

ALCANCES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y DE LA ACCIÓN FISCAL

CARMEN CECILIA ESCOBAR DAVID
NATASIA AIVANOVNA MOW PIÑA
ALEXIS ÁLVAREZ MEJÍA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
MEDELLÍN
2006

ALCANCES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y DE LA ACCIÓN FISCAL

CARMEN CECILIA ESCOBAR DAVID - 43.754.300
NATASIA AIVANOVNA MOW PIÑA - 40.991.702
ALEXIS ÁLVAREZ MEJÍA - 71.783.782

Trabajo de grado como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Administrativo

Asesor Temático:
DOCTOR JAIME ALBERTO GARZÓN ARAQUE
Abogado, Especialista

Asesora Metodológica:
MARÍA DEL CARMEN SANDINO RESTREPO
Socióloga, Magíster en Sociología de la Educación

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
MEDELLÍN
2006

CONTENIDO

| | Pág. |
|---|------|
| RESUMEN | 5 |
| ABSTRACT | 7 |
| GLOSARIO | 8 |
| INTRODUCCIÓN | 11 |
| 1. RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, ORIENTADO EN LOS PRINCIPIOS REGULADORES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA | 14 |
| 2. DAÑO AL ESTADO | 20 |
| 2.1 CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO | 22 |
| 2.2 REQUISITOS DEL DAÑO | 23 |
| 2.3 CLASES DE DAÑO | 24 |
| 3. ACCIÓN DE REPETICIÓN | 26 |
| 3.1 GENERALIDADES | 26 |
| 4. ACCIÓN FISCAL | 38 |
| 4.1 GENERALIDADES | 38 |
| 5. ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACCIÓN DE REPETICIÓN Y POR ACCIÓN FISCAL | 43 |
| 5.1 ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACCIÓN DE REPETICIÓN | 43 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 5.2 | ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACCIÓN FISCAL | 51 |
| 6. | CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS PRESUNCIONES DE DOLO Y CULPA GRAVE EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN | 67 |
| 7. | NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y LA ACCIÓN FISCAL | 77 |
| 7.1 | NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN | 77 |
| 7.2 | NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN FISCAL | 81 |
| 8. | FUNCIONAMIENTO Y APLICABILIDAD ACTUAL DE LAS ACCIONES DE REPETICIÓN Y FISCAL | 85 |
| 8.1 | FUNCIONAMIENTO Y APLICABILIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN | 85 |
| 8.2 | FUNCIONAMIENTO Y APLICABILIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL | 96 |
| 9. | LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y LA ACCIÓN FISCAL PUEDEN ADELANTARSE SIMULTÁNEAMENTE POR UN MISMO HECHO O UNA DESPLAZA A LA OTRA | 104 |
| 10. | CONCLUSIONES | 111 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 119 |

RESUMEN

El Estado Social de Derecho llamado a impulsar el desarrollo humano dentro de un marco de estabilidad y sostenibilidad, crea mecanismos que permiten ejercer un control sobre el manejo de los recursos públicos.

Entre estos mecanismos está la acción fiscal regulada por la ley 610 del 2000 y la acción de repetición por la ley 678 de 2001, ambas orientadas a la reparación de daños ocasionados al Estado y a preservar los recursos públicos, razón por la cual, en ocasiones se confunde con un solo hecho, la procedencia de ambas acciones.

La Ley 610 de 2000, reguló la responsabilidad fiscal, con el fin de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares cuando en ejercicio de la gestión fiscal, o con ocasión de esta causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño patrimonial al estado.

La ley 678 de 2001 estableció como requisitos para la acción de repetición, que exista una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, que haya sido pagada por el Estado a favor de un tercero, con el fin de resarcir el daño causado por uno de sus agentes, mediante una conducta dolosa o gravemente culposa.

A pesar de que la acción fiscal se desenvuelve dentro del marco de la gestión fiscal, y la acción de repetición dentro del marco de la responsabilidad del Estado con fundamento en sentencias, conciliaciones y demás medios de terminación de un conflicto, en los casos en que ambos presupuestos se presenten, la

controversia debe adelantarse ante el Juez Natural que es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

ABSTRACT

The Social State of Right called to impet human development inside a stability and sustainability frame, that creates mechanisms that allow to exert a control of management of public resources.

Between these mechanisms there is the fiscal action regulated by law 610 of 2000, and action of repetition by law 678 of 2001, both oriented to damages reparation caused to the state and preservation of public resources, that is why, sometimes it is confused with an only fact, the source of both actions.

The law 610 of 2000, regulated fiscal responsibility in order to establish responsibilities for public servants and particular individuals when they are in exercise of fiscal management, or with occasion of it they cause by action or omission and intentional or seriously guilty way a patrimonial damage to the Estate.

The law 678 of 2001, established as requirements for action of repetition, there has to exist a sentence, conciliation or another way to finish a conflict, that has been paid by Estate in benefit of a third person, in order to compensate the damage cause by one their agents by means of intentional or seriously guilty behavior.

Although fiscal action develops inside a fiscal management frame and the action of repetition of the State founded in sentences, conciliation and other ways of finishing the conflict in case of both budgets appear, the controversy has to go first to the Natural Judge that it is the Jurisdiction Contentious Administrative.

GLOSARIO

ANTI JURIDICIDAD: Cuando un determinado comportamiento humano lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el interés jurídico que el Estado pretende tutelar o proteger.

BIENES: los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

CONDUCTA CULPOSA: Es la negligencia por haber actuado con bajos niveles de cuidado. Es un error de conducta en que incurre una persona imprudente, cuando la persona actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente con el deber objetivo de cuidado más la diligencia debida (comportamiento social adecuado).

CONDUCTA DOLOSA: Cuando el agente conoce el hecho y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible. Es actuar con la intención de hacer daño, de mala fe.

CONTROL FISCAL: Es una función pública, autónoma, que persigue el debido recaudo e inversión de los fondos públicos, conforme a las determinaciones legales del caso, o sea en armonía con presupuestos válidamente adoptados sobre el monto de las rentas por recaudar y los gastos e inversiones de servicios por hacer.

FUNCIÓN PÚBLICA: La función pública, implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de

desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad.

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.

PATRIMONIO: Es una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva.

RESPONSABILIDAD: Es la obligación de sufrir las consecuencias penales, fiscales, disciplinarias y civiles de un comportamiento.

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA: Cuando los servidores públicos se apartan del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la función que desempeñan o el servicio que prestan, incurriendo en conductas prohibidas que afectan el buen desempeño de la función pública. Se es responsable tanto por actuar de una determinada manera no querida por el legislador (conducta positiva) como por

dejar de realizar algo que debería hacerse según los mandatos de la ley (conducta negativa u omisión) siempre y cuando se establezca la culpabilidad del sujeto. Estos comportamientos entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas y pueden constituir o no delitos.

RESPONSABILIDAD FISCAL: Es la consecuencia de una nociva o mala gestión fiscal cuyo objetivo es buscar el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por 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.

RESPONSABILIDAD PENAL: Condiciona la pena a la ocurrencia de un hecho constitutivo de delito. Se predica cuando en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, el servidor público comete un hecho punible, de aquellos cuyo bien jurídico pertenece a la protección de la administración y función pública.

SERVIDORES PÚBLICOS: Persona natural a quien se le asigna y da cumplimiento de funciones estatales, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral. Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos

INTRODUCCIÓN

Los servidores públicos están en la obligación de cumplir la Constitución y la ley, responden por su incumplimiento, por omisión y por extralimitación en el ejercicio de sus funciones, con ello se busca evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público y el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren.

Para este trabajo de grado se aborda el tema de dos acciones de gran relevancia en nuestro ordenamiento jurídico; la acción de repetición y la acción fiscal, ambas relacionadas con la reparación de los daños ocasionados al Estado, orientadas a la preservación de los recursos públicos y a su aplicación a los fines esenciales del Estado

La acción de reparación, regulada por la ley 678 de 2001, que la describe como una acción de carácter civil y la acción fiscal, desarrollada a través de la Ley 610 de 2000, que la determina como una acción de naturaleza administrativa.

En aras de la preservación de la moralidad, transparencia, celeridad y de la efectiva realización de las tareas públicas, para la defensa y protección del erario público, existen estas acciones. Aparentemente se estaría hablando de dos acciones jurídicas de origen diferente y que vistas de esa manera no generarían mayor problema, no obstante, no existe un criterio uniforme en los Entes de Control (Contraloría General de la República, Auditoría General de la República, Contraloría General de Antioquia, Contraloría General de Medellín), lo que está ocasionando inseguridad jurídica, tanto para los entes de control, como para los

servidores y ex servidores públicos, que se evidencia en posiciones contradictorias.

Como consecuencia del estudio de estos temas a lo largo del trabajo es importante resaltar que involucra a los servidores públicos y a los contratistas y particulares habilitados jurídicamente para el manejo de recursos públicos, que hubieren causado un perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado como sujetos de estas acciones que por una conducta desplegada por ellos, pueden dar origen a varios tipos de responsabilidad, sin que ello signifique que viole el principio del Non Bis In Idem que consagra nuestra Constitución Política; en razón a que cada una de tales especies se protege un bien jurídico diferente, por esta razón no puede afirmarse válidamente que cuando un servidor público que no sea de aquellos que se mencionan en los artículos 112 y 113 del estatuto presupuestal ocasiona un daño patrimonial al Estado, sea improcedente adelantar el proceso de responsabilidad fiscal sino dar traslado a las autoridades disciplinarias o penales competentes, pues se está confundiendo la causa con el efecto.

Para el desarrollo del trabajo propuesto, será preciso estudiar las características de la acción de repetición y la acción fiscal; de igual manera, abordar temas relacionados con estas dos acciones, en torno a su naturaleza, competencia, procedencia, oportunidad, desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial, que nos permitan fijar un criterio propio y definido que pueda servir como una solución a las controversias que se presentan en las diferentes instancias.

Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar una conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se

encontrará sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública¹.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P Rodrigo Escobar Gil

1. RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, ORIENTADO EN LOS PRINCIPIOS REGULADORES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La responsabilidad es una institución que en sentido genérico corresponde a la circunstancia predicable de todo sujeto de derecho de reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente y cuyos elementos tradicionales son el daño causado, la actuación imputable al sujeto del daño y la relación de causalidad entre uno y otro.

Es uno de los principios rectores de los deberes y conductas de los servidores públicos respecto a los valores éticos que han de regir la función pública. Significa disposición y diligencia en el cumplimiento de las competencias, funciones y tareas encomendadas, el tomar la iniciativa de ofrecerse a realizarlas; así como la permanente disposición a rendir cuentas y a asumir las consecuencias de la conducta pública sin excusas de ninguna naturaleza, cuando se requiera o juzgue obligante.

El Estado para su actuación requiere de personas naturales, que a él se vinculan en la forma prevista por el legislador para que desempeñen las funciones establecidas en la Carta Política, en la ley o en el reglamento respectivo, bajo el principio rector de que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, como se establece expresamente por el artículo 123 de la C.P.

En los casos que involucran el ejercicio de la función pública, de acuerdo con el artículo 60 constitucional, la responsabilidad de los servidores públicos se genera por infracción de la Constitución o las leyes o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. A su turno, la determinación de la responsabilidad y la

manera de hacerla efectiva, conforme al artículo 124 de la Carta Política, corresponden a la ley.

La Constitución de 1991, de manera específica se ocupa de la responsabilidad del Estado, y al efecto establece en el artículo 90 de la C.P, que "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

El constituyente consagra en este artículo el daño antijurídico imputable al Estado como el fundamento de la responsabilidad personal de sus agentes.

La responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de estos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo. En tal virtud, no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones.

Se exige como presupuesto necesario para la existencia de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado que la acción u omisión de las autoridades públicas ocasionen un daño antijurídico, con lo que no hay duda que no es cualquier daño el que acarrea dicha responsabilidad, sino única y exclusivamente el que no se está obligado a soportar, pues, en ocasiones, puede existir un daño que, sin embargo, jurídicamente constituya una carga, o una molestia que en beneficio del interés general halle justificación constitucional.

El actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización².

Es claro, entonces que el sujeto de la imputación de responsabilidad es el Estado, vale decir, que no hay responsabilidad subjetiva del servidor público de manera directa con la víctima de su acción u omisión, sino una responsabilidad de carácter institucional que abarca no solo el ejercicio de la función administrativa, sino todas las actuaciones de las autoridades públicas sin importar la rama del poder público a que pertenezcan, lo mismo que cuando se trate de otros órganos autónomos e independientes creados por la Constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

El constituyente además de consagrar en el artículo 90 de la C.P, el daño antijurídico imputable al Estado, como fundamento de su responsabilidad patrimonial, también determinó el fundamento de la responsabilidad personal de sus agentes al ordenarle que repita contra estos cuando su condena a la reparación patrimonial sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de tales agentes, pero cabe destacar que esta responsabilidad patrimonial de los servidores públicos no es de carácter sancionatorio, sino reparatorio, sea que se hable de la responsabilidad fiscal o de la acción de reembolso, para que el Estado la ejerza con el propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.

² Corte Constitucional. Sentencia C-285 de abril 23 de 2002. Decisión exequible del inciso 1º del Artículo 6 de la ley 678 de 2001.

Es claro entonces, que hay lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado cuando ha producido un daño antijurídico que le resulta imputable pero también lo es que los agentes estatales están llamados a indemnizar al Estado cuando la condena a la reparación ordenada por la justicia contencioso administrativa ha tenido origen en una conducta en la que concurre la especial calificación prevista por el constituyente, sea dolosa o gravemente culposa.

En Sentencia C-540 de octubre 23 de 1997 la Honorable Corte Constitucional, Magistrado Ponente doctor Hernando Herrera Vergara, expresó sobre el Marco constitucional y legal de la responsabilidad:

“Los servidores públicos responden por infracción de la Constitución y de la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones -C.P., art. 6º-, mecanismo de control destinado a evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público y el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren. Los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado, conforme al artículo 267 ibídem, también responden fiscalmente. A su turno, la determinación de la responsabilidad y la manera de hacerla efectiva, conforme al artículo 124 de la Carta Política, corresponden a la ley.

El desconocimiento, culposo o doloso, de estas obligaciones, al desbordar el ordenamiento jurídico, puede generar responsabilidad penal, fiscal, patrimonial y disciplinaria, es decir, la responsabilidad de los servidores públicos puede revestir diversas modalidades según la naturaleza del acto que la origine: política, penal, administrativa o disciplinaria, civil y fiscal.

El marco de la responsabilidad es amplio pues, además del principio consagrado en el artículo 6º constitucional, corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (art. 124); "cualquier

persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas" (art. 92); "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (art. 121), "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...) Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (...) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas" (122), y "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio" (123).

El marco de la responsabilidad es amplio pues, además del principio consagrado en el artículo 6º constitucional, corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (art. 124); "cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas" (art. 92); "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (art. 121), "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...) Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (...) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas" (122), y "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen

aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio" (123).

Dentro de este marco, una misma conducta de un servidor público puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad: La fiscal, del daño económico o patrimonial a la administración por una indebida gestión administrativa, derivada del ejercicio de esta actividad -gestión fiscal- que tiene su fundamento en los artículos 268.5 y en la Ley 610 de 2000; o la no fiscal -eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes, sin desarrollo de gestión fiscal-; la penal, del acto irregular del servidor público que se encuentre tipificado como conducta punible la cual se concreta por la comisión de hechos punibles -; mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, artículos 7º y 65 de la Ley 610-; la responsabilidad política se deriva de conductas que atenten contra el interés general previsto en la Constitución y las leyes o mediante la acción de reparación directa -CCA, art. 86-, con sustento en el artículo 2341 del Código Civil-; por responsabilidad patrimonial- en defecto de la anterior y siempre que no se haya exonerado en el proceso penal al servidor.

Esto se evidencia entonces, para el tema objeto del presente estudio, que en la acción de repetición y la acción fiscal, las cuales se orientan a la protección del patrimonio del Estado y de allí que este se halle legitimado para perseguir una indemnización por parte de aquellos agentes estatales que se han distanciado gravemente de sus deberes y que han generado por tanto una condena reparatoria y no sancionatoria, como ya se había señalado. La Corte Constitucional también reconoce la autonomía de la responsabilidad fiscal y la caracteriza calificándola como esencialmente administrativa, patrimonial y meramente resarcitoria.

2. DAÑO AL ESTADO

Los cometidos estatales se cumplen a través de las persona que ejecutan las políticas públicas, es de esta manera que el Estado protege y hace efectivos los derechos de los habitantes en el territorio nacional, es por esta razón que las autoridades están instituidas para respetar y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares, de protegerlos en su vida, honra y bienes.

Dentro del desarrollo normal de las funciones y ejercicio de estas, los servidores públicos cometen ciertos hechos que afectan no solo a las personas, sino también al mismo Estado. Que en la mayoría de ocasiones se manifiesta en un daño causado al mismo.

En el ordenamiento jurídico Colombiano, existen dos mecanismos para buscar resarcir el daño causado al Estado, por el actuar de los funcionarios, una por medio de la acción de repetición y la otra acción conocida como la fiscal.

Para ir llevando el hilo conductor del trabajo planteado se hará referencia a la noción de daño y en especial de la noción del antijurídico, el cual se puede tener como la lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar, que traducido se tiene que el perjudicado para el caso que es objeto de análisis es el Estado, pero como se ha mencionado el daño al Estado puede tener dos connotaciones las cuales podrían configurarse no solo cuando el daño es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública se causa lesión a un bien o derecho del particular, el cual no está obligado a soportar.

