes realizan gestión fiscal (...)”; y por el artículo 5° de la misma ley, que al enumerar los elementos de la responsabilidad fiscal incluye expresamente “[u]na *conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal*” –negrilla ausente en los textos legales-.

Sin que esto implique un pronunciamiento sobre la exequibilidad de alguno de los preceptos citados, para la Sala éstos reiteran los parámetros que la jurisprudencia constitucional² ha deducido del análisis conjunto de los artículos 90, 124 y 268 de la Constitución en materia de criterios de imputación en los procesos de responsabilidad fiscal. De acuerdo con los citados criterios jurisprudenciales “[l]a responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, pues para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. Al respecto, ha dicho la Corte que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por tanto, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente”³.

Por lo anteriormente dicho, las previsiones de los artículos 4° y 5° de la ley 610 de 2000 y del artículo 118 de la ley 1474 de 2011 necesariamente determinan la lectura que se realice del tantas veces mencionado artículo 119 de la ley 1474 de 2011, precepto acusado en esta ocasión.

Una lectura conjunta de los preceptos legales conduce a concluir que:

- i) El fundamento de la responsabilidad fiscal de los interventores se encuentra en el artículo 82 de la ley 1474 de 2011, disposición que establece que responderán fiscalmente por los hechos u omisiones *que le sean imputables*;
- ii) La responsabilidad fiscal sólo será *imputable* cuando se haya comprobado la existencia de culpa grave o de dolo por parte de quien tenía a su cargo la administración o vigilancia de los bienes del Estado -incluso, el mismo artículo

² Sentencias C-619 de 2002, C-328 de 2008 y C-512 de 2013, entre otras.

³ Sentencia C-328 de 2008.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

118 prevé hipótesis en donde el dolo y la culpa grave, como elementos *sine qua non* en la imputación de responsabilidad fiscal, pueden presumirse; y

- iii) En aquellos casos en que haya sido posible imputar –con base en culpa grave o dolo- responsabilidad fiscal a más de un sujeto, éstos, por determinación expresa del artículo 119 de la ley 1474 de 2011, responderán solidariamente.

En consecuencia, la *solidaridad* que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.

La aplicación de los efectos de la *solidaridad* sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, *con base en su actuar doloso o gravemente culposo*, hayan sido encontrados responsables”.

**2.4 Sentencia del consejo de Estado Radicación – Radicación
250002326000200201304-01 (30.30)**

2.3. Finalmente, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan (Ley 678 de 2001), para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública haya sido condenada en sentencia proferida por juez competente a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma de solución de un conflicto; b) Que la entidad haya pagado totalmente a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación o en otra forma de solución de un conflicto; y c) Que la condena o la conciliación se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas⁷.

Los dos primeros corresponden a los elementos objetivos para impetrar la acción y el último al elemento subjetivo que determina la responsabilidad del agente. Por consiguiente, los anteriores requisitos son objeto de prueba para la prosperidad de la acción de repetición, esto es, la sentencia judicial que condena a la entidad pública a pagar una indemnización o la conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; el pago total y efectivo del valor de la indemnización impuesta; la calidad de servidor o ex servidor público del Estado al que se imputa la responsabilidad patrimonial y la conducta dolosa o gravemente culposa del mismo, mediante el aporte en estado de valoración (copias auténticas) de la sentencia ejecutoriada, de los actos administrativos correspondientes y demás documentos públicos o privados, así como de todas aquellas pruebas idóneas que se alleguen o soliciten en las oportunidades probatorias correspondientes. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. 8 de marzo de 2007. C.P Ruth Stella Correa Palacio. Radicación: 250002326000200201304-01 (30.30)



3) Conclusiones:

3.1 La acción de Repetición.

- Esta acción está directamente ligada a la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, respecto de los servidores públicos, en el evento en que el Estado haya sido declarado responsable mediante una sentencia, conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de terminación de un conflicto, a pagar a título de restablecimiento o reparación; los perjuicios ocasionados a un tercero que no tenía el deber jurídico de soportar, a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor público - o de un particular que desempeñe funciones públicas.
- Donde se ordena imperativamente el inicio de la acción de repetición al momento en que la Entidad pública haya realizado el reconocimiento indemnizatorio.
- El objeto o finalidad es la protección al patrimonio público.
- Entonces los requisitos de procedibilidad de la acción de repetición lo constituyen entonces tres elementos a saber:
 - (i) Que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular;
 - (ii) Que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; o particular que ejerza funciones públicas y
 - iii) Que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena la lesión al patrimonio de un tercero y la consecuente obligación de indemnizarlo por razón de una condena o de un arreglo conciliatorio, por la acción dolosa o gravemente culposa del agente del Estado.