Que una vez expresado el concepto del daño en general, y del causado al Estado, se entrará a hacer mención de una manera más precisa al tema del trabajo, se hará referencia al tratamiento que se tiene dentro de el ordenamiento jurídico vigente respecto al daño causado al Estado.

La Constitución Política de 1991, consagra en su artículo 90, la acción de repetición en el que se expresa:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Este precepto consagra que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, que resulten como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus agentes, esto tiene una connotación especial, que se presenta el daño en el ejercicio de funciones públicas que afectan a una persona, es decir, desde el Estado mismo se crea y se configura el daño del cual se debe de responder.

Existe además de este el daño patrimonial causado al Estado, el cual es recogido en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, que contempla los elementos configurantes de este, en efecto esta norma señala que se entiende por este “la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines

esenciales del Estado”³, ya en este evento se le causa directamente el daño al Estado, el cual se debe de resarcir.

De acuerdo con lo anterior, el régimen de responsabilidad del Estado y de sus agentes estatuido por el artículo 90 de la Carta Política, el Estado, como titular del servicio o función pública, es quien tiene la obligación principal de reparar completamente la lesión antijurídica causada. Por lo tanto, el particular lesionado no está autorizado para exigir directamente al agente el pago por los perjuicios causados, pues es el Estado quien, luego de reparar el daño, tiene el deber constitucional de repetir contra éste, pero en este evento se le causa un daño al patrimonio público por cuanto, por el reconocimiento de un hecho originado en cabeza de un funcionario público.

Que una vez de haber señalado las formas de daños al Estado, es bueno tener en cuenta que para la estimación de este se debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por tanto, entre otros factores que se han de valorar, se debe considerar que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud, esto con el fin de resarcir el daño causado.

2.1 CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO

De lo afirmado es preciso hacer mención a las características del daño para tener una mejor claridad sobre el tema que nos ocupa y que se pretende desarrollar.

El Daño dentro de nuestro contexto jurídico debe tener ciertos elementos para determinar la presencia de este, por lo cual hay que mencionar ciertos aspectos tales como:

³ Ley 610 de 2000, artículo 7°

El daño debe ser:

- **Cierto:** debe estar probado, y no calculado con base en presunciones.
- **Anormal:** que no sea el producto del desgaste natural de los bienes.
- **Cuantificable:** el daño se debe establecer en cifras concretas y en su real magnitud.
- **Actual:** el daño debe ser pasado o actual y no se podrá establecer responsabilidad fiscal con base en daños futuros, pues ello sería imputar responsabilidades con base en presunciones, y la única presunción aplicable será la presunción de inocencia, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política.

El daño patrimonial al Estado, como su nombre lo indica, es un fenómeno de carácter estrictamente pecuniario o económico: consiste en la pérdida de recursos por parte del Estado. Es el empobrecimiento del erario. De esta forma, dentro de la tipología de los perjuicios se puede establecer que el daño patrimonial al Estado es un perjuicio material quedando excluida la posibilidad de que exista un perjuicio inmaterial.

2.2 REQUISITOS DEL DAÑO

Para hacer referencia a este aspecto hay que tener en cuenta que el menoscabo de un interés debe ser referido a algo concreto como se ha mencionado, es por esta razón que se indica que este es un perjuicio material, generalmente a un bien o un beneficio que se destruye, deteriora o modifica.

El interés lesionado debe ser propio o referido a la persona afectada, es decir, que no se puede reclamar el derecho a la indemnización o reparación cuando el daño es ocasionado a otra persona, a no ser que trate de hacer uso del derecho de representación, en cuyo caso quien intenta la acción lo hace por medio de su representante legal, que procesalmente lo reemplaza.

En el daño se debe predicar la certeza, la cual se refiere a la realidad de su existencia, a la certidumbre sobre el mismo. Por tanto, el concepto está referido a su existencia y no a su monto o actualidad.

Conforme a esto los daños inciertos, no importa que sean pasados, presentes o futuros, no son indemnizables, se presenta incertidumbre del daño cuando las consecuencias del hecho dañoso no existen realmente o no son lógicas, necesarias, sino simplemente posibles, contingentes o hipotéticas.

Debe entonces, cada vez que se encuentre un posible daño patrimonial al Estado, examinarse si con la actuación de la administración el Estado ha sufrido un egreso patrimonial o ha dejado de percibir un ingreso. Hay que tener un cuidado al analizar los hechos para examinar si el Estado ha realizado desembolsos que de otra forma no habría tenido que hacer o ha dejado de percibir recursos que de otra forma hubiese percibido. En la medida en que se presente cualquiera de las dos situaciones se puede decir que se ha causado un daño patrimonial al Estado.

2.3 CLASES DE DAÑO

En nuestro país los daños se clasificado en dos categorías: los materiales y los morales.

El Código Civil se refiere, en los artículos 1613 y 1614, a los perjuicios o daños materiales de la siguiente manera:

“ARTICULO 1613. <INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

ARTICULO 1614. <DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE>. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

Se puede mencionar de los artículo transcritos que no se define el daño como tal, pero si detalla o divide en daño emergente y en lucro cesante.

Con respecto a los perjuicios materiales se ha entendido por tales los que menoscaban el patrimonio económico de las personas, en oposición a los perjuicios morales, que son los que afectan los aspectos emocionales, psicológicos o afectivos de la persona.

Una vez hecho mención al daño de una forma general y de lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, se pasará hacer referencia al daño como detrimento patrimonial del Estado.

3. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

3.1 GENERALIDADES

Para abordar el significado de la Acción de Repetición, es necesario en primer lugar hacer remisión a la Ley 678 de 2001, que la define de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2o. ACCIÓN DE REPETICIÓN. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial⁴ que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial”

Así mismo, establece la citada Ley, en su artículo 1º:

“La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.”

En virtud de dicho objeto, es importante precisar la consagración constitucional, pues es a partir de allí desde donde debe ser interpretado cualquier intento por

⁴ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484-02 de 25 de junio de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

regular la responsabilidad de los funcionarios y exfuncionarios del Estado, en los casos en que éste resulte condenado.

“ARTÍCULO 90°. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

En este orden de ideas, la Ley 678 de 2001 procurando reglamentar el artículo 90 de la Carta Política y acorde con el Artículo 8°. Literal D. Numeral 2o. de la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario" estableció la definición antes transcrita, la cual está en armonía con el artículo citado que señala:

“D. LA RENOVACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2. Una nueva cultura de gestión de lo público.

A la corrupción se le dará tratamiento de problema de Estado, entendida no solamente como saqueo del erario, sino también como un fenómeno asociado a aquellas decisiones públicas que no consultan el interés general, para favorecer intereses personales o de grupo. La lucha contra la corrupción tendrá como eje principal la reforma de la contratación pública. Para tal efecto las entidades estatales divulgarán con anticipación sus programas y presupuestos de contratación e inversión y las características de los proyectos que vayan a adelantar, a través de medios tecnológicos. Cada entidad implementará auditorías de calidad y prestación de servicios al ciudadano. Se estimulará el control

ciudadano mediante veedurías que velen por la transparencia en la gestión estatal.

Se atacará frontalmente el fenómeno de la corrupción en sus diferentes manifestaciones como un problema de Estado, ya sea por acción u omisión, con base tanto en su consideración como problema de Estado, como en la definición e implementación de acciones diversas que la prevengan y la sancionen de modo ejemplar, básicamente mediante la aplicación de la Ley de Repetición y el Estatuto Anticorrupción

La Corte Constitucional por su parte dijo, en Sentencia C-484 de 2002:

“Como es suficientemente conocido, la Constitución de 1991, a diferencia de la anterior, de manera específica se ocupa de la responsabilidad del Estado y, al efecto, establece en el artículo 90 que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, tanto por la acción como por la omisión de las autoridades públicas.

Esa norma constitucional guarda estrecha relación con el principio de legalidad de la actuación del Estado, en cuanto conforme al artículo 6 de la Carta, se señala que los servidores públicos son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, responsabilidad que el artículo 124 de la Constitución ordena que se determine por la ley y que sea ésta la que, también, precise la manera de hacerla efectiva.

Es claro, entonces, que el sujeto de la imputación de responsabilidad es el Estado, vale decir que no hay responsabilidad subjetiva del servidor público de manera directa con la víctima de su acción u omisión, sino una responsabilidad de carácter institucional que abarca no sólo el ejercicio de la función administrativa, sino todas las actuaciones de todas la autoridades públicas sin importar la rama del poder

público a que pertenezcan, lo mismo que cuando se trate de otros órganos autónomos e independientes creados por la Constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

De la misma manera, la norma constitucional contenida en el artículo 90 de la Carta, exige como presupuesto necesario para la existencia de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado que la acción u omisión de las autoridades públicas ocasione un daño antijurídico, con lo cual queda fuera de duda que no es cualquier daño el que acarrea dicha responsabilidad sino única y exclusivamente el que no se está obligado a soportar, pues, en ocasiones, puede existir un daño que, sin embargo, jurídicamente constituya una carga, o una molestia que en beneficio del interés general halle justificación constitucional.”

Así mismo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-832 de 2001 definió la Acción de Repetición así:

“La acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado.”

Se infiere del desarrollo normativo y jurisprudencial de la Acción de Repetición, que esta tiene su origen en dos elementos; uno la responsabilidad del Estado y otro, en la lucha frontal contra la Corrupción Estatal.

Si bien es cierto, el Estado a través de la Ley ha creado y regulado las herramientas a través de las cuales responderá a los particulares, por los daños ocasionados con hechos o conductas derivadas de la acción del Estado, también es cierto, que de ello se ha derivado el pago de grandes sumas provenientes de

las Arcas Estatales, que resultan siendo en suma un gasto destinado a reparar los daños causados a los particulares.

En un estado Social de Derecho, cuyos fines son:

“Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden de justo.

Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”

Resultaría paradójico que se dieran todas las herramientas para responder a un particular, con menoscabo del erario público que debía ser destinado a alcanzar los fines esenciales y colectivos y no se trasladara esa responsabilidad patrimonial, por lo menos a aquellos agentes que actúan con dolo o culpa grave.

Se quiere significar que cuando el Estado llama a responder a un agente suyo, por el daño antijurídico⁵ causado a un particular, se busca restablecer el equilibrio económico del País que tiene unas metas y fines encaminados a lograr el

⁵ La Corte Constitucional dijo, en Sentencia C-484 de 2002: “De la misma manera, la norma constitucional contenida en el artículo 90 de la Carta, exige como presupuesto necesario para la existencia de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado que la acción u omisión de las autoridades públicas ocasione un daño antijurídico, con lo cual queda fuera de duda que **no es cualquier daño el que acarrea dicha responsabilidad sino única y exclusivamente el que no se está obligado a soportar, pues, en ocasiones, puede existir un daño que, sin embargo, jurídicamente constituya una carga, o una molestia que en beneficio del interés general halle justificación constitucional**” (negritas propias)

bienestar general, metas que requieren entre otros, de recursos económicos que permitan la ejecución de planes y programas, encaminados a lograr esos objetivos.

Igualmente se dice que la acción de repetición es una herramienta para la lucha contra la corrupción, al interior de las instituciones estatales que se debilitan económicamente, cuando funcionarios inescrupulosos sobreponen su interés particular y adoptan decisiones que no consultan el interés general o los principios que orientan la administración pública y con su conducta dolosa acarrear condenas en contra de la entidad.

Claro que también es importante aclarar que hay asuntos en los que los funcionarios no actúan con ánimo de causar daño y pueden, eventualmente, ser sujetos de la acción de repetición cuando se establece que su actuación fue causada con culpa grave, la cual, al igual que el dolo, pueden ser valoradas de acuerdo con parámetros establecidos en la Ley 678 de 2001.

Es importante precisar, que como toda consecuencia de un proceso, la condena proferida por acción de repetición, conlleva un carácter retributivo y preventivo, igualmente, señala la ley 678 de 2001, en su artículo 3° que la acción tiene como finalidad garantizar la moralidad y la eficacia de la función pública, pero como acertadamente lo anota la Honorable Corporación arriba citada, la acción de repetición busca mantener incólume el patrimonio público, por ello, más que una sanción, la consecuencia que se deriva de la repetición es una condena pecuniaria, que ha de compensar el daño causado al Estado.

Encarna pues la acción de Repetición, un carácter netamente patrimonial, por cuanto su fin consiste en recuperar los dineros que ha perdido el Ente afectado como consecuencia de una condena en su contra, independientemente de otro

tipo de acciones que puedan proceder por la conducta, tales como la responsabilidad penal o la disciplinaria.

En ese orden de ideas, simultáneamente con las investigaciones penal y disciplinaria, por medio de las cuales se pretende imponer una sanción al servidor público que haya propiciado el daño antijurídico al administrado, la entidad afectada con el fallo condenatorio está obligada a interponer la acción de repetición, no con el ánimo de imponer otra sanción al servidor público, sino para recuperar los recursos que hubiere desembolsado.

Ha señalado la Carta Política en su artículo 6° que la responsabilidad de los particulares se deriva de la infracción de la Constitución y las Leyes y los servidores públicos, de éstas y de la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En tratándose de la acción de repetición estableció la Ley, que ésta sólo es procedente cuando la conducta, omisión o extralimitación dañosa que dio lugar a la demanda en contra del Estado, sea causada con culpa grave o dolo y más allá de los conceptos de dolo y culpa grave consagrados en el Código Civil, fijó unos parámetros a través de los cuales pueden presumirse los dos grados de culpabilidad admisibles; es así como señala que:

Son causales de presunción del dolo del agente público:

“

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.

3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.”⁶

Y son causales de presunción de culpa grave, del agente público:

“

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar (manifiesta e inexcusablemente)⁷ el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”

6 Artículo declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-374-02 de 14 de mayo de 2002, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Artículo declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados en la sentencia, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-778-03 de 9 de septiembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentarúa.

Mediante Sentencia C-484-02 de 25 de junio de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia C-455-02 de 12 de junio de 2002, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y sentencia C-423-02 de 28 de mayo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis la Corte Constitucional declaró estése a lo resuelto en la Sentencia C-374-02.

⁷ Aparte declarado Inexequible

En un capítulo posterior, se analizarán con mayor profundidad estas presunciones y las consecuencias que de ello se derivan, sin embargo es oportuno anticipar el pronunciamiento que al respecto hizo la Corte en Sentencia C374 de 2002, en la cual señaló:

“Finalmente observa la Corte que, en términos generales, los hechos en los que se fundamentan las presunciones de dolo y de culpa grave consagradas en las normas que se impugnan, se refieren a probabilidades fundadas en la experiencia que por ser razonables o verosímiles permiten deducir la existencia del hecho presumido. Así mismo, aprecia que dichas presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas pues al facilitar el ejercicio de la acción de repetición en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, permiten alcanzar los objetivos de garantizar la integridad del patrimonio público y la moralidad y eficacia de la función pública (arts. 123 y 209 de la C.P.)”

Vale la pena hacer relevancia en que el inicio de la acción de repetición en contra del agente del estado culpable de la condena, es de carácter obligatorio⁸ y su incumplimiento acarrea consecuencias disciplinarias para el sujeto que omite el inicio del proceso, tal como se establece en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), que señala entre las faltas gravísimas:

“36. No instaurarse en forma oportuna por parte del Representante Legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio de funciones públicas cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado.”

⁸ “ARTÍCULO 4o. OBLIGATORIEDAD. Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.” Ley 678 de 200, Inciso Primero.

Esta falta disciplinaria, guarda una conexidad objetiva y razonable con la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado que constituye la materia dominante de la ley 678, y la consagración de la mencionada falta es un instrumento significativo y adecuado para lograr el cumplimiento de las disposiciones de la misma. Adicionalmente, dicho precepto es una reiteración puntual de la exigencia de cumplir los deberes contenidos en las normas del ordenamiento jurídico, a cargo de todo servidor público, que en forma genérica contempla el Art. 34 del Código Disciplinario Único.

Corresponde a los Comités de Conciliación⁹ de las Entidades Públicas evaluar la presencia de los elementos necesarios para iniciar la acción de repetición y la conveniencia de la misma, de dicha evaluación debe quedar evidencia escrita, debidamente motivada, como lo ordena el artículo 4 de la Ley 678, inciso 2°.

Estos comités de conciliación están conformados por

“1. El Jefe de los entes de que trata el artículo 1° del presente decreto¹⁰, o su delegado.

2. El ordenador del gasto, o quien haga sus veces.

3. El Jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad.

⁹ Mediante Decreto Nro. 1214 del 29 de junio de 2000, se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998

“Artículo 5°. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

6. Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición.”

¹⁰ Artículo 1°. Campo de aplicación. El presente decreto es de obligatorio cumplimiento para las Entidades y Organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles.

4. Dos (2) funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente.

La participación de los integrantes será indelegable, con excepción de la del Jefe del ente quien podrá delegarla.

Parágrafo 1°. Concurrirán sólo con derecho a voz los funcionarios que por su condición jerárquica y funcional deban asistir según el caso concreto, el apoderado que represente los intereses del ente en cada proceso, el Jefe de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces y el Secretario Técnico del Comité.”¹¹

Esta conformación de los Comités si bien es una herramienta para realizar un control previo a la puesta en marcha del sistema judicial, para evitar desgastes económicos, procesales y personales, innecesarios, también puede conducir a situaciones inequitativas, sobre todo cuando se presentan cambios de naturaleza política en la Entidad, toda vez que el comité tendrá que conceptuar sobre la procedibilidad de la acción contra ex jefes o contra exfuncionarios de la misma entidad¹².

Considerando que este acápite sólo pretendía definir la acción de repetición y sus aspectos centrales, de acuerdo con la consagración legal y el desarrollo que de esta ha hecho la Corte, puede concluirse señalando que la acción, ampliamente definida es el mecanismo procesal a través el cual el Estado pone en marcha en aparato judicial para proteger el patrimonio público cuando una entidad pública es condenada a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos causado por causa del dolo o culpa grave del servidor público y que en consecuencia procederá si, y sólo si, se presentan los siguientes elementos:

¹¹ Artículo 3° Dcto. 1214 de 2000

¹² Revista Electrónica de difusión Científica – Universidad Sergio Arboleda Bogotá. Se Justifica la Acción de Repetición.

1. Que exista una sentencia condenatoria contra una entidad estatal o cualquier otro mecanismo de terminación de un conflicto, 2. Que la condena al estado se justifique en un daño antijurídico causado a un tercero, que no está en la obligación de soportarlo, 3. Que el daño provenga de una conducta u omisión, dolosa o gravemente culposa de un servidor público, y 4. que la entidad pública haya pagado totalmente el daño al particular.¹³

Una vez configurados los anteriores elementos, se podrá promover la acción de repetición, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste conozca en única o primera instancia, según la cuantía, del respectivo proceso, mediante el procedimiento previsto en la ley.

¹³ "Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los antijurídicos (sic) causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia" Sentencia C-832 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

4. ACCIÓN FISCAL

4.1 GENERALIDADES

Para hacer mención a esta clase de acción, es bueno manifestar que mediante ella se pretende determinar la obligación de reparar un daño causado al patrimonio público por la conducta antijurídica de un agente estatal o de un particular, en ejercicio de actos de gestión fiscal.

Para poderse predicar que se puede adelantar la acción fiscal se debe tener en cuenta el ejercicio de una gestión fiscal, situación que se devela en el desarrollo de la función atribuida a las contralorías en la Constitución Política de 1991, en el artículo 267, y la cual se traduce en la institución jurídica de responsabilidad fiscal.

En la norma constitucional se establece que:

“El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación”

La gestión fiscal es un aspecto fundamental para la procedencia de esta acción, por lo cuanto se debe establecer esta situación por parte de las Contralorías en el País, las cuales son las titulares de ésta en el ejercicio del control fiscal, y como efecto de esto y para poder derivar consecuencias jurídicas en relación con el proceso de responsabilidad fiscal.

En efecto la Ley 610 de 2000, trae una definición legal de lo que se debe entender como gestión fiscal en los siguientes términos:

“ARTICULO 3o. GESTION 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”.

Se trae a colación esta norma con el fin de dar mayor claridad sobre la acción fiscal, por cuanto como 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.

Se puede mencionar sin lugar a equívocos que 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.

La acción fiscal se materializa mediante el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, el cual 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.

Con la acción fiscal se pretende 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.

Así las cosas, puede afirmarse que la responsabilidad fiscal tiene como finalidad esencial la de resarcir al patrimonio público el daño causado, como consecuencia de una conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esta situación se establece en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que establece:

“ARTICULO 4o. 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”.

La responsabilidad es una institución que en sentido genérico corresponde a la circunstancia predicable de todo sujeto de derecho de reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente y cuyos elementos tradicionales son el daño causado, la actuación imputable al sujeto del daño y la relación de causalidad entre uno y otro.

En los casos que involucran el ejercicio de la función pública, de acuerdo con el artículo 6o constitucional, la responsabilidad de los servidores públicos se genera por infracción de la Constitución o las leyes o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. A su turno, la determinación de la responsabilidad y la

manera de hacerla efectiva, conforme al artículo 124 de la Carta Política, corresponden a la ley.

Siguiendo al Consejo de Estado, la responsabilidad de los servidores públicos puede revestir diversas modalidades según la naturaleza del acto que la origine: Política, penal, administrativa o disciplinaria, civil y fiscal. Así, la responsabilidad política se deriva de conductas que atenten contra el interés general previsto en la Constitución y las leyes; la penal, del acto irregular del servidor público que se encuentre tipificado como conducta punible; la administrativa o disciplinaria, de la inobservancia de los deberes y funciones propios de la calidad de servidor público; la patrimonial o de repetición, del acto irregular del agente que causa daños a terceros y cuyas sanciones establece el derecho privado; y la fiscal, del daño económico o patrimonial a la administración por una indebida gestión administrativa.

En este entendido la acción fiscal se adelanta por las contralorías con el fin de determinar el daño patrimonial causado al Estado, y buscar el resarcimiento una vez se ha verificado su ocurrencia, teniendo en cuenta que en el fallo que determina la responsabilidad fiscal, no se hace nada diferente de establecer la obligación de pagar una suma líquida de dinero en favor del Estado.

Las contralorías en Colombia, aparte de las funciones de control fiscal, tienen otras de carácter administrativas relacionadas con el manejo de los bienes del Estado, su apropiación indebida o la inobservancia de las normas legales, técnicas o contables, estableciéndose los procedimientos para ello, como los denominados juicios fiscales de cuentas o los procesos de responsabilidad fiscal como los denomina la Ley 610 de 2000, en virtud de los cuales se define y determina la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo, cuyas cuentas hayan sido objeto de observaciones de fondo, o la de los ordenadores del gasto público en los casos de egresos o gastos ilegales de los fondos o bienes estatales.

En razón de esa atribución se determina la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo y de los ordenadores del gasto, teniendo en cuenta para ello el valor de los bienes, dineros y especies que no se han administrado de acuerdo a la ley, pero sin que puedan determinar los perjuicios entendidos por tales la ganancia lícita que deja de obtenerse, o de méritos o gastos que se ocasionen por acto u omisión de otro y que ésta debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo que pueda sufrir la entidad estatal, de esta manera se concretiza la acción fiscal dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Como corolario de lo anterior la acción fiscal busca reparar el detrimento causado a las arcas del Estado, pero solo en aquellos eventos donde un servidor públicos o en determinadas circunstancias un particular ejercen gestión fiscal, los hayan causado, es una acción cuya titularidad la tienen las contralorías existentes por mandato constitucional.

5. ELEMENTOS PARA ESTABLECER RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACCIÓN DE REPETICIÓN Y POR RESPONSABILIDAD FISCAL

5.1 ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACCIÓN DE REPETICIÓN

Para determinar los elementos necesarios para establecer la existencia de responsabilidad patrimonial por acción de repetición, es preciso partir del mandato constitucional que expresamente consagra dicha acción.

De conformidad con el Artículo 90 de la Carta Política, la repetición procede en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos que le sean imputables y que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo.

En este orden de ideas habrá que señalar que el marco de acción se ciñe a las condenas, conciliaciones o demás formas de terminación de un conflicto, como expresamente lo contempla el inciso 2°, artículo 2° de la ley 678 de 2001, que obliguen al Estado a la reparación de daños antijurídicos causados a terceros y que se constituye en el primer elemento.

En este punto es importante precisar que si bien es cierto la Constitución Política de 1991 limita la acción de repetición al caso de condenas en contra del Estado y la Ley 678 de 2001 lo extiende a conciliaciones y otras formas de terminación de un conflicto, existe un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional al respecto.

Las expresiones “conciliación u otra forma de terminación de un conflicto”, “conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley” y “hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo”, contenidas en los artículos 2 y 8 de la Ley 678 de 2001 y 31, inciso 2, parcial, de la Ley 446 de 1998, fueron demandas por desconocer los artículos 4, inciso 1; 29 y 90, inciso 2 de la Constitución por cuanto el Constituyente de 1991, que señalan que sólo procede la acción de repetición en contra de un agente estatal cuando el Estado fuere condenado, es decir, vencido en juicio llevado a cabo ante el juez competente, por lo que no permitió la iniciación de la acción cuando el Estado haya conciliado o se hubiere terminado el conflicto por otro medio establecido en la ley.

El demandante consideró que el legislador desbordó los límites establecidos por la Constitución y al hacerlo adicionó otros supuestos distintos a los consagrados en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución. Precisa que ni la conciliación judicial o extrajudicial es equivalente a una condena judicial como tampoco a cualquier otra forma de terminación de un conflicto ya que la condena es aquella proferida por un juez al final del proceso legalmente establecido.

Señala que de aceptarse, por ejemplo, que una conciliación prejudicial administrativa homologada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, donde no hubiere sido convocado el presunto agente estatal causante del daño, sirviera de fundamento para una eventual acción de repetición, se desdibuja el debido proceso ya que el agente estatal causante del daño no habría tenido la oportunidad de defenderse y haber contado con un abogado durante el trámite conciliatorio, como tampoco hubiere tenido la oportunidad de presentar dentro de la conciliación las pruebas a su favor y controvertir las presentadas en su contra, ni mucho menos el poder impugnar ante el superior la homologación de la conciliación prejudicial administrativa que le hubiere sido desfavorable “dado que

si no fue partícipe de ella, no era sujeto procesal idóneo para apelar la providencia de homologación.”

Al respecto señaló la Corte que:

“No puede concluirse, en consecuencia, que la citada afirmación de la Corte, en el sentido de que sólo puede perseguirse al funcionario después de que se haya resuelto mediante sentencia la condena del Estado, signifique que la condena constituya un requisito insoslayable de procedibilidad en relación con la acción de repetición, por cuanto, como se ha dicho, tal afirmación estaba encaminada a precisar los fundamentos de la exequibilidad del precepto contenido en el artículo 78 de lo C.C.A., sin que ello impida que, como en efecto ocurre, puedan existir otros mecanismos equivalentes a la condena mediante sentencia e igualmente generadores de la posibilidad legítima de ejercer dicha acción de repetición, tales como la conciliación y demás formas de solución de conflicto autorizadas por la ley.

Volviendo entonces al argumento del actor en el sentido de que - al tenor de lo establecido en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política - sólo después del pronunciamiento de una condena contra el Estado podría ejercerse la acción de repetición, la Corte encuentra que no le asiste razón al accionante en cuanto tal limitación no puede deducirse siquiera de una interpretación literal de la norma superior (en cuanto el constituyente no introdujo en el texto término alguno que denote exclusividad o taxatividad).

Menos aún, puede deducirse la pretendida limitación de una interpretación teleológica de la misma, en cuanto su sentido apunta a asegurar que, en todos los casos de pronunciamiento de sentencia condenatoria (derivada de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente estatal), haya lugar al ejercicio de la acción de repetición, sin que ello signifique, en manera alguna, que *sólo* sea

procedente la acción de repetición como consecuencia de una sentencia condenatoria.

Existen, en efecto, en el ordenamiento vigente, otras formas de determinación de la responsabilidad del Estado, igualmente legítimas y expresamente reconocidas como mecanismos alternativos idóneos para la solución de conflictos, caracterizados por su celeridad y, entre ellas, precisamente la conciliación (prejudicial y judicial), que encuentra su fundamento jurídico en el artículo 116 de la Constitución.

(...)

Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a concluir que no le asiste razón al actor, al afirmar que las disposiciones contenidas en los artículos 2º. y 8º. de la Ley 678 de 2001 y en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 446 de 1998, (mediante el cual se modificó el artículo 86 del C.C.A.), - en cuanto establecen la posibilidad de ejercer la acción de repetición cuando el reconocimiento indemnizatorio no proviene de una condena sino de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto – son contrarios al precepto contenido en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política.

A tal conclusión se llega interpretando teleológicamente la aludida norma superior y determinando cómo el legislador, habilitado para tal efecto por el precepto contenido en el artículo 124 de la Constitución y utilizando un criterio de razonabilidad, procedió a hacer extensiva la posibilidad de ejercer la acción de repetición a aquellos eventos en los cuales el reconocimiento indemnizatorio se plasma en una conciliación u otra forma de terminación de conflicto permitida en la ley.

De no contarse con tales disposiciones legales, no se podría lograr la materialización de la responsabilidad patrimonial de los agentes que - con su

comportamiento doloso o gravemente culposo - hayan dado lugar a reconocimientos indemnizatorios a cargo del Estado, en cuanto tales reconocimientos quedasen plasmados en una conciliación (prejudicial o judicial), o se tendría que renunciar a la utilización de tan útiles instrumentos de solución de conflictos, con la consecuente pérdida en celeridad y economía, así como con el consiguiente sacrificio del interés general y del patrimonio del Estado.

Igualmente encuentra la Corte que tampoco le asiste razón al accionante, en cuanto sostiene que la determinación de la responsabilidad del Estado, en razón de un daño antijurídico, a través del mecanismo de la conciliación y el subsiguiente ejercicio de la acción de repetición, comporta una violación al debido proceso en relación con el agente cuyo comportamiento dio lugar al reconocimiento y pago de la correspondiente indemnización, ya que las disposiciones vigentes sobre conciliación extrajudicial o judicial en materia contencioso administrativa establecen mecanismos que aseguran a dicho agente la plenitud de las garantías que conforman el debido proceso, de conformidad con el derecho fundamental consagrado en el artículo 29 constitucional.”¹⁴

De lo anterior puede concluirse entonces, que la Corte ha convalidado que la acción de repetición procede no sólo en los casos de condenas en contra del Estado, sino también en los de conciliación y demás formas de terminación de un conflicto admitidos por la ley y con las formalidades que la misma exige.

Es de anotar que no es suficiente con que se profiera la condena o con que se cree la obligación patrimonial fijada mediante conciliación o cualquier otro medio de terminación de un conflicto en contra del Estado; es indispensable además, que dicha suma haya sido totalmente pagada, pues la finalidad de la repetición es

¹⁴ Sentencia C 338, del 03 de mayo de 2006. MAGISTRADO PONENTE Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-6017. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 8, parciales, de la Ley 678 de 2001 y 31, inciso 2, parcial, de la Ley 446 de 1998

reparar el patrimonio Estatal que se ve afectado con el pago de la condena y mal se haría en demandar la reparación de un daño que no se ha causado.

En este sentido, se dirá entonces que el término de caducidad de dos años, que de acuerdo a la ley 678 de 2001 se contaba a partir del pago; de conformidad con las Sentencias C-832 de 2001 y C 394 de 2002, empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo.

Se configura como segundo elemento, de conformidad con el texto constitucional y a su vez como un requisito objetivo: el daño antijurídico causado a un tercero, que como ya se ha señalado, en el marco de la acción de repetición, este se entiende como la lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar.

Sobre este elemento es importante hacer claridad en relación con la diferencia entre la responsabilidad del Estado y la de sus agentes. La obligación del Estado de reparar la lesión causada al particular es directa y objetiva, es decir, debe responder patrimonialmente siempre que el daño antijurídico le sea imputable, elemento de trascendental importancia, independientemente de que exista o no responsabilidad propia de uno de sus agentes. Sin embargo, el Estado solo puede ejercer la acción de repetición contra el funcionario, si éste ha actuado en forma dolosa o gravemente culposa.

Ello significa que la imputación directa al Estado de los daños antijurídicos causados por sus agentes no supone, en manera alguna, una exoneración total de la responsabilidad de estos últimos. La norma superior se ocupó igualmente de establecer las bases de la responsabilidad personal de sus agentes o funcionarios, como se ha tratado durante todo el presente trabajo, a través de la acción de

repetición, al disponer en el inciso 2° que: “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.

De acuerdo con el régimen de responsabilidad del Estado y de sus agentes, estatuido por el artículo 90 de la Carta Política, el Estado, como titular del servicio o función pública, es quien tiene la obligación principal de reparar completamente la lesión antijurídica causada al particular, siempre y cuando éste le sea imputable (imputación objetiva). Por lo tanto, el particular lesionado no está autorizado para exigir directamente al agente el pago por los perjuicios causados, pues es el Estado quien, luego de reparar el daño, tiene el deber constitucional de repetir contra éste.

Aunque puede ocurrir, que en el mismo proceso donde se debate la responsabilidad del Estado frente al particular, el Estado llame en garantía al Agente del Estado involucrado en la acción, pero ello, es una facultad potestativa del Estado, no del particular, y que procede hasta antes de finalizar el período probatorio.

Se quiere reiterar que la generación de un daño antijurídico y que sea imputable al Estado, no son suficientes para se derive la responsabilidad del agente del público por la condena; como se consagra en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, además de esta situación y de ocasionar un desmedro al patrimonio estatal se debe determinar la responsabilidad individual de la autoridad pública llamada a responder por vía de repetición.

De lo expuesto, es claro que dichos agentes están obligados a resarcir al Estado, en los casos en que la obligación pecuniaria impuesta a la Administración, como consecuencia de una condena, conciliación u otro medio de terminación de un

conflicto donde la conducta del servidor o ex servidor público concurre en la especial calificación prevista en la constitución, como dolosa o gravemente culposa.

La finalidad de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado no es otro que el de garantizar el patrimonio económico estatal, el cual debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, en los términos de lo estatuido por los artículos 2° y 209 de la Constitución Política.

En este orden de ideas la acción de repetición de la administración se dirige contra el funcionario público que por su obrar gravemente doloso o culposo ha concurrido en la producción del daño causado a un particular, lo que nos lleva a inferir que la acción ampliamente definida, es el mecanismo procesal a través del cual el Estado pone en marcha el aparato judicial para proteger el patrimonio público cuando una entidad pública es condenada a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos causados.