3.2 La acción de responsabilidad fiscal

- La acción de responsabilidad fiscal es una especie de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y de las personas de derecho privado, que en este caso se origina cuando estos administran bienes, recursos o fondos públicos, y se causa un daño al patrimonio del Estado producto de una inadecuada, a causa de una conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público o particular, se determina mediante el proceso de responsabilidad



fiscal, cuya naturaleza es administrativa y su finalidad es la de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados.

- Su finalidad es resarcitoria, la protección al patrimonio del Estado.
- Los requisitos de procedibilidad de esta acción son a saber:
 - i) el daño al patrimonio del estado, ocasionado por una indebida gestión fiscal ii) la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público o particular que administre recurso y el nexo de causalidad entre el primer y segundo requisitos.
- Es claro que las dos acciones tienen una finalidad común; la protección al patrimonio del Estado, los requisitos de procedibilidad son muy distintos, como distinta es su naturaleza.
- Mientras para la acción de responsabilidad fiscal, constituye el daño al patrimonio del Estado, por la indebida gestión fiscal del servidor público o particular que administra recursos públicos, la acción de reparación directa la constituye la condena impuesto al estado por el daño antijurídico causado a un particular a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público o particular que ejerza funciones públicas.
- Una vez analizado el contenido de las dos acciones con el fundamento legal y jurisprudencial anteriormente relacionado podemos decir que en ningún caso en concreto podrá predicarse que existirá el ejercicio simultaneo de las dos acciones, ya que en aplicación del principio de la subsunción, el hecho solo podrá adecuarse a los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la una de las acciones.
- Uno de los requisitos fundamentales de procedibilidad de la acción de repetición, es el daño antijurídico causado al tercero, a quien en Estado está obligado a reparar, y los perjuicios ocasionados al Estado en virtud de esta reparación solo es preciso obtenerlos a través de la acción de repetición.
- En cambio si el daño al patrimonio del Estado se produjo por la inadecuada gestión fiscal, "sin ocasionar daño a terceros", por la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público o particular que administra recursos públicos, el resarcimiento del perjuicio causado al patrimonio del Estado solo es posible, mediante el proceso de responsabilidad fiscal.

3.3 Similitudes y diferencias de las acciones de Responsabilidad fiscal y Repetición.



SIMILITUDES	
Acción de responsabilidad fiscal	Acción de repetición
<ol style="list-style-type: none">1. Son acciones autónomas e independientes.2. No tiene contenido sancionatorio, sino reparatorio o resarcitorio.3. Tiene como finalidad la protección al patrimonio del estado4. El título de imputación es a manera de dolo o culpa grave.5. No son acciones subsidiarias ni su ejercicio es discrecional.	

DIFERENCIAS	
Acción Fiscal	Acción de Repetición
NORMATIVIDAD APLICABLE	
Ley 600 de 2000	Artículo 90 inciso 2 de la constitución Política Ley 687 de 2001
EN CUANTO A LA FUENTE	
<p>“Es una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado” Artículos SU620 DE 1996</p>	<p>Su procedencia esté sujeta a la fuente de responsabilidad patrimonial fijada por el Artículo 90 inciso 2 de la Constitución Política. De ello se infiere que la acción de repetición tiene un marco operativo limitado en relación con el ámbito de responsabilidad patrimonial del Estado. No debe perderse de vista que, de acuerdo con la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 constitucional, tal responsabilidad procede por el obrar regular o irregular del ente estatal a condición de que él haya causado a la persona un daño antijurídico que no estaba en la obligación de soportar.</p>
NATURALEZA DE LA ACCION	
La acción de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa.	La acción de repetición es de naturaleza judicial