De esta manera, se define el tercer elemento que permite establecer la acción de repetición y que actúa como un límite para el ejercicio de la misma, consistente en que la acción u omisión de los servidores públicos, para que pueda establecerse la responsabilidad patrimonial, deben estar revestidas de culpa grave o dolo.

Vale la pena volver sobre un elemento que ya se había mencionado en el acápite de las generalidades, referente a la calificación de la conducta como dolosa o gravemente culposa previa al inicio de la acción.

De conformidad con la ley¹⁵, las entidades públicas tienen la obligación de conformar comités de conciliación que tienen entre otras, la función de evaluar la conducta del servidor público que ha dado lugar a la condena en contra del Estado para determinar, la viabilidad o no de la acción de repetición, en su contra.

En síntesis: i) Que exista una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto en contra del Estado, que haya sido totalmente pagada al tercero. ii) Que la condena se justifique en un daño antijurídico imputable al Estado y causado a un tercero, que no está en la obligación de soportarlo. iii) Que el daño provenga de una conducta u omisión, dolosa o gravemente culposa atribuible a un servidor público, son los elementos a través de los cuales se establecerá la acción de repetición en primera o única instancia, según la cuantía, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mediante el trámite previsto en la Ley.

5.2 ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD POR ACCIÓN FISCAL

Igual que para el caso de la acción repetición, se retomarán los elementos de la acción fiscal, desde la definición consagrada expresamente en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, para esta figura y desde el artículo 5 de la precitada ley.

El proceso de responsabilidad fiscal está definido como una serie de actuaciones administrativas de competencia de las Contralorías para establecer la responsabilidad de los servidores públicos y particulares que ejerzan gestión fiscal y con ocasión de dicha gestión causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño patrimonial al Estado y se le han definido como elementos los siguientes: i) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. ii) un daño patrimonial al Estado, y iii) Un nexo causal entre la primera y el segundo.

¹⁵ Artículo 4° Inciso segundo de la Ley 678 de 2000 y Decreto 1214 de 2000

El objeto de la responsabilidad fiscal es la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo, administración o disposición de dineros o bienes públicos incluyendo directivos de entidades públicas, personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado.

El marco de esta acción está referido a la Gestión Fiscal desplegada por el agente; gestión fiscal que además de cualificar la conducta, se traduce en un elemento diferenciador en relación con la acción de repetición que no se enmarca en una función específica, para que pueda derivarse, sino que comprende cualquier actividad dentro de la función pública.

La conducta como primer elemento para establecer la responsabilidad fiscal, es entonces doblemente cualificada; pues por un lado debe ser la resulta de la gestión fiscal desplegada por el funcionario público o particular y por otro, debe ser atribuible al sujeto en los grados de culpabilidad: culpa grave o dolo.

El párrafo 2º, artículo 4º de la ley 610 de 2000 señalaba que el grado de culpabilidad a través del cual podía establecerse la responsabilidad fiscal era la culpa leve, no obstante dicha disposición fue declarada inexecutable mediante sentencia C-619-02 del 08 de agosto de 2002, argumentando que:

“El criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado¹⁶, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación por el solo hecho de que a la declaración de responsabilidad se

¹⁶ Se refiere a los grados de responsabilidad para la acción de repetición

accede por distinta vía. De aceptarse el tratamiento diferencial, se estaría desconociendo abruptamente el fundamento unitario y la afinidad y concordancia existe entre los distintos tipos de responsabilidad que confluyen sin distingo ninguno en la defensa del patrimonio público”¹⁷.

El primer aspecto ha evaluar dentro de la conducta deberá ser entonces la gestión fiscal, toda vez que este es el marco dentro del cual opera esta acción. Si la conducta no puede encuadrarse dentro de este espectro, las contralorías carecerán de competencia para adelantar la acción, ello con fundamento en lo estipulado desde el texto constitucional de 1991, que en su artículo 268, consagra las atribuciones del Contralor General de la República, que en su numeral 5, de la siguiente manera:

“5ª) 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” (negritas nuestras)

La ley 610 de 2000, intenta en su artículo 3° definir lo que es la gestión fiscal, para lo cual acude a señalar una serie de actividades relacionadas con la disposición de los recursos públicos, que valga decir, sirven a manera de ejemplo y no son taxativas; para decir finalmente que todas aquellas actividades tendientes al cumplimiento de los cometidos estatales han de estar sujetas a los principios de legalidad, eficiencia, economía, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Hay que agregar que el espectro del control fiscal, con la constitución de 1991 se amplió, permitiendo a su vez una ampliación de la responsabilidad fiscal, pues ahora no sólo se concibe el detrimento que un servidor público le pueda causar al

¹⁷ Sentencia C-619-02. Magistrados Ponentes Drs. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil

patrimonio público sobre la base simple de actos u omisiones dañinas, o por un simple análisis de inventarios que detecta los faltantes, ahora la vigilancia de la gestión fiscal se ejerce de una forma integral puesto que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, sobre los cuales se verificará que no haya una afectación producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa o, en términos generales, que no se aplique al cumplimiento de los cometidos estatales, particularizados por el objeto funcional y organizacional de la respectiva entidad o programa.

Ello implica que no basta con que la ejecución del gasto se lleve a cabo con arreglo al ordenamiento presupuestal y contractual vigente, sino que es necesario que el mismo se adecúe a los objetivos formulados en el plan de desarrollo y en los planes de acción que lo concretan en cada una de las entidades ejecutoras.

Es decir, que así el gasto resulte ajustado a la legalidad en el examen que de él se realice, si no cumple con los fines a los cuales debe estar destinado, como la prevalencia de la inversión social, puede llegar a derivar en una declaración de responsabilidad fiscal si concurre junto con la afectación inadecuada del tesoro público, por una ineficaz, ineficiente o inequitativa gestión fiscal, la imputación de un actuar doloso o gravemente de los respectivos administradores de la cosa pública.

La conducta además debe ser producto de la gestión fiscal, debe además imputarse a título de culpa grave o dolo, por ello, es de principal importancia definir la conducta para luego establecer los grados de imputabilidad de la misma.

En términos generales, la conducta puede ser definida con la noción de acto, el cual supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta. El acto es pues una conducta humana voluntaria que produce un resultado, es decir, acción u omisión espontánea y motivada.

Jiménez de Asúa la define como “La manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda”¹⁸.

Lo que ha de tratarse en este trabajo es la conducta antijurídica del servidor público, la conducta antijurídica o acción imputable al sujeto del daño, se refiere a la potestad funcional, reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular según el caso, en ejercicio de la cual o con ocasión de ella, se causa un daño patrimonial, respecto de los bienes o fondos deferidos para su administración o custodia.

Para acreditar el grado de culpabilidad, es ineludible acreditar la existencia de una norma jurídica que impone un deber específico para el gestor fiscal y la inobservancia de dicho mandato elementos objetivos, para luego proceder al análisis del tipo de responsabilidad subjetiva, que cabe frente a dicha acción u omisión.

Como ya se ha dicho, a pesar de que la Ley 610 de 2000 consideró que el grado de culpabilidad a partir del cual debía establecerse la responsabilidad fiscal, era la culpa leve, luego de la Sentencia C-619 de 2002¹⁹ que declaró inexecutable dicho aparte del artículo 4° de la ley en cita, sólo son admisibles los grados de culpa grave y dolo.

¹⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Revista de Derecho Penal No 32 de 2002. Delito, acción y causalidad. P. 31-40

¹⁹ Salvaron su voto para esta decisión, entre otros, el Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa quien afirmó: “la decisión aunque bien intencionada, no sólo no se desprende del texto constitucional, sino que va en contravía del propósito constituyente de luchar contra la corrupción. La voluntad legislativa de hacer responsables a los gestores fiscales hasta por culpa leve como instrumento para promover los principios de moralidad y eficacia en la administración pública (artículo 209 de la Constitución), no es suficientemente bien atendida en esta oportunidad por la Corte al declarar inexecutable las normas parcialmente demandadas, con el efecto de hacer más laxa la responsabilidad de quienes tienen a su cargo o manejan recursos públicos. Considero que esta decisión, no valora en su plena dimensión el compromiso del Constituyente en la lucha contra la corrupción y el saqueo del patrimonio público”

La ley 610 de 2000 que rige el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, no definió expresamente la culpa grave, ni el dolo; pero en el artículo 66, remite en su orden a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, del Código de Procedimiento Civil y del Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

Aunque expresamente no señaló las normas del Código Civil, cuando la ley habló de la culpa leve (en el párrafo 2º, artículo 2, declarado inexecutable), no cabe duda que hizo referencia al artículo 63 del Código Civil que dice:

“ARTICULO. 63.—La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

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

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

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

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

A pesar de ello, existe en la doctrina posiciones que consideran que la culpa grave y el dolo, han de tomarse de la ley 678 de 2001, es decir, la ley que reglamenta 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.

Dentro de ellos se destaca como una posición interesante para el debate académico, la presentada por Carlos Ariel Sánchez Torres, Rodrigo Naranjo Galves, y Eric Rincón Cárdenas, plasmada en el texto Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público.

En dicha obra manifiestan los autores que las definiciones y presunciones de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia son aplicables en el tema de la responsabilidad fiscal, argumentando en primer término la similitud entre la acción de repetición y fiscal, fijada por la misma Corte Constitucional a través de la Sentencia C-619 en la cual se estableció que crear diferencias entre los grados de responsabilidad imputables en la acción de responsabilidad fiscal y la acción de repetición, significaría vulnerar el principio de igualdad, toda vez que ambas acciones hacen referencia a la responsabilidad de los agentes del Estado y particulares en cumplimiento de funciones públicas. Así mismo afirman:

“Por tanto, en virtud del artículo 124 constitucional, para estos propósitos ha de acudir en primer término a disposiciones de derecho público, como la Ley 678, antes que a otras ramas del ordenamiento como el Código Civil. Finalmente, desde un punto de vista gramatical, el texto de los artículos 5° y 6° de la Ley 678, no restringe las presunciones a los casos de acción de repetición, de tal manera

que ellas son aplicables a todo caso en que se esté juzgando la responsabilidad de un agente del estado”²⁰

A esta posición se opone la tesis expuesta, por el profesor Luis Eduardo Montoya Medina, para la acción de repetición y que se aplica íntegramente para la acción fiscal.

Afirma el citado autor que el legislador al establecer las presunciones de culpa y dolo, desbordó sus atribuciones constitucionales y desconoció principios como la presunción de inocencia y el debido proceso, que deben ser observados en los procesos sancionatorios.

La Corte Constitucional ha proferido abundante material jurisprudencial que reitera que la observancia del debido proceso ha de estar presente durante el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, por lo que es pensable, que esta tesis de Montoya Medina debe tener asidero en el operador jurídico de la ley 610 de 2000.

No obstante, la situación no es tan compleja, porque es claro, en el funcionamiento actual de las contralorías que la responsabilidad no puede ser objetiva, el mandato del artículo 5 de la ley 610 establece que la culpabilidad es un elemento cuyo análisis determina o no la responsabilidad fiscal, así mismo, está claro que la carga de la prueba se centra en las contralorías, quienes recaudar tanto la prueba favorable como la desfavorable para el investigado.

Así, dado que el margen dado por el código civil sobre la culpa grave y el dolo son tan imprecisos y vagos que queda al arbitrio y argumentación del operador jurídico su aplicación, las presunciones de dolo y culpa grave son elementos que desvirtuarán o aportarán fuerza al análisis de culpabilidad.

²⁰ Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público. Biblioteca Jurídica DIKÉ. Centro Editorial Universidad del Rosario. 1ª Edición 2004. página 128.

En este orden de ideas, si bien es cierto que las presunciones de dolo y culpa grave que trae la ley 678, podrían ser nocivas contra el investigado, si la responsabilidad fuera objetiva, también es cierto que además de probar la causal de presunción, también es necesario demostrar la responsabilidad del gestor fiscal, el conocimiento que tenía de los hechos, su verdadera participación en los mismos y la existencia de eximentes de responsabilidad.

De este modo, las presunciones de dolo y culpa grave, no pueden traerse al proceso fiscal para presumir el dolo o la culpa grave, pero se convierten en una herramienta de apoyo a la que podrá acudir el operador jurídico para dar fuerza a su argumento sobre el análisis de la culpabilidad, pero no para fundar una responsabilidad objetiva, pues es posible que aún dadas las condiciones de las presunciones de dolo o culpa grave, puedan demostrarse durante el trámite investigativo, causales que exculpen la responsabilidad del agente, así como también puede ocurrir que, aunque la conducta probada, no concuerde expresamente con una de las presunciones de dolo o culpa grave, logre establecerse a través del acervo probatorio, que el autor tenía responsabilidad y conocimiento de su actuar y una directa participación en la ejecución de la misma.

Entonces, la Culpa Grave deberá determinarse a partir de actitudes tales como la negligencia, la imprudencia, la impericia y la violación de reglamentos y el dolo como la intención de inferir daño, conductas dentro de las cuales puede enmarcarse las que establece la ley 678 para presumir el dolo y la culpa grave, sin dejar de lado que en ocasiones, aún configurándose la conducta, pueden existir otros factores que conlleven a que la culpa grave o el dolo no puedan predicarse del Agente Estatal.

De conformidad con el objeto del proceso de responsabilidad fiscal, que es obtener el resarcimiento del daño, se deduce que el daño es otro y el más

importante de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal, pues es a partir de su establecimiento, que ha de fijarse la sanción.

La ley 610 de 2000 definió en el artículo 6° que el daño, para efectos de la responsabilidad fiscal es la lesión al patrimonio público encarnado en la pérdida, deterioro, detrimento menoscabo, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos o a los intereses patrimoniales del Estado, como consecuencia de una gestión fiscal que desatienda los principios de eficiencia, eficacia, economía, equidad y oportunidad; y que en términos generales no se aplique al cumplimiento de los fines esenciales del estado

La importancia de este elemento, se visualiza desde la apertura del proceso de responsabilidad fiscal que sólo es viable siempre que el daño esté establecido y cuando existan serios indicios de los responsables del mismo²¹, hasta el fallo, donde la cuantificación del daño, se convierte en la base de la obligación de resarcir.

El daño ha de reunir unas características específicas, para dar lugar a la responsabilidad fiscal.

Así, se dice que el daño debe ser cierto, anormal, cuantificable y actual.

Lo cierto del daño está referido a la prueba de su existencia y se opone a que el mismo sea calculado con fundamento en especulaciones.

²¹ Ley 610 de 2000 “Artículo 40. **Apertura del proceso de responsabilidad fiscal.** Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal.”

Este aspecto trae algunos problemas, pues dentro de la certeza si el daño debe ser pasado o si el daño futuro y el hipotético o eventual, pueden ser objeto de persecución a través del proceso de responsabilidad fiscal.

Sobre el tema, se han distinguido el daño actual y el daño futuro, entendiéndose por el primero que el mismo ya ha operado al momento de la sentencia²², concepto que no trae mayores dificultades, pues se ha dicho que el control es posterior, pero a la conducta del gestor fiscal y no precisamente al daño, que puede materializarse posteriormente.

Por su parte el daño futuro exige diferenciarlo del daño eventual, de acuerdo con el Consejo de Estado, el daño futuro es aquel que aún no se ha realizado, pero que inexorablemente habrá de producirse²³; es decir, que se presenta como una modalidad de daño cierto, por oposición al daño eventual el cual no se ha materializado y no existe certeza de que llegará a producirse.

Se elimina de tajo la posibilidad de establecer responsabilidad fiscal por el daño eventual, toda vez que si el daño no llegare a producirse y se hubiera fallado con responsabilidad fiscal, obligando al resarcimiento, la entidad tendría un enriquecimiento sin causa, proveniente del pago de un daño que no se produjo.

Sobre el daño futuro, en cambio, existen debate doctrinario, pues a pesar de que para los autores el daño futuro es una modalidad de daño cierto, su persecución a través del proceso de responsabilidad fiscal no es viable, toda vez que para el inicio del proceso, ya debe estar determinado.

²² Concepto de Zannoni, retomado por Uriel Albero Maya Olaya en Teoría de la Responsabilidad Fiscal.

²³ El daño futuro puede considerarse como cierto, siempre que las reglas de la experiencia y de la probabilidad indiquen que este se producirá.

No obstante lo anterior, es posible que el daño pueda establecerse en términos de identificarlo, cuantificarlo y reconocer sus causas, aunque el mismo no se haya materializado, es decir que al momento de proferir el Auto de Apertura ya pueda dimensionarse la magnitud del daño que se producirá y los efectos del mismo, situación ésta, que nos ubica en una encrucijada, pues por un lado está el hecho de que sobre el futuro es imposible tener absoluta certeza y que sería preferible acudir a la facultad de advertencia que tienen las contralorías para poner sobre aviso a la entidad que se verá afectada, pero por otro lado está el riesgo de la caducidad de la acción mientras que el resultado se produce.

Para dar una solución a este problema, es importante reiterar, que la protección al patrimonio del Estado no puede realizarse por encima de las normas y principios constitucionales.

Así mismo, la ley 610 de 2000 tiene una finalidad clara que es resarcir el patrimonio, finalidad que sólo se cumple en el momento en que el daño se haya producido, pues hasta que ello ocurra, el pago por resarcimiento se constituye en un incremento injustificado del patrimonio estatal, en contra de la merma del patrimonio del agente fiscal.