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

En el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.	En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra el Estado.
AMBITO DE APLICACIÓN	
El servidor público o particular será responsable cuando actué en calidad de gestor fiscal.	El servidor público o particular será responsable cuando actué en ejercicio o desempeño de funciones públicas.
AUTORIDAD O JUEZ DE CONOCIMIENTO	
La contraloría General de la República, Las Contralorías Departamentales y Las Contralorías Municipales.	La Jurisdicción de lo contencioso administrativo y será competente el juez o tribunal ante el que se tramitó o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado.
TRAMITE Y PROCEDIMIENTO	
La Acción de responsabilidad fiscal Se tramitará conforme al Procedimiento señalado en la ley 600 de 2000. Ley 1437 de 2011 y Ley 1474 de 2011	La acción de repetición se tramitará de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo Ley 1437 para las acciones de reparación directa.
REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCION	
i) El daños al patrimonio del Estado ii) La conducta dolosa o gravemente culposa a causa de la indebida gestión fiscal iii) El nexa causal.	i) Que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; ii) Que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; o particular que ejerza funciones públicas y iii) Que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma



	de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.
ASPECTOS PROBATORIOS	
<p>Toda prueba tendiente a demostrar el daño al patrimonio del Estado.</p> <p>Las pruebas tendientes a demostrar el dolo o culpa grave con la que actuó el funcionario y el nexo causal.</p>	<p>Aporte de copias auténticas de la sentencia ejecutoriada o del acta de la conciliación junto con el auto aprobatorio de la misma o del documento en donde conste otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley, según el evento, y copias auténticas de los actos administrativos y demás documentos o pruebas idóneas que demuestren la cancelación de la indemnización del daño; de lo contrario, esto es, si no se cumplen esas dos condiciones y no se acreditan en forma legal dentro del proceso, el Estado no puede sacar adelante la acción contra el agente estatal.</p> <p>Siguiendo el citado precepto constitucional, es igualmente requisito para la prosperidad de la repetición el aporte de las pruebas que demuestren la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso; y que, precisamente, por dicha conducta cumplida en ejercicio de sus funciones, se causó el daño por el cual la entidad pública debió reconocer la indemnización a la víctima del mismo, dado que este aspecto subjetivo constituye, como se explicó, la columna vertebral de la acción de repetición.</p>



4. Caso en concreto

Pago de intereses moratorios y costas dentro de procesos judiciales.

4.1 Procedencia de la Acción de repetición. Verificación de los requisitos para la procedencia de esta Acción en el caso en concreto.

4.1.1 Que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; que no tenía el deber jurídico de soportar.

Observamos en el caso en comento que el mecanismo alterno de terminación del conflicto se llevó a cabo ante la jurisdicción Ordinaria, en el trámite de un proceso ejecutivo.

No se interpuso ninguna condena al estado en virtud de daños ocasionados a un tercero y que el Estado haya tenido el deber legal de reparar.

El ejecutante tenía un derecho adquirido, la entidad pública había suscrito un contrato de prestación de servicios, donde el contratista cumplió con sus obligaciones que le dio el derecho a exigir los pagos mensuales; pero la entidad contratante incumplió con dicho pagos. La obligación quedó respaldada por títulos ejecutivos representados en facturas que el contratista presentaba a la entidad para el pago, los cuales fueron utilizados para luego instaurar el proceso ejecutivo.

4.1.2 Que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; o particular que ejerza funciones públicas.

Este segundo requisito no se tuvo en cuenta, para el proceso promovido.

4.1.2 Que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.

La Entidad demandada pago lo que legalmente adeudaba, porque se trataba de un derecho adquirido, consistente en capital más intereses moratorios y costas procesales en calidad de deudor, procedentes en un proceso ejecutivo.

No se trata realmente de una condena indemnizatoria hacia la Estado; recordemos que las condenas impuestas por la jurisdicción contenciosa administrativa comprende varios ítems por los cuales el estado es condenado como daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño a la vida de relación, entre otras condenas.

Para las condenas indemnizatorias impuestas por la jurisdicción contenciosa administrativa procede el pago de interés moratorios que se contabilizan una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, de conformidad con el artículo 192



de la Ley 1437 de 2011, en relación con el cumplimiento de las sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas, preceptúa:

"ARTÍCULO 192. Cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento. Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada. **Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.**

Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria, si apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.

Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud. En asuntos de carácter laboral, cuando se condene al reintegro, si dentro del término de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, éste no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.

El incumplimiento por parte de las autoridades de las disposiciones relacionadas con el reconocimiento y pago de créditos judicialmente reconocidos acarreará las sanciones penales, disciplinarias, fiscales y patrimoniales a que haya lugar. Ejecutoriada la sentencia, para su cumplimiento, la Secretaría remitirá los oficios correspondientes."

4.2 Procedencia de la Acción Fiscal. Verificación de Requisitos para el procedimiento de esta acción en el caso en concreto.

4.2.1 Que el daño al patrimonio del Estado sea ocasionado por la indebida gestión fiscal.

Se logra evidenciar que existió vulneración al principio de planeación contractual y ecuación económica del contrato.

En virtud de estos principios las entidades estatales debe garantizar el pago del valor de los contratos realizando la apropiación de las respectivas partidas presupuestales.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

De allí la exigencia de contar con Certificado de Disponibilidad presupuestal al momento de iniciar el proceso contractual y luego con el Registro presupuestal al momento de iniciar la ejecución contractual.

Si la entidad cumple debidamente con sus obligaciones contractuales, no hay lugar que se incumpla con los pagos acordados al contratista, ni mucho menos que se tenga acudir a la vía judicial, para obtener dicho pago.

La mora en el pago de obligaciones en dinero, origina como sanción el pago de intereses moratorios.

El pago de estos interés en un contrato estatal nunca debe producirse si se tiene debidamente apropiados, los recursos para el pago oportuno.

A menos de que haya sido debidamente probado el incumplimiento de un contrato por parte del contratista, la entidad estatal nunca debe sustraerse del pago del valor del contrato como se haya acordado.

Sobre el pago de intereses moratorios se ha pronunciado el Consejo de Estado de la siguiente manera:

“Así pues, los intereses de mora son una sanción para el deudor cuando incumple la obligación de pagar en oportunidad debida una suma de dinero, que se concede a título de indemnización, bajo la modalidad de lucro cesante, a favor del acreedor de esta. Los intereses de mora (i) tienen un carácter eminentemente punitivo y resarcitorio; (ii) representan la indemnización de perjuicios por la mora en el cumplimiento de la obligación principal; (77/) se causan en virtud de la ley sin que sea menester pacto alguno; (iv) no requieren de prueba del perjuicio; (v) son exigibles con la obligación principal y se deben mientras no se cumpla lo debido; y (vi) cumplen función compensatoria del daño causado al acreedor mediante la fijación de una tasa tarifada por el legislador”.
Radicación Interna 2184 Número Único: 11001-03-06-000-2013-00517-00 del 29 de abril del 2014.

Cuando se profiere un mandamiento de pago, como en el caso en concreto este siempre incluirá el capital, los intereses de plazo si hay lugar y los moratorios, que se calcularán hasta el pago total de la obligación.

Como los intereses moratorios son una sanción para el deudor incumplido, El pago de estos como de las costas judiciales por ocasiona un daño al patrimonio del Estado.

Claramente está determinado el detrimento al patrimonio del Estado por el ejercicio irregular de la gestión fiscal; de este hecho se deriva la indebida gestión fiscal por parte del ordenador del gasto.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

5. Conclusión:

En el caso en concreto al adecuar los hechos a la norma, podemos determinar que reúne los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la Acción fiscal.

Aunque en principio existe un reconocimiento indemnizatorio originado en una conciliación, pero esta no es como consecuencia de un daño antijurídico causado a un tercero por la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público o particular que ejerza funciones públicas.

Como se analizó corresponde al pago de una obligación que ya había adquirido la entidad con la ocasión de haber celebrado un contrato; aspecto del cual se puede deducir claramente que no procede la acción de repetición y en cambio procede la acción de responsabilidad fiscal.

De esta manera procedemos dar respuesta al asunto planteado.

Cordialmente,


OLG MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Proyectó: Flor alba tipás alpala
Profesional universitario

22 de 22

Edificio Gobernación del Tolima, Piso 7
despacho.contraloria@contraloriatolima.gov.co
Web-Site: www.contraloriatolima.gov.co
PBX: 2 61 11 67 / 2 61 11 69
NIT: 890.706.847-1