Sin duda el hecho de que no se inicie el proceso de responsabilidad fiscal hasta que el resultado no se produzca es la interpretación no sólo más favorable para el investigado, sino también la que atiende a la finalidad de la norma, sin dejar de lado que ante el riesgo de la caducidad de la acción mientras que el resultado se produce, la ley 610 de 2000, ha otorgado un margen de tiempo amplio (cinco años), procurando entonces que los órganos de control fiscal tengan la oportunidad suficiente de actuar en procura de la recuperación de los daños ocasionados al Erario Público.

Cuando se dice que el daño debe ser especial, se hace referencia a la condición especial que tiene esta acción y es que debe provenir de la gestión fiscal, como ya se ha explicado en el acápite pertinente.

La anormalidad del daño, es una característica simple que no ofrece mayores dificultades para su identificación. se refiere a que el daño, no sea el producto del desgaste natural de las cosas.

Señala El Consejo de Estado en Concepto 1497 del 04 de agosto de 2003²⁴ que los daños o pérdidas ocurridos por el desgaste natural de las cosas son considerados como aceptables dentro de la actividad del servidor público y que en consecuencia no dan lugar a la responsabilidad fiscal, indica además

“El daño también tiene el carácter de jurídico cuando los deterioros se producen por el riesgo normal a que se encuentran sometidos determinados equipos eléctricos o electrónicos, por efectos de su ‘normal uso’(máquinas eléctricas, computadores, celulares, etc).”

Que el daño sea cuantificable, es una característica que proviene del carácter patrimonial de la acción de responsabilidad fiscal, que hace que la responsabilidad se concrete en una obligación pecuniaria, por ello, es preciso que el daño se pueda establecer en cifras concretas.

En dicha cuantificación habrá de tenerse en cuenta también, si a pesar del daño, la administración obtuvo o no algún beneficio, tal como lo expuso la Corte Constitucional cuando dijo:

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,

²⁴ M. P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Radicación 1522.

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."²⁵

El carácter estrictamente pecuniario o económico, del daño, a la luz de la responsabilidad fiscal lo ubica dentro de los daños materiales, quedando excluida la posibilidad de que exista un perjuicio inmaterial

Por ello es inexcusable omitir el debate que surge luego de examinar las dos formas en que pueden presentarse los perjuicios materiales, para concretar a cuáles se refiere el proceso de responsabilidad fiscal

Para la doctrina jurídica el daño se define en daño emergente y lucro cesante.

De conformidad con el artículo 1614 del Código Civil se entiende por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Para efectos de la responsabilidad fiscal ha de entenderse, el daño emergente como el perjuicio o la pérdida que proviene de gestión fiscal desplegada por el agente y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse como consecuencia de la conducta del agente fiscal²⁶.

²⁵ Sentencia SU 620 de 1996

²⁶ Debe además precisarse que tanto el daño emergente como lucro cesante pueden ser pasados o futuros. Esto es importante tenerlo en cuenta puesto que es una confusión común entre los abogados el identificar el daño emergente con el daño pasado y el lucro cesante con el daño futuro

El Consejo de Estado profirió la Sentencia Del 07 de marzo de 1991, en la cual afirmó que las Contralorías no podían determinar “los perjuicios” – entendidos por tales la ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionen por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar a más del daño del detrimento material causado por modo directo- que pueda sufrir la Nación o un Establecimiento Público; así mismo en Concepto de 03 de octubre de 1995, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa misma corporación reiteró dicha posición, zanjando una diferencia entre el daño emergente como competencia de las Contralorías y el Lucro Cesante como competencia del Contencioso Administrativo, indicando que de no ser de esta manera, se desbordarían las competencias que la Constitución había otorgado a los Entes de Control.

A pesar de esta diferenciación, la ley 610 de 2000, trató de manera indistinta los conceptos de daño y perjuicio, sin discriminar si uno se refería ciertamente al daño emergente y otro al lucro cesante, generando de esta manera un cambio a la posición que se venía manejando, dando pie entonces a que se presentara demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la ley que consagra que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la Entidad.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-840 de 2001, zanjó definitivamente esta discusión diciendo:

“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

cuando en realidad cada uno de ellos puede ser tanto futuros como pasados. «Por lo tanto, es inexacto identificar el daño emergente con los perjuicios pasados y el lucro cesante con los futuros, pues uno y otro pueden gozar de ambas características». Concepto Proferido por la Contraloría General de la República OJ 2377-1 (16 de julio)

causado más no puede superar ese límite'.²⁷ 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.”

De esta manera queda terminada la discusión en torno a la competencia para establecer la responsabilidad fiscal por el lucro cesante, para concluir que es competencia de las Contralorías Establecer el daño total (daño emergente y lucro cesante); y es que con fundamento en los principios de eficiencia, eficacia, celeridad y economía no podría haberse concluido cosa distinta, pues sería un desgaste innecesario que dos jueces diferentes tuvieran que conocer de un mismo hecho para imponer sanciones pecuniarias distintas tendientes al resarcimiento del daño causado al Estado.

²⁷ Sentencia C-197 de 1993. Antonio Barrera Carbonell

6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS PRESUNCIONES DE DOLO Y CULPA GRAVE

Sobre la naturaleza jurídica de la culpa, se mencionan por parte de la doctrina varias teorías, las cuales no serán objeto de análisis y se tomará la teoría finalista, la cual define la culpa como una omisión del cuidado objetivo requerido para evitar el resultado lesivo de los bienes jurídicos legalmente tutelados.

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

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

El hecho culposo se genera en la negligencia, la cual implica una falla en la atención que debe prestar el agente en sus actuaciones. El negligente deja de realizar una conducta a la cual estaba obligado, y no emplea la diligencia necesaria para evitar un resultado dañoso, en consecuencia es un descuido de su conducta.

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

- **Culpa grave, negligencia grave, culpa lata:** Es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.
- **Culpa leve, descuido leve, descuido ligero:** Es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

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

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

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

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

Relativo al dolo, La doctrina, de manera uniforme, identifica dos elementos esenciales en el dolo:

Elemento cognoscitivo: La persona conoce la ilicitud de la conducta y es consciente de que su proceder es contrario a derecho.

Elemento volitivo: Adicionalmente, la persona quiere la realización de la conducta prohibida, es decir, tiene la clara intención y la decisión de realizarla pese a que sabe de su ilicitud.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de noviembre 13 de 1956 expresó: "(...)El dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de engañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de "intención positiva" de inferir injusticia. Por tanto para justipreciar el dolo, debe entenderse tanto a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención como su manifestación externa (...)".

A pesar de que la Ley ya había establecido la definición de culpa grave y dolo, valga la pena decir, muy vagas, la Ley 678 de 2001, consagró unas causales a partir de las cuales la culpa grave y el dolo se presumen, Así:

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

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

- Obrar con desviación de poder.
- Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.

- Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
- Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.”

“**ARTÍCULO 6º Culpa grave.** La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

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

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

Sobre las presunciones de dolo y culpa grave ha sostenido el profesor Luis Eduardo Montoya Medina, que el legislador desbordó sus atribuciones constitucionales, y desconoció principios como la presunción de inocencia y el debido proceso, por cuanto la acción de repetición pertenece al campo del derecho sancionatorio, y en consecuencia, frente a ella también se aplican los principios constitucionales antes mencionados, que rigen el derecho penal y el derecho disciplinario²⁸

La Corte Constitucional, que se ha pronunciado sobre la exequibilidad de los artículos antes citados de la mencionada Ley 678 de 2001, afirmando que:

“(…)Finalmente, observa la Corte que, en términos generales, los hechos en los que se fundamentan las presunciones de dolo y de culpa grave consagradas en las normas que se impugnan, se refieren a probabilidades fundadas en la experiencia que por ser razonables o verosímiles permiten deducir la existencia del hecho presumido. Así mismo, aprecia que dichas presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas pues al facilitar el ejercicio de la acción de repetición en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, permiten alcanzar los objetivos de garantizar la integridad del patrimonio público y la moralidad y eficacia de la función pública (artículos 123 y 209 de la CP)”.²⁹

La Corte Constitucional ha tenido en cuenta que al ser presunciones legales admiten prueba en contrario, y que adicionalmente que ha de observarse la imputabilidad de la conducta al Agente del Estado, es decir, que no se haya actuado bajo el amparo de una causal eximente de responsabilidad.

²⁸ Artículo publicado en la revista de la Universidad Nacional, titulado la “presunción de dolo y culpa Grave en la acción de repetición contra el servidor público: Un desborde del legislador”.

²⁹ Sentencia C-374/02. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Sobre este tema ha dicho el doctor Efraín Gómez Cardona en el Manual Civitas de Responsabilidad por Repetición que el problema no radica en la posibilidad que tiene el legislador de establecer presunciones, sino la razonabilidad de las mismas.

Así pues, señala el Autor para la primera causal de presunción de dolo, esto es, cuando el agente actúa con desviación de poder, que surge una cuestión problemática cuando se analiza que no siempre la desviación entraña culpabilidad, para lo que expone el siguiente ejemplo:

“Supongamos el caso de un Municipio que establece un alto impuesto de industria y comercio para determinada actividad, con el fin de desalentarla, por cuanto contraviene el querer de la comunidad local. Allí podrá concluirse que hubo desviación de poder, puesto que se usó un medio financiero, establecido por la ley con la finalidad de acopiar recursos, con un fin policivo, esto es controlar una actividad no deseada.

Ni siquiera a la luz del derecho disciplinario esta conducta es culpable, en tanto se está escogiendo entre dos intereses el que se considera más alto.”

Para la segunda causal de presunción del dolo ha dicho el referido autor que Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento

“A primera vista resulta bastante razonable que si el administrador SE INVENTÓ un hecho inexistente, para así poder adoptar una decisión, vale decir inventó un incumplimiento para dar por terminado un contrato, se presuma el dolo.

Pero una cosa es la invención del hecho, como acto consciente, voluntario, y otra muy distinta la sola inexistencia, pues éste es un dato apenas objetivo, bien ha podido ocurrir que el empleado haya obrado por simple error en la convicción de que el hecho existía, o aún por culpa leve o levísima. De ahí que es un desatino presumir el dolo”.

Otro de las causales que son problemáticas, como el doctor Gómez Cardona lo considera, se encuentra en la presunción del dolo por Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial, ello por cuanto la expedición de los actos requieren en la mayoría de los casos conocimientos específicos en áreas tan variables como el del derecho, que resulta factible que la decisión pueda ser contraria a derecho, pero que realmente no haya dolo sino un simple error, por lo cual sería más asertivo presumir la culpa y no el dolo.

Ello considerando que el dolo tiene un elemento volitivo y cognoscitivo donde el agente del Estado conoce y quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado, mientras que en la culpa grave el elemento intencional está ausente. Por el contrario, una conducta culposa se caracteriza por la falta de diligencia, o por una infracción al deber de cuidado frente a un resultado que era previsible.

En virtud de ello, cuando las presunciones señalan el error inexcusable, es a penas lógico que se presuma la culpa grave, pero no el dolo, pues como se ha dicho, el dolo conlleva la intención y conocimiento del sujeto de causar daño y como lo indica la misma expresión cuando hay un error, no hay intención, por más inexcusable que sea el mismo. Eso sí, se entiende que la culpa es grave, si el error es inexcusable implica un descuido, impericia o negligencia excesiva del agente del Estado que lo comete.

Si bien es cierto que con los anteriores comentarios puede concluirse que las presunciones de dolo especialmente pueden conllevar a una responsabilidad objetiva y que tal vez no han sido muy bien desarrolladas.

Sobre este mismo tópico se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-778 de 2003 afirmando que:

“La incompetencia del agente estatal es la conducta que puede considerarse como la más grave, de las varias indicadas, y a pesar de ello da lugar a presunción de culpa grave (Art. 6º, Num. 2) y no de dolo.”

La expedición de una resolución, auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial genera presunción de dolo (Art. 5º, Num. 5), y la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho origina presunción de culpa grave (Art. 6º, Num. 1).

Se observa que objetivamente se trata de unas mismas conductas, que por el aspecto subjetivo reciben una doble calificación jurídica, en forma contradictoria.”

No obstante haberse percatado de estas incongruencias, señala la Sentencia que toda vez que los efectos de la culpa grave y el dolo son los mismos, estas irregularidades no afectan de una manera real la consecuencia que se deriva dentro del proceso de repetición.

A pesar de ello, recordando que cuando hay concurrencia de culpas entre el Estado y el Agente, el dolo absorbe la culpa, es posible que la decisión no sea realmente justa, en el caso antes mencionado que un funcionario expida un acto contrario a Derecho.

Así las cosas es importante concluir que si bien es cierto, las presunciones de dolo y culpa grave tienen un objetivo cual es hacer efectivo el uso de la acción de repetición, no hay una correcta y coherente formulación de las mismas.

También puede concluirse que los efectos de las presunciones si bien es cierto en principio son las mismas, de conformidad con la ley 678 de 2001, es posible que en el caso de concurrencia de culpas entre el Estado y su agente, las consecuencias puedan ser distintas.

Vale la pena reiterar que lo que se presume es el grado de culpabilidad y no la conducta como tal, es decir, es necesario que en el debate probatorio sea demostrada la existencia de la causal.

Y finalmente es importante traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C 374 de 2002 en la que señala:

“Conviene recordar que la existencia de presunciones legales no comprometen el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa, pues si bien es cierto que por regla general los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión *–onus probando incumbi actori–*, también lo es que con el fin de promover la equidad en las relaciones procesales que surgen a raíz de la acción de repetición, así como de propender por la protección y efectividad de bienes jurídicos relevantes como la moralidad y la defensa del patrimonio público, el legislador bien podía relevar al Estado de la carga de la prueba cuando al ejercer dicha acción alega en su favor presunción de dolo o culpa grave, sin perjuicio de que la parte demanda pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario”.

Sea esta la oportunidad para decir que estas presunciones son aplicables únicamente a la acción de repetición y que no pueden extenderse a la acción fiscal, como más adelante se explicará.

7. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y LA FISCAL

7.1 NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación.

Para determinar la naturaleza de la acción de repetición y sus principales características se debe hacer alusión al artículo 2 de la Ley 678 de 2001, que consagra:

“ARTÍCULO 2o. ACCIÓN DE REPETICIÓN. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición”.

De la lectura de la norma anterior, se puede indicar que la acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial, para la entidad interviniente la acción consagrada en el artículo 90 de la Carta, es de naturaleza indemnizatoria, en la medida en que busca reparar la lesión acaecida en el patrimonio del Estado al pagar una condena o una conciliación por un hecho reprochable de su agente y, de ninguna manera tiene carácter sancionatorio, como lo tendría la acción penal o disciplinaria, cuya finalidad es imponer una sanción por el delito cometido, o por la falta en que incurra el servidor público.

Teniendo en cuenta estas circunstancias y conforme se ha expuesto la finalidad de la acción de repetición va encaminada a la protección integral del patrimonio público, en aras de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses generales, lo que le brinda una herramienta para lograr resarcir los daños causados por las autoridades públicas, lo que permite mantener la integridad del patrimonio y la preservación de la moralidad pública.

La acción de repetición tiene unas connotaciones especiales y que se derivan de la forma en que se presenta en el mundo jurídico, hay que tener en cuenta tal como se ha indicado retrocediendo para volver a la noción de daño que este es la lesión patrimonial o extrapatrimonial, que se origina causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar, la responsabilidad del Estado podría configurarse no solo cuando el daño es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública se causa lesión a un bien o derecho del particular, el cual no está obligado a soportar. No obstante, para que el Estado deba responder

patrimonialmente, no basta con que se cause el perjuicio antijurídico sino que éste haya sido causado por alguna autoridad pública en el ejercicio de sus funciones.

Se trae a colación nuevamente la presencia del daño y además que este sea imputable al Estado, para verificar dos circunstancias a tener en cuenta conforme al segundo inciso del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el que señala que “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél debe repetir contra éste”. De su contenido, se deduce que hay una diferencia entre la responsabilidad del Estado y la de sus agentes.

La primera diferencia que se presenta es la obligación del Estado de reparar la lesión causada al particular es directa, es decir, debe responder patrimonialmente siempre que el daño antijurídico le es imputable, independientemente de que exista o no responsabilidad propia de uno de sus agentes. Sin embargo, el Estado solo puede ejercer la acción de repetición contra el funcionario, si éste ha actuado en forma dolosa o gravemente culposa.

Lo que le da un contenido de subsidiariedad a la acción de repetición por cuanto no se puede acudir a esta hasta tanto 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; como segundo presupuesto 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; y como último que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena, es por estas razones que el alcance es netamente subsidiario pues ella supone, de un lado, la previa declaratoria de responsabilidad estatal por un daño antijurídico que le resulta imputable al Estado y que la víctima no tenía el deber de

soportar, y, del otro, que esa condena haya tenido como causa necesaria la conducta dolosa o gravemente culposa del agente.

Condiciones que se encuentran consagradas en el inciso segundo del artículo 90 superior.

Teniendo en cuenta el texto normativo que consagra la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición, se tiene que esta clase de acción es de naturaleza civil, la cual tiene un marco operativo limitado en relación con el ámbito de aplicación por cuanto y 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.

Pero en muchos supuestos el Estado será condenado patrimonialmente pero no podrá repetir contra sus agentes por haber éstos obrado legítimamente. En igual forma, habrán muchos eventos en los que el Estado será condenado a reparar el daño antijurídico causado y tampoco podrá repetir contra sus agentes por el hecho de que éstos han obrado irregularmente pero sólo con culpa leve o levísima, quedando entonces por fuera del ámbito de responsabilidad señalado directamente por la Carta. Así, sólo en aquellos eventos en que el Estado sea condenado a reparar el daño producido y los agentes estatales hayan procedido con dolo o culpa grave, aquél estará plenamente habilitado para repetir contra ellos.

Lo que arriba se ha expuesto permite inferir que, pese a la falta de autonomía de la acción de repetición, el criterio o fundamento de imputación de la responsabilidad patrimonial del agente frente al Estado ha sido claramente

definido por el constituyente. Como ha quedado visto, él se circunscribe a los supuestos de dolo y culpa grave.

7.2 NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN FISCAL

Para determinar la naturaleza y características de la acción fiscal de la Ley 610 de 2000, que desde el primer artículo va delineando esta situación.

Al efecto se consagra en el precitado artículo primero que:

“ARTICULO 1o. DEFINICIÓN .El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”.

Desde la norma transcrita se empieza a evidenciar que clase de acción es la propuesta, y se puede mencionar que se encuadra dentro del derecho administrativo, ya que su desarrollo se adelanta a través de actuaciones administrativas se determina una responsabilidad de los servidores públicos o de los particulares que desempeñan funciones públicas, por lo actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, se enmarca este tipo de actuar con el fin de buscar la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros y bienes públicos.

A parte de la consagración legal que determina la naturaleza de la acción fiscal, hay que tener en cuenta varios elementos que permiten determinar esta situación

y la características de las mismas, hay que tener en cuenta que la responsabilidad fiscal es administrativa por cuanto está se encuentra destinada a evaluar la gestión fiscal de las personas públicas o privadas que tienen a su cargo el manejo de bienes o recursos públicos y determinar si hubo detrimento del erario público, con el fin de lograr su resarcimiento, por tanto, en este entendido además de lo enunciado se presenta un elemento que encuadra dentro de un tipo de acción exclusivamente patrimonial por el objeto que persigue, conforme se establece en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000.

Al respecto y con esta clase de acción la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-620 de 1996, donde se hizo referencia a las principales características que la identifican, en los siguientes términos:

“a) Es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales.

b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular,

mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.).

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, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94”

Hay que tener en cuenta además de lo expuesto, que la acción fiscal es de carácter obligatorio, porque es imperativo para el Estado promover la acción y conducirla hasta obtener el fallo o cesación legal del procedimiento o archivo. Es, también obligatorio para los particulares presentar la queja respectiva y no disponer a su arbitrio de la acción ni del proceso.

Es pública y se inicia de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal, o por informe de servidor público, de cualquier persona particular, por las veedurías, o por cualquier otro medio que amerite credibilidad, en la

medida que es concreción de una facultad que otorga la Constitución Política al ente fiscalizador, dentro del concepto de función pública del control fiscal.

Es independiente de la penal, disciplinaria o administrativa, por cuanto ésta tiene la finalidad de mantener el orden jurídico social o general, mientras que la responsabilidad fiscal hace referencia al manejo de dineros o bienes públicos y a la responsabilidad que tienen que asumir los servidores públicos y particulares en la relación con el erario público.

Para concluir se tiene que la responsabilidad fiscal es la que se deriva de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, es de naturaleza administrativa y patrimonial en cuanto busca la reparación del daño causado por la gestión fiscal irregular y es de carácter independiente y autónomo. Pero, a diferencia de lo que ocurre con la acción de repetición, el constituyente no señala un criterio normativo de imputación de responsabilidad fiscal-entendiendo por tal una razón de justicia que permita atribuir el daño antijurídico a su autor-, pues ni en las normas constitucionales referidas al control fiscal (C.P. arts. 267, 268 y ss) ni en la integridad del articulado del Texto Superior aparece definido tal criterio formativo.

8. FUNCIONAMIENTO Y APLICABILIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y LA ACCIÓN FISCAL

8.1 FUNCIONAMIENTO Y APLICABILIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

Es claro entonces que una vez la entidad pública, ha sido condenada en un proceso de responsabilidad, esto es, ha pagado una indemnización, debe repetir a través del ejercicio de la **Acción de Repetición** contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere hecho posible la condena. Al presente, la acción de repetición deviene consecuencial y sucesiva, es decir, luego de producida la sentencia que imponga la condena al ente estatal. Es la responsabilidad civil del servidor público para con el Estado, originada en su conducta respecto de terceros, la cual es declarada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el artículo 78 del C.C.A.

Es importante señalar al respecto que se presenta dos situaciones jurídicas diferentes en cuanto a su alcance y contenido; una es la relación demandante-demandado, en la cual se discute la responsabilidad de la entidad pública, por los perjuicios causados por su acción u omisión; relación esta que es la principal y propia del litigio de responsabilidad. Otra es la relación parte demandada-tercero, se da cuando aquella considera que el funcionario debe pagarle total o parcialmente lo que tenga que reconocer a la parte actora³⁰.

Existe entonces un doble enjuiciamiento, uno que busca definir la responsabilidad de la entidad, y el segundo que va orientado a establecer que el funcionario por su conducta debe pagar por razón de la condena impuesta.

³⁰ Gaceta Jurisprudencial. Santa Fe de Bogotá. No 71 de enero de 1998. Consejero ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Referencia: Expediente 14914. Páginas 47-48.

No quiere decir que una vez la entidad llame al funcionario a responder, este sea condenado, toda vez que puede ser absuelto, cuando no se demuestre el dolo o culpa grave que se le endilga a su conducta.

La reparación patrimonial a cargo del Estado se puede originar en una conciliación u otra de las formas permitidas por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, y será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar que se haya resuelto el conflicto.

Cuando la acción de repetición se ejerce sobre los altos funcionarios de las ramas Jurisdiccional, Ejecutiva y Legislativa, conoce privativamente y en única instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, no gozando entonces de la garantía de la doble instancia. El artículo 7º, que trata esta competencia, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-484 de 2002.

Si la acción se ejerce contra miembros del Consejo de Estado, conoce de ella privativamente en única instancia la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena.

Esta competencia persiste en caso que el funcionario haya sido desvinculado del servicio y siempre y cuando el daño que produjo la reparación a cargo del Estado se haya ocasionado por su conducta dolosa o gravemente culposa durante el tiempo en que hayan ostentado tal calidad.

Cuando la acción de repetición se intenta contra varios funcionarios, el Juez competente será el que conozca contra el funcionario de mayor jerarquía, en aplicación del fuero de atracción. Resultando perjudicado el funcionario de menor jerarquía porque esta figura le hace perder la posibilidad de obtener por un lado un fallo susceptible de la doble instancia. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia 484 de 2002 dijo:

“Ahora bien, por lo que hace a la disposición de que el proceso respectivo cuando se trata de magistrados de las corporaciones del orden nacional, sea de única instancia, en manera alguna se quebranta la Constitución, como quiera que solo en dos casos se prevé por la carta como obligatoria la doble instancia, a saber, en la Acción de Tutela, que por ministerio del Art. 86 de la C.N., puede ser impugnada ante el superior funcional; y en las sentencias condenatorias penales conforme al Art. 31 de la C.N., salvo el caso de los altos funcionarios cuyo juzgamiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia, según lo establecido en el Art. 235 de la C.N.

Siendo ello así, queda entonces dentro de la competencia propia del legislador el establecimiento de algunos procesos de única instancia den las demás materias, como lo hizo en este caso, sin que por ello se viole la Constitución Política...”

Es importante tener en cuenta que tal como lo precisó la sala en sentencia de 6 de noviembre de 1997, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo:

“Vinculado el llamado en garantía, este puede participar en la audiencia de conciliación, siendo posible que se llegue a un acuerdo tanto entre la víctima y la entidad, como entre ésta y el llamado en garantía, lo cual determinará la terminación total del proceso.

Pero, puede también ocurrir que en la audiencia de conciliación solamente se llegue a un acuerdo entre la víctima y la entidad demandada y no respecto de la relación de esta última con el llamado en garantía, bien sea por que no asistió a la audiencia o por que no consintió en el acuerdo logrado en las partes. Este es el caso planteado en el *sub judice*, que indudablemente presenta problemas de orden procedimental, entre los cuales el más importante es determinar qué valor tiene para el llamado en garantía el acuerdo conciliatorio. A este respecto se anota: La jurisprudencia de la sala ha dicho que para la eficacia de dicho acuerdo

no se requiere de la aceptación del llamado en garantía, pudiendo surtir perfectamente sin su consentimiento. El acuerdo termina la relación procesal trabada entre el demandante y la entidad, para quienes el acta tendrá efecto de cosa juzgada pudiendo asimilarse a una sentencia de condena; y que no obstante el acuerdo entre las partes principales, no es procedente terminar el proceso, sino que éste deberá continuar para que en la sentencia se resuelva la pretensión de la entidad demandada contra el llamado en garantía”.

La acción de repetición se debe efectuar por la entidad pública, directamente perjudicada como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley, en un plazo no superior a seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública. Existe una corriente que considera que este lapso de seis (6) meses para intentar la acción de repetición es únicamente para tipificar una falta disciplinaria al representante legal de la Entidad y que por tanto la Entidad que ha sido afectada, en cualquier momento puede intentar la acción de repetición con el límite de caducidad de los dos años establecido en el artículo 11 de la ley 678 de 2001, que preceptúa:

“La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.

Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas.

PARÁGRAFO. La cuantía de la pretensión de la demanda de repetición se fijará por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, del acuerdo

conciliatorio logrado o de la suma determinada mediante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaran a causar”.

No obstante lo anterior, el hecho de que el término para empezar a contar el término de la caducidad dependa del pago de la obligación, hace que ese término sea inseguro y variable, más considerando que si el pago se hace por cuotas, estas pueden extenderse por mucho tiempo, impidiendo de esa manera que la garantía que ha establecido el Constituyente para perseguir al agente del Estado Responsable no pueda ser bien definido.

En virtud del Estado Social y de Derecho, la Corte ha solucionado dicho problema otorgando a la administración un plazo máximo de dieciocho (18) meses, a partir de los cuales, se empiezan a contar los dos años de caducidad, independiente de que el pago se haya realizado o no; obviamente, si la administración paga antes de dicho tiempo, los dos años para iniciar la acción deben contarse a partir de la fecha del pago efectivo.

En este sentido la Corte ha manifestado:

“Cabe recordar que esta Corporación en la Sentencia C-832 de 2001, hizo un análisis específico de la fecha a partir de la cual debe contarse el término de caducidad de la acción de repetición, al estudiar la constitucionalidad de algunas expresiones del numeral 9 del artículo 134 del Código Contencioso Administrativo y que en la referida sentencia condicionó la constitucionalidad de las mismas a que se entendiera que el término de caducidad empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el

vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo”.³¹

En el evento que no se iniciare la acción de repetición en el término y por la entidad facultada, podrá ejercitarla:

1. El ministerio público.
2. El ministerio de justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional.

Cualquier persona puede requerir a las entidades legitimadas para que instauren la acción de repetición, la decisión que se adopte se comunicará al requirente.

Si el representante legal de la entidad directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero no iniciare la acción en el término estipulado, estará incurso en causal de destitución.

El artículo 9 de la Ley 678 de 2001, consagra la prohibición de desistir de la acción de repetición por parte de las entidades legitimadas.

“La acción de repetición persigue la protección del patrimonio del Estado, para que el funcionario que dio origen a una condena con su actuar doloso o gravemente culposo, reembolse lo pagado,...se defiende el interés general, cuando la autoridad pública legitimada para interponer la acción se le impide desistir, pues ello equivaldría a autorizarla para consentir un detrimento patrimonial.”³²

³¹ Citado por la Corte Constitucional en Sentencia *C-394 de 2002*:

³² Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 25 de junio de 2002. Mag. Pon Dr. Alfredo Beltrán Sierra

El procedimiento que opera para tramitar la acción de repetición es el ordinario, el cual está previsto en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa (artículo 10 Ley 678 de 2001). El artículo 206 del C.C.A., establece que se ritúan por el proceso ordinario las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho; Nulidad de los actos administrativos; Repetición; Reparación Directa; Nulidad de Laudos Arbitrales; Revisión de Cartas de Naturaleza; Controversias Contractuales y las acciones relacionadas con asuntos que la ley no haya establecido un procedimiento especial, es decir se trata de un procedimiento residual en lo restante.

Dentro del contexto jurídico en el que se desarrollan las acciones de repetición y fiscal, se puede vislumbrar que desde la Constitución Política de 1991, la ley, la jurisprudencia se establecieron parámetros importantes para buscar la integridad del patrimonio público.

De lo establecido en el Ordenamiento Jurídico Colombiano y la aplicación a los casos concretos se presenta un trecho largo, el cual hay que caminar conforme a los presupuestos exigidos para lograr establecer una responsabilidad de carácter patrimonial en cabeza de una autoridad que por su actuar ocasionó un daño a un sujeto de derechos.

Ya se ha mencionado que la responsabilidad del Estado frente a los daños ocasionados es directa y que solo basta la presencia de este y que le sea imputable, situación que no genera mayor problema y que permite resarcir para el particular el desmedro causado.

Llama especial atención el segundo inciso del artículo 90 de la Carta Política, y el 4 de la Ley 678 de 2001, los cuales obligan a la respectiva entidad a repetir en contra de su servidor por el daño ocasionado, hay que tener en cuenta varios aspectos para determinar la aplicación de la acción de repetición y si esta puede

obedecer a criterio de eficacia en términos de la finalidad que persigue y que dejó plasmado el constituyente secundario.

Un aspecto que debe resaltarse del artículo 4, es el que tiene que ver con existencia de un comité de conciliación, ya que este debe estar presente en la entidades del Estado, con el fin de determinar la procedencia o no de la acción de repetición, al respecto la citada norma contempla que:

“(…) El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta”.

Como primero se debe justificar la decisión para poder adelantar la acción de repetición en contra del funcionario que por su actuar haya ocasionado un daño al patrimonio estatal, lo que pone de presente un requisito de procedibilidad antes de acudir a la jurisdicción.

Siendo así las cosas de los elementos que se han mencionado y que tiene que ver con la configuración de la acción se indicará de nuevo a manera de ilustración que se requiere de los siguientes requisitos:

- Que exista una sentencia o conciliación proferida en un proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado, (artículo 7 de la ley 678 de 2001).
- Que la sentencia o la conciliación haya sido integralmente pagada por la entidad pública, puesto que la caducidad de la acción se cuenta a partir de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública (artículo 11 de la ley 678 de 2001).

- Que por acta del Comité de Conciliación de la entidad pública, se haya conceptuado la procedencia de la acción expresando las razones por las cuales el Comité considera que existe dolo o culpa grave de algún funcionario, o del contratista o de un interventor o de un particular que ejerza funciones públicas (parágrafo primero del artículo 2 de la ley 678 de 2001).

Se puede manifestar que esta situación restringe indebidamente la obligatoriedad de la acción, por cuanto el hecho que el acta del Comité de Conciliación de la entidad pública condenada constituya un requisito de procedibilidad, puede presentarse que la decisión del Comité no sea muy objetiva, por cuanto el Comité está conformado integralmente por funcionarios del nivel directivo, designados por el Jefe de la entidad pública.

Se afirma lo anterior, por la forma de la conformación misma del Comité puede conducir a las siguientes situaciones inequitativas:

- No será frecuente que el Comité conceptúe por la procedibilidad de la acción de repetición contra funcionarios de alto rango de la entidad, y menos contra el Jefe de la entidad, pues al estar integrado por funcionarios directivos, estos tendrán vínculos de dependencia o de amistad con el Jefe de la entidad o con otros funcionarios de alto nivel.
- El Comité tendrá tendencia para conceptuar por la procedibilidad de la acción de repetición contra ex-jefes de la entidad, o contra exfuncionarios de la misma, sobre todo cuando se han presentado cambios de naturaleza política en la dirección de la entidad.
- El Comité tendrá tendencia a conceptuar favorablemente sobre la procedibilidad de la acción de repetición contra funcionarios operativos y de bajo rango, tales como soldados rasos, agentes de policía, celadores, operarios,

secretarios, auxiliares administrativos, etc., y en general, todos aquellos que ostenten la calidad de subalternos.

Son aspectos que se deben tener en cuenta para determinar la oportunidad para ejercer la acción y cumplir con la finalidad del artículo 90 Superior.

Pero además hay otros aspectos que se deben tener en cuenta, y que tienen que ver precisamente con el establecimiento en las entidades estatales del comité de conciliación, por cuanto la existencia del comité de conciliación no es obligatorio para todas las Entidades y en la inmensa mayoría no se encuentra establecido el mismo presentando la imposibilidad de ejercitar la acción de repetición.

Frente a lo anterior, se puede indicar que necesariamente no debe estar conformado un comité, para hacer la respectiva evaluación de los hechos que conllevaron la condena al Estado, y que perfectamente la puede adelantar el representante legal de la entidad, frente a lo cual se aumentan las dudas que se adelante, y más aún cuando es este mismo funcionario el que ha ocasionado el daño particular, quien califica esta situación, para salir de la esfera del ente a la jurisdicción para determinar la responsabilidad del agente público.

Sobre la evolución que realizan los comités de conciliación ha dicho el Consejo de Estado:

“Aunque en términos generales, la Sala considera acertado el razonamiento del Ministerio del Interior y de Justicia, sobre el alcance de los estudios y el hecho de que no siempre una condena al Estado por haber causado un daño antijurídico a un particular, genera de manera automática la obligación de repetir contra el agente estatal, pues dicha obligatoriedad surge solamente cuando el daño fue consecuencia de conducta dolosa o gravemente culposa, considera

que la instrucción debe complementarse, para hacer énfasis en que los comités al decidir sobre la procedencia de la acción no fungen como jueces, ni constituyen una instancia de revisión adicional que los faculte para controvertir las decisiones tomadas en un proceso judicial, en la conciliación o en las demás formas de terminación anticipada de un conflicto, que material y sustancialmente tienen la fuerza vinculante de una sentencia³³.

Adicional a lo que ya se ha dicho existen otros interrogantes que surgen en este trabajo, y tiene que ver con situaciones que perfectamente se pueden presentar, por cuanto un número significativo de demandas de acción de repetición, no se tramitan lo que conlleva que no lleguen a terminarse, como en el caso de incumplimiento de las cargas procesales a cargo de la entidad pública demandante, al no comparecer al proceso como debería de ser, esta situación se presenta por cuanto no existe una obligatoriedad para el representante legal de la entidad para que asigne los respectivos recursos destinados para los apoderados con el fin de atender las demandas presentadas.

Pero hay otro aspecto que no escapa de esta clase de actuaciones, y que tiene que ver con la poca o nula actividad probatoria por parte de las entidades y sus apoderados, lo que hace que el proceso no sea impulsado en la debida forma.

Indíquese que se tramitó el proceso, se determinó la responsabilidad de la autoridad pública dentro de los linderos del dolo o la culpa grave, pero no se hace efectivo el pago del servidor por contar con los recursos para cubrir el monto de la condena, lo que hace que se convierta una acción simbólica, y que no permita resarcir el daño causado.

En este espectro mencionado caben varias situaciones que podrían señalarse que desde un aspecto objetivo de recuperación del patrimonio público, y las

³³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta 1609 de 9 de diciembre de 2004.

demandas instauradas y terminadas en favor de la entidad, se reflejaría que en los gastos en que incurre la entidad estatal demandante y la jurisdicción de los contencioso administrativo en el trámite del proceso, no se compadecen con los primeros y se podría mencionar que la acción es ineficiente, conforme a la disposición de los recursos y los realmente recuperados.

8.2 FUNCIONAMIENTO Y APLICABILIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

Es claro que la Acción Fiscal se materializa mediante el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, la ley 610 de 2000, regula dicho proceso que se desenvuelve a través de dos etapas: investigación y juicio fiscal.

Es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Es por ello que la responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumbe, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan por consiguiente el patrimonio del Estado.

De este modo, 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 deriven de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y está obligado a reparar el daño causado al erario, por su conducta dolosa o gravemente culposa.

Para la estimación del daño como ya se mencionó, se debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros

factores se debe tener en cuenta 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, se ha de establecer no sólo la dimensión de éste, sino que se debe examinar también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.

Ahora bien, cabe resaltar que en el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce, se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata requerimientos de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad³⁴. En tal virtud, el artículo 29 de la C.N, es aplicable al este proceso, garantías sustanciales y procesales como la legalidad, juez natural, derecho de defensa, que se lleve a cabo sin dilaciones injustificadas , y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Con la necesidad de preservar los principios de igualdad, economía, celeridad, eficiencia y eficacia de las actuaciones administrativas, se le da la oportunidad al posible imputado de exponer su versión de los hechos y de producir la prueba de descargo, tal como lo indica el artículo 42 de la ley 610, que le permite a quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU 620 de Noviembre de 2006. Mag. Pon. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Ref: Expediente T-84714

al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

Al hablar de responsables fiscales, quienes con "ocasión de esta" gestión fiscal, produzcan un daño al patrimonio del Estado, se podría reconocer que la ley no exige un sujeto activo calificado con la calidad de servidor público, sino que, por el contrario, establece que puede ser responsable fiscal cualquier persona a quien se le pruebe que determinó la gestión fiscal, es decir, quien con sus decisiones establezca, fije, decrete, falle, influya, compruebe, acuerde, estipule o prescriba una situación que defina directa o indirectamente la gestión fiscal a cargo de otro, y con la que se ocasione un detrimento patrimonial para el Estado, y podría ser el caso de quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y los contratistas y particulares que con su conducta hubieren propiciado todas las condiciones que causaron perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

El ámbito de aplicación actualmente es amplio, dentro del cual el Ente de Control puede determinar la responsabilidad fiscal y de esta manera se garantiza mayores posibilidades de asegurar el resarcimiento del daño patrimonial ocasionado al Estado, toda vez que esta responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, no sancionatorio, ni penal, ni administrativo.

Actualmente, el proceso de responsabilidad, según el artículo 8 de la ley 610 de 2000, puede iniciarse de oficio como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas, o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000.

La investigación es la etapa de instrucción dentro de los procesos que adelantan los organismos de control fiscal, en la cual se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a las decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad y se inicia mediante el Auto de Apertura, que debe ser proferido por un funcionario debidamente comisionado.

El Auto de Apertura debe contener fundamentos de hecho y de derecho, identificación de la Entidad Estatal afectada e identificación o individualización de los presuntos responsables fiscales, decreto de pruebas que se consideren conducentes y pertinentes, de medidas cautelares si a ello hubiere lugar, orden de solicitar a la entidad donde el servidor haya estado vinculado, para que informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad personal y su última dirección conocida o registrada en la hoja de vida, orden de notificar a los presuntos responsables.

Aunque el artículo 41 de la Ley 610 no lo ordena expresamente, en el Auto de apertura debe indicarse la compañía aseguradora que será llamada a responder en calidad de tercero civilmente responsable, especificando la póliza en virtud de la cual se le vincula al proceso, la vigencia de la misma y el valor.

A partir de esta etapa se pueden decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del Estado, las cuales podrán impedir aquéllas y obtener el desembargo de sus bienes ofreciendo caución.

Si bien es cierto que las medidas cautelares pueden practicarse desde el Auto de Apertura, dicha situación puede ser temeraria, en el sentido en que a ese momento sólo está establecido el daño y no hay plena certeza de los presuntos responsables, por lo que sería más apropiado que si al valorar la prueba se

establece que procede el Auto de imputación, sólo hasta ese momento se proceda a decretar las medidas cautelares.

Vencido el término de la investigación o su prórroga y cuando del acervo probatorio se establezca que existe mérito para deducir la responsabilidad fiscal a quienes han resultado imputados, se ordenará la apertura del juicio fiscal. El proceso de responsabilidad fiscal, inicia formalmente con el auto de apertura, de ahí se cuentan tres (3) meses³⁵, en los cuales el funcionario debe notificar en forma personal o por edicto el auto a los presuntos responsables y al representante legal de la entidad afectada, escucharlos en versión libre y espontánea, comunicar el auto de apertura a la compañía de seguros, practicar las pruebas necesarias para comprobar los tres elementos de responsabilidad fiscal, así mismo se debe solicitar la certificación del último sueldo y dirección registrada y solicitar copia de la póliza de seguros y anexarla al expediente.

Vencidos estos tres meses que podrán ser prorrogados por dos más, se pueden presentar dos eventos:

La cesación de la acción fiscal, tal como lo dispone el artículo 16 de la ley 610 de 2000, procede:

“En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión

³⁵ Es importante precisar que el incumplimiento del término de instrucción hasta por cinco meses, no da lugar a la nulidad de la actuación, pero el trámite del proceso debe estar perneado por los principios que orientan la función administrativa, a saber: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 2 de la ley 610 de 2000, conc. 209 de la C.P.)

fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente”.

En consecuencia se ordenará el archivo del proceso, de conformidad con el artículo 47 de la misma ley. Y en caso que se dicte auto de imputación con responsabilidad fiscal Se hará mediante providencia motivada, como lo señala el artículo 48 ibídem.

“El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.

El auto de imputación deberá contener:

- La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
- La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
- La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Los presuntos responsables fiscales disponen de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto, para: presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto, solicitar y aportar las pruebas que se pretenden hacer valer.

Vencido del traslado, mediante auto el funcionario ordenará la práctica de pruebas o decretará de oficio las que considere pertinentes, esto se realiza en un término de treinta (30) días hábiles.

Practicadas las pruebas y vencido el término de traslado, el funcionario competente proferirá decisión de fondo que puede ser: fallo con responsabilidad fiscal o fallo sin responsabilidad fiscal.

Existe fallo con responsabilidad fiscal cuando se de lo siguiente:

- La existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación (actualizada según el IPC).
- La individualización y actuación, cuando menos con culpa grave del gestor fiscal.
- La relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y, como consecuencia, se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable fiscal.

Por último es importante destacar las consecuencias de la declaración de la responsabilidad fiscal³⁶:

- Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las contralorías.

³⁶. Contraloría General de la República. Marzo 2004. www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/central_doc/Archivos/59/Cartilla%20proceso%20fiscal.pdf

- El acto administrativo, con el cual se termina el proceso, es demandable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, una vez se encuentre en firme.
- Inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales de los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado, y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Procede la exclusión de una persona del boletín de responsables fiscales por: revocación, anulación o pérdida de la fuerza ejecutoria del acto, prescripción de la acción de cobro y terminación del proceso de cobro coactivo.

- Remisión del expediente a la Procuraduría General de la Nación.

9. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y LA ACCIÓN FISCAL PUEDEN ADELANTARSE SIMULTÁNEAMENTE O UNA DESPLAZA A LA OTRA

En el nuevo Estado Social de Derecho, se ha concebido dentro de un largo proceso histórico de sistemas articulados de controles y contrapesos que procuran prevenir y sancionar las fallas o extralimitaciones en el ejercicio del poder público. Es bajo este orden de ideas que se institucionalizaron varios sistemas de controles entre los cuales se destaca el control fiscal, que comprende la gestión fiscal de la administración, que no sólo se limita a la rama ejecutiva del poder público, sino que se hace extensivo a todos los órganos del Estado y a los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación.

El control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionales previstos para las finanzas del Estado, en este sentido y conforme a lo expuesto en este trabajo, el fisco o el erario público está integrado por los bienes o fondos públicos cualquiera sea su origen, el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes manejo que indispensablemente conlleva la disposición jurídica y física de dichos bienes.

La responsabilidad fiscal sólo comprende las conductas derivadas de la gestión fiscal por las actuaciones funcionales o contractuales de los servidores públicos y particulares que, administrando bienes o fondos públicos, produzcan un daño patrimonial, esto nos trae como consecuencia que si la lesión se ocasiona por fuera de tales actos de gestión fiscal, no habría responsabilidad de carácter fiscal, aunque sí civil o patrimonial, cuya reclamación debe producirse por la vía civil ordinaria o contencioso administrativa, según el caso, o a través de la parte civil

dentro del proceso penal si la conducta es constitutiva de un delito contra los intereses patrimoniales del Estado, tema que se tratará más adelante.

Siendo esto así, el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, teniendo en cuenta estos aspectos se ha presentando en nuestro país una especie de invasión con la esfera de la acción de repetición, en el desarrollo de la acción fiscal, situación que ha tenido varios pronunciamientos del cual se hará referencia al emitido por la Auditoría General de la Nación, de fecha del 13 de julio de 2004.

Que en sus apartes consagra:

“Tal es el caso de las acciones que pueden derivarse de actuaciones ilegales realizadas por los gestores fiscales. En dichos eventos, los organismos de control fiscal pueden advertir la ilegalidad de la actuación y la posible ocurrencia de un detrimento al patrimonio público, que solo se materializará en caso de producirse condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto que pueda suscitarse entre la administración y la persona afectada. A pesar de que la conducta dañosa se produce con ocasión de la gestión fiscal realizada, dicho daño sólo se materializa en el momento en que la entidad es condenada, llega a un acuerdo en diligencia de conciliación o suscribe cualquier otra clase de acuerdo con la persona afectada, pues son dichos actos los que permiten establecer la cuantía del detrimento que se ocasiona al patrimonio público.

No obstante que en la hipótesis planteada, el valor establecido en la sentencia, acuerdo conciliatorio o documento en el que conste el valor a pagar con cargo a los recursos del erario, son procedentes la acción de repetición y la acción de responsabilidad fiscal, no es posible desplazar la segunda a favor de la primera,

pues como ya quedó expuesto, estas acciones son autónomas e independientes y pueden ejercerse en forma simultánea, siempre que la acción de responsabilidad fiscal no haya caducado y que en caso de imponerse condena en cualquiera de dichos procesos, el valor impuesto a cargo del responsabilizado sea tenido en cuenta para la definición de la obligación que surja en el otro proceso, pues de otra forma podría generarse un enriquecimiento sin justa causa a favor de la administración.”

Es una situación que genera una incertidumbre en la aplicación de ambas acciones en los eventos en que por el ejercicio de la gestión fiscal, se pueda generar una responsabilidad al Estado, por los daños antijurídicos causados y que le sean imputables.

En síntesis, para la Auditoría General de la República es posible adelantar un proceso de responsabilidad fiscal por hechos que den lugar a la imposición de una condena a cargo del Estado, siempre que el daño producido al patrimonio público sea consecuencia de una indebida gestión fiscal, se estructuren los elementos de la responsabilidad fiscal y la acción no haya caducado.

Como se desprende de la sentencia C – 046 de 1994, de promoverse acción de repetición y acción de responsabilidad fiscal y obtenerse la indemnización de los perjuicios causados en el proceso de repetición, la acción de responsabilidad fiscal tan sólo podrá promoverse respecto de la diferencia que se presente entre el valor cancelado en el primer proceso y el del detrimento. Este elemento une las dos acciones pues converge en la patrimonialidad que caracteriza a ambas, lo que no afecta su autonomía.

Se recalca que ambas acciones son autónomas e independientes, no es comprensible tal como lo dejó plasmado la Auditoría General de la República, en el concepto aludido, que en ciertos eventos se pueden adelantar las mismas, para

lograr el mismo fin, el de resarcir los daños ocasionados al erario público, lo que se puede tener como una dualidad.

Se indica además en el mismo concepto del 13 de julio de 2004, que son:

“... dos acciones diferentes pero que en el fondo tienen un mismo objeto, la recuperación de bienes o fondos del Estado, la primera como consecuencia de alguna de las actuaciones de control fiscal antes citadas, en el segundo caso como efecto del pago hecho por la entidad oficial como resultado de una condena a la entidad, de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto”

Es un contrasentido adelantar dos actuaciones del Estado, que buscan las mismas circunstancias: lograr el equilibrio del menoscabo sufrido por el erario público, no tiene razón de ser que desde dos ópticas se busque lo mismo, por que el responsable se vería obligado al pago de la misma obligación dos veces, lo que daría como resultado un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado.

Por ello, aclaró la Auditoría, que el proceso de responsabilidad fiscal puede adelantarse y culminarse con el fallo de responsabilidad, mientras se adelanta el proceso ordinario por vía contencioso administrativa para buscar la repetición de lo pagado por el Estado, pero efectuado el pago en uno de ellos debe llevarse la constancia al otro con el fin de extinguir el pago en este.

No está acorde con los principios que rigen la función pública someter a dos estamentos estatales a un desgaste para buscar recuperar el daño ocasional al patrimonio público, hay que tener en cuenta que el origen de las dos acciones son los mismos hechos (la conducta dolosa o gravemente culposa), un mismo daño patrimonial al Estado y el correspondiente nexo causal entre ambos elementos, sin los cuales no se puede llegar a percibir el valor resarcitorio como resultados de los dos procesos y que el fin perseguido es el mismo.

No cabe duda que una y otra acción tienen un campo de aplicación especial, dentro del cual se deben desarrollar conforme a sus características, se tiene que la Ley 678 de 2001, se concibe exclusivamente para la recuperación de lo pagado por el Estado como consecuencia de la condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto donde ha sido demandado el Estado, pero hay que tener en cuenta como se ha mencionado que esta procede como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales.

En cambio en la Ley 610 de 2000, se exige como requisito indispensable el ejercicio de una gestión fiscal para poderse adelantar un proceso de responsabilidad fiscal, lo que le da una nota característica y diferenciadora de la acción de repetición, que tiene un campo muchos más amplio, en cuanto a los sujetos a quienes se aplica, son dos acciones diferentes pero que en el fondo tienen un mismo objeto, la recuperación de bienes o fondos del Estado.

De conformidad con lo anterior, y como ya se ha dicho, no es lógico ni desde el punto de vista de la administración, ni desde el punto de vista de los investigados, que se adelanten dos procesos diferentes, ante instancias diversas, para obtener un solo resultado, pues como se ha dicho, el responsable sólo pagará una vez el daño causado con culpa grave o dolo.

De esta manera se puede concluir que una acción debe prevalecer sobre la otra y para determinar cuál de ellas debe ser, es preciso acudir a un principio constitucional tal como el Juez Natural, pues debe partirse de la idea que existe una jurisdicción especialmente encargada de asumir el conocimiento de los actos de la Administración Pública, cual es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En virtud de ello esta Jurisdicción se convierte en el Juez Natural que ha de conocer las controversias surgidas en virtud de las actuaciones de la

administración y de la responsabilidad de los agentes del Estado cuando con su conducta dolosa o gravemente culposa causen un daño al erario.

Frente a la hipotética situación en que exista un daño al Estado causado con culpa grave o dolo, por el ejercicio de la gestión fiscal, pero que el daño se materialice mediante el pago realizado como consecuencia de una condena, conciliación u otro medio de terminación de un conflicto; no cabe duda que tanto la acción fiscal, como la acción de repetición podrían adelantarse, sin embargo, para evitar el desgaste que implican dos procesos diferentes, será preciso esclarecer que la acción de repetición debe desplazar el ejercicio de la acción fiscal, pues si bien es cierto las acciones son autónomas e independientes, también es cierto que la consecuencia es la misma y por ello, no es conveniente para la administración poner en funcionamiento dos estamentos diferentes para un mismo resultado.

Significa lo anterior, que con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen la función administrativa y de conformidad con la desconcentración de funciones, debe adelantarse una sola actuación.

En este entendido siempre que se presenten los presupuestos necesarios que configuren la acción de repetición debe proceder esta conforme lo establece el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y la Ley 678 de 2001, es decir, basta con la presencia de una condena, conciliación u otro medio de terminación de un conflicto que cause un daño patrimonial al Estado, para que la solución y terminación de este proceso sea a cargo exclusivamente de la jurisdicción contenciosa administrativa, independientemente de que se presenten los postulados para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal.

En virtud de lo expresado las Contralorías en el país no tienen competencia para adelantar procesos de responsabilidad fiscal cuando el daño se materialice por el pago de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto,

toda vez que el Juez Natural de este proceso es la jurisdicción contenciosa administrativa.

10. CONCLUSIONES

El tema tratado sobre la acción de repetición y la acción fiscal, es de gran importancia, por cuanto a través de estas acciones se logra resarcir los perjuicios que se ocasionen al Estado, por unas vías administrativas y judiciales señaladas por nuestro ordenamiento jurídico.

Hay que tener en cuenta que tanto la acción de repetición como la acción fiscal devienen de la Constitución Política de 1991, con su respectivo desarrollo legal; la primera por medio de la Ley 678 de 2001, y la segunda por la Ley 610 de 2000, que marcan unas diferencias de tipo sustancial y procedimental.

Frente a lo anterior, se han hecho varios pronunciamientos desde la Corte Constitucional, Consejo de Estado y los respectivos Tribunales Administrativos, que han fijado pautas de manera general que no permiten esclarecer si las mismas pueden aplicarse de manera independiente o si una acción desplaza a la otra.

Hay que tener en cuenta la inquietud que se ha presentando en nuestro país, por el tratamiento dado a la acción de repetición y a la acción fiscal por la polémica que ha generado, y en especial para los organismos de control en cargados de la vigilancia de la gestión fiscal, y por consiguiente del ejercicio legal de la acción fiscal; ya que en muchos eventos pese a presentarse los presupuestos consagrados en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, como es la condena al Estado para la reparación de un daño antijurídico ocasionado, se han proferido decisiones por medio de un proceso de responsabilidad fiscal que

comportan los elementos básicos de una acción de repetición, circunstancias que no es procedente a la Luz de la Ley 678 de 2001.

La acción de responsabilidad fiscal de creación constitucional, ha sido concebida con el objeto de garantizar la preservación del patrimonio público, que puede verse afectado por la acción o la omisión de aquellos a quienes les ha sido confiado el manejo del recurso público, es por esto que es la acción idónea cuando de juzgar la gestión fiscal se trata. El legislador definió su naturaleza, objeto, elementos y procedimiento que debe observarse para el ejercicio de la acción, dotando a la responsabilidad fiscal de autonomía e independencia respecto de cualquier otra clase de responsabilidad aplicable del servidor público.

En la acción de repetición por su parte, hay que manejar el argumento según el cual la responsabilidad extracontractual del Estado prevista en el artículo 90 de la Constitución, no comprende la responsabilidad fiscal que trata el artículo 268, numeral 5 de la Carta Política.

La responsabilidad de que trata el artículo 90 de la Carta Política se contrae a consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado cuando sus agentes han ocasionado un daño antijurídico y, a su vez, consagra la obligación del Estado de repetir contra sus agentes cuando éstos han actuado con dolo o culpa grave. En desarrollo de esta disposición el legislador tramitó la Ley 678 de 2001, por medio de la cual reglamenta el ejercicio de la acción de repetición.

Ahora bien, a diferencia del artículo 90 que es el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, el artículo 268 numeral 5 de la Constitución contempla la responsabilidad fiscal, la cual se establece mediante el proceso de responsabilidad fiscal consagrado en la Ley 610 de 2000, según la cual dicho proceso persigue determinar y establecer la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal

o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado; este proceso es adelantado por las contralorías y finaliza cuando se profiere fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable que deba pagar una suma líquida de dinero. Este fallo de responsabilidad fiscal presta mérito ejecutivo y obliga al responsable a pagar al Estado una suma de dinero; el fallo se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva que ejercen las contralorías.

Así las cosas, existe una diferencia sustancial entre la responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Carta Política y la responsabilidad de que trata el artículo 268 numeral 5 ibídem, puesto que la primera trata de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la acción de repetición en contra del agente que genera el daño, mientras que la segunda recae exclusivamente sobre la gestión fiscal irregular que genera un daño al patrimonio del Estado.

En consecuencia, como la responsabilidad del Estado prevista en el artículo 90 de la Ley Fundamental difiere sustancialmente de la responsabilidad fiscal de que trata el artículo 268, numeral 5 de la Constitución, no es constitucionalmente admisible que en la Ley 678 de 2001, que sólo regula la acción de repetición se hubiese consagrado, como se hizo el parágrafo del artículo 2 de la citada ley, que el lucro cesante declarado en el proceso de responsabilidad fiscal se recupera a través del procedimiento previsto para la acción de repetición, pues con ello se desconoce el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Carta Política, ya que el lucro cesante es inescindible del perjuicio que se declara a través del proceso de responsabilidad fiscal; por lo tanto, mal puede el legislador, sin vulnerar el principio de unidad de materia, disponer que éste se recupera por un procedimiento distinto al de la jurisdicción coactiva, procedimiento

a través del cual se recuperan todas las sumas líquidas de dinero a que está obligado a pagar el responsable de la gestión fiscal irregular³⁷.

Por otra parte, los principios de eficacia y economía que deben regir la función pública, así como el de celeridad que rige la administración de justicia no se preservan en la disposición antes aludida, pues no tiene sentido que la competencia de los funcionarios que adelantaron el proceso de responsabilidad fiscal se le traslade a los jueces contencioso administrativos para que recuperen el lucro cesante determinado en los fallos de responsabilidad fiscal, cuando por celeridad y economía lo razonable es que el funcionario administrativo que por jurisdicción coactiva cobra el perjuicio declarado en el fallo de responsabilidad fiscal también cobre el lucro cesante que es inescindible del perjuicio que genera la gestión fiscal irregular.

Durante el presente trabajo el objetivo trazado fue establecer si la acción fiscal y la acción de repetición pueden adelantarse conjuntamente o si por el contrario una de estas acciones desplaza a la otra, para lo cual ya se han analizado diferentes pronunciamientos al respecto.

Sobre el asunto en cuestión es importante precisar que no es del caso entrar en ejemplos, pues la casuística requiere un análisis puntual para cada caso, no obstante se trae a colación un caso de reiterada ocurrencia en las administraciones, cual es el caso del despido injusto de funcionarios que como consecuencia traiga consigo el pago de indemnizaciones y demás pagos consecuentes con el despido sin justa causa.

Al respecto asumía la Contraloría General de Antioquia, la competencia sobre el asunto, a pesar de que el daño se cuantificaba a través de la Condena, no

³⁷ Con fundamento en estas consideraciones, la Corte Constitucional declaró Inexequible el inciso segundo del Parágrafo del Artículo 2° de la Ley 678 de 2001, mediante Sentencia C 309 del 30 de abril de 2002.

obstante lo anterior, ya existen pronunciamientos del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia y del Consejo de Estado en el cual han explicado como el despido de funcionarios no constituye ejercicio de gestión fiscal, sino que dicha actuación comporta el ejercicio de una función administrativa; en virtud de ello, se ha declarado la incompetencia por parte del Ente de Control, para el conocimiento sobre este asunto por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por la vía de la acción de repetición.

Si bien es cierto, estos pronunciamientos no solucionan el problema que da lugar a este trabajo, toda vez que la razón para negar la competencia de las Contralorías es que el despido no comporta gestión fiscal, hay que concluir que las Contralorías han excedido su competencia, olvidando que el marco del Control Fiscal está dado por el ejercicio de la Gestión Fiscal, la cual supone la disposición material y jurídica de los bienes y recursos de la Entidad.

Caso similar ocurre con la pérdida de bienes que están a cargo de los funcionarios, pero no para su disposición y gestión, sino como elementos de trabajo, al respecto también vale la pena anotar que a pesar de que aún hay procesos de responsabilidad fiscal en trámite por asuntos de esta clase, el Consejo de Estado, mediante el concepto 1497 del 04 de agosto de 2003. Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, se pronunció al respecto

“... en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.

(...)

Una interpretación distinta a la aquí planteada conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidades que informan la gestión fiscal y sus cometidos institucionales.”

De lo anterior puede concluirse entonces, como se ha dicho a lo largo de este trabajo, que sólo las conductas enmarcadas dentro de la gestión fiscal, son objeto de la investigación realizada por las Contralorías, en virtud de ello, estos Entes están llamados a ser exhaustivos al momento de evaluar la procedencia del Auto de Apertura, estimando si el daño proviene o no de una conducta constitutiva de gestión fiscal.

Pero qué hacer si la conducta proviene de gestión fiscal y se materializa con una condena, conciliación o terminación anormal de un conflicto?

Si dicha situación se presenta, tendrá que recordarse que existe un juez natural para el conocimiento de las controversias surgidas en virtud de las actuaciones de la Administración Pública, cual es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El concepto de juez natural consagrado expresamente en el Artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.1. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, significa que nadie puede ser juzgado sino por el juez preconstituido y establecido legalmente con los presupuestos que connotan al juez auténtico; esto es, independencia, inamovilidad y responsabilidad. Se excluyen, en consecuencia, los jueces *"ad hoc"*, *"ex post facto"* y las llamadas jurisdicciones especiales.

Es un derecho fundamental que asiste a todos los sujetos del derecho en cuya virtud, deben ser juzgados por un órgano creado conforme a lo prescrito por la Ley

Orgánica correspondiente dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria, respetando los principios constitucionales de igualdad, independencia, imparcialidad y sumisión a la ley; constituyéndose además, con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidos.

Este principio ha de prevalecer en las diferentes instancias y órganos.

Si bien es cierto las decisiones proferidas por las Contraloría, en virtud de ser Acto Administrativo, tienen control por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es decir, que posteriormente dicha jurisdicción podría decidir sobre el asunto, no puede dejarse de lado que existe un principio de inmediación de la prueba, que está referido a la relación entre el juez y el objeto procesal, lo que significa que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del juez encargado de pronunciar la sentencia; de este modo la sentencia se forma exclusivamente sobre el material probatorio formado bajo su directa intervención en el juicio.

Por todo lo anterior, para una mejor administración de justicia aquel juzgador que conoce y asume competencia desde un inicio respecto a determinado proceso, el que ha valorado con criterio de conciencia y objetividad los elementos probatorios sometidos a su conocimiento, debe también aquel que emita fallo final

En virtud de ello y teniendo en cuenta los principios referidos, esto es, el principio del Juez Natural y el principio de Inmediación, no queda duda que en aquellos casos en que eventualmente se presente un daño al Estado proveniente de una conducta gravemente culposa o dolosa en ejercicio de gestión fiscal y que el daño se materialice con el pago de una sentencia, conciliación o cualquier otro mecanismo de terminación de un conflicto, la competencia corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no a las Contralorías.

Pensar que ambas acciones pueden adelantarse simultáneamente no sólo es someter al investigado a un doble e injusto desgaste, sino también a la Administración; desgaste por demás innecesario, pues independiente de cuántos procesos se adelanten el pago sólo será uno.

Téngase en cuenta que el artículo 209 de la Carta Política señala que la Función Administrativa debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, con lo cual se refuerza, la tesis aquí planteada.

BIBLIOGRAFÍA

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal – Aspectos Sustanciales y Procesales. Universidad Externado de Colombia-. Primera Edición. 2002.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía de Responsabilidad Fiscal.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Revista en derecho penal No. 32 de 2002. Concepto de delito, acción y causalidad. Páginas 31-40.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel; NARANJO GALVES, Rodrigo; ROZO ACUÑA; Eduardo; RINCÓN CÁRDENAS, Eric. Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público. Biblioteca Jurídica DIKÉ. Centro Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición. 2004.

Artículos

“Presunción de Dolo y Culpa Grave en la acción de repetición contra el servidor público: Un desborde del legislador” Revista de la Universidad Nacional

Gaceta Jurisprudencial. Santa Fe de Bogotá. No 71 de enero de 1998. Consejero ponente Dr. German Rodríguez Villamizar. Referencia:Expediente 14914. p. 47-48.

Jurisprudencia y Doctrina. Santa fe de Bogotá. Volumen 31 No. 367 de julio de 2002. Corte Constitucional Sala Plena. Sentencia C-309 de 2002. M.P Dr. Jaime Córdoba Triviño. p. 1549-1552.

Jurisprudencia y Doctrina. Santa fe de Bogotá. Volumen 30 No. 358 de octubre de 2001. Consejo de Estado. Consejero Ponente Dr. Camilo Arciniegas Andrade. Expediente 6620. p. 1910-1912.

Conceptos Contraloría General de la República

Directiva de junio de 1999. Los sistemas técnicos de control fiscal -auditorías- y el proceso de responsabilidad fiscal. Sentido y alcance de la resolución 3469 de 1994.

704, del 20 de marzo de 2002. Daño Patrimonial al Estado.

2462 del 11 de Septiembre de 2003. Proceso de Responsabilidad Fiscal. Resarcimiento total del Daño Patrimonial. Cesación de la acción Fiscal. Procedibilidad.

2377 del 16 de julio de 2001.

Concepto 6341 de 2006. Eximentes de responsabilidad fiscal.

Conceptos Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

Consulta 1609 de 9 de diciembre de 2004.

Sentencias Corte Constitucional.

C-046-1994, 10 de febrero. Caducidad de la acción fiscal en vigencia de la Ley 42 de 1993.

SU-620 de noviembre 13 de 1996. Debido proceso y derecho de defensa en el proceso de responsabilidad fiscal.

C-430 de 2000. Responsabilidad del Estado por daño antijurídico. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

C-445 de junio 12 de 2002. Acción de repetición. La conducta dolosa o culposa del funcionario público. Referencia expediente D-3826. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

C-484 de junio 25 de 2002. La responsabilidad patrimonial del Estado y la posibilidad de llamamiento en garantía de los servidores públicos que den lugar a ella. Referencia expedientes D3824 y otros (acumulados). Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

C-233 de abril 4 de 2002. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 17 y 18 de la Ley 678 de 2001 “por medio de la cual se reglamenta 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”. Referencia: expediente D-3704. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis.

C-619 de agosto 8 de 2002. Solo se responde por conductas cometidas con dolo o culpa grave. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño y Dr. Rodrigo Escobar Gil.

C-162 de 25 de febrero 2003. Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 3° del artículo 2° de la Ley 678 de 2001. Referencia expedientes acumulados D-4232 y D-4235. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

C-430-2000, Abril 12: Responsabilidad patrimonial del “funcionario público” (o servidores del estado o agente del estado) por daños antijurídicos y responsabilidad del funcionario patrimonial. Diferencias de estos regímenes. Responsabilidad conexa prevista en el artículo 78 C.C.A.

C-100-2001, Enero 31: Responsabilidad patrimonial del Estado. Daño jurídico: definición. Acción judicial y responsabilidad de los funcionarios y empleados de la rama judicial por actuaciones dolosas o gravemente culposas. Demanda de los artículos 2 y 37 del C.P.C., y 77 del C.C.A.

C-832-2001, Agosto 8: Caducidad de la acción de repetición. Referencia Expediente D-3388. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

C-233-2002, Abril 2: Responsabilidad patrimonial de los “funcionarios” o agentes del Estado, según el artículo 90, constitucional. Principios rectores del procedimiento judicial con base en la acción de repetición. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades y vulneración del mismo.

C-309-2002, Abril 30: Se declara inexecutable el inciso 3° del artículo 2° de la Ley 678, sobre la recuperación del lucro cesante por parte de las Contralorías en los procesos de responsabilidad fiscal.

C-374/02. Por la cual se declaran exequibles las expresiones culpa grave y dolo de la ley 678 de 2001. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

C-394 de 2002, 22 de mayo. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 7 y 11 de la Ley 678 de 2001

C-484 de 25 de junio de 2002. M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 1(parcial); 2 (parcial), 4 (parcial), 5, 6, 7 (parcial), 9, 11 (parcial), 14, 15 (parcial), 16 (parcial), 17, 20 (parcial), 21 (parcial), 22 (parcial), 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29, de la Ley 678 de 2001 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de la 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”.

C-162-2003, Febrero 25. Exequibilidad del artículo 2 Inciso 3 de la Ley 678 de 2001.

C-338-06, 03 de mayo. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 8, parciales, de la Ley 678 de 2001 y 31, inciso 2, parcial, de la Ley 446 de 1998. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Direcciones de correo electrónico:

www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/central_doc/Archivos/59/Cartilla%20proceso%20fiscal.pdf

Civilizar Revista electrónica de difusión científica – Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia
<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar> Reservados todos los derechos de autor Junio 2005. ¿se justifica la acción de repetición?. Comentarios Críticos a la Ley 678 de 2001 y Propuestas de Reforma. por: Leonardo Augusto Torres Calderón