

Bogotá, D.C., 13 de julio de 2004
OJ-110-435

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar de N.U.R. 100-1-21203, 13/07/2004 15:54
Trámite: 435-CONSULTA
S-20007 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 6, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: CONTRALORIA DE BOGOTA-

Doctora
LETICIA MARGARITA GÓMEZ PAZ
Directora de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva
Contraloría de Bogotá, D.C.
Carrera 35 No. 26-18 piso 11 Edificio Lotería de Bogotá
Ciudad

11187 2004 JUL 14 12:19
11187 2004 JUL 14 12:19
CONTRALORIA DE BOGOTA

Ref.: Oficio No. 50000-10135 de fecha 9 de junio de 2004, radicado el 10 de ese mismo mes

Solicitud de Concepto – Acción de Responsabilidad Fiscal y Acción de repetición, de la viabilidad de iniciar proceso de responsabilidad fiscal con fundamento en sentencias condenatorias a cargo del Estado

Apreciada Doctora,

En el oficio de la referencia se ha solicitado a esta Oficina emitir concepto sobre la viabilidad de iniciar proceso de responsabilidad fiscal cuando el daño al patrimonio público se ha materializado en sentencia condenatoria a cargo del Estado, teniendo en cuenta que con fundamento en la condena impuesta también es posible ejercer acción de repetición y, conforme lo ha precisado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, su ejercicio excluye la posibilidad tramitar el correspondiente proceso por parte de los organismos de control fiscal.

Debo indicar que en el mes de junio de 2002 este Despacho emitió concepto jurídico abordando la temática planteada en su escrito y en ella se tuvo la oportunidad de precisar:

"[. . .] En ejercicio de la gestión fiscal encomendada a los servidores públicos o a los particulares es posible que se presenten pérdidas, con la consecuente afectación del patrimonio público. Dichas pérdidas pueden estar representadas en mermas, deterioros, faltantes, etc., que deben ser resarcidas para que el Estado pueda atender y satisfacer las necesidades públicas restableciendo el equilibrio afectado por una gestión inadecuada. De allí que el responsable del manejo de los fondos o bienes públicos deba resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, pues es un principio general de derecho universalmente aceptado en materia de responsabilidad, que la víctima

de un daño debe quedar indemne de las consecuencias que éste produce,

[. . .] Ello explica que en la Ley 610 de 2000 se supedita la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal a la existencia de un daño o afectación del patrimonio público y que como uno de los requisitos del auto de apertura de la investigación se exija "[l]a determinación del daño patrimonial al Estado y la estimación de su cuantía" (numeral 5º del artículo 41), pues de existir daño, pero no ser posible su cuantificación, por tratarse de una conducta cuyos efectos se prolongan en el tiempo haciendo posible su determinación únicamente en el futuro, no será posible ejercer la correspondiente acción sino hasta el momento en que se presenten los elementos que permitan establecer su cuantía.

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 sólo 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.

[. . .] En el caso sometido al análisis de este Despacho se estima que no es posible aplicar la posición adoptada en los fallos mencionados en su consulta con fundamento en la doctrina del "derecho viviente" desarrollada en la sentencia transcrita, pues si bien las sentencias proferidas por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desarrollan una misma posición frente al tema planteado, 1) no efectuaron un análisis a espasio respecto de la autonomía e independencia de la acción de responsabilidad fiscal, previstas en las sentencias de la Corte Constitucional, frente a cualquier otro tipo de responsabilidad que pueda predicarse del comportamiento asumido por el servidor público, principio retomado por la Ley 610 de 2000 en el parágrafo 1º del artículo 4º actualmente vigente y amparado por la presunción de constitucionalidad, uno de cuyos efectos es evitar su transformación o subordinación; 2) las sentencias proferidas por la jurisdicción administrativa no entran a considerar el concepto de gestión fiscal y los sujetos que pueden ser vinculados al proceso de responsabilidad fiscal en calidad de presuntos responsables, por lo que no tienen la entidad propia de la doctrina del "derecho viviente", así como su carácter dominante, para que con fundamento en ella las contralorías se abstengan de iniciar procesos de responsabilidad fiscal cuando la cuantía del detrimento al patrimonio público se establece con ocasión a la

imposición de una condena a cargo del Estado, una conciliación o en cualquier otro acto por medio del cual se haya definido el conflicto; 3) si se interpretara que existe una antinomia o repulsión de acciones, la posición adoptada no se encuentra en otras posiciones adoptadas por el Consejo de Estado o desarrolladas por la doctrina nacional o extranjera; 4) adicionalmente, en la sentencia del Consejo de Estado no se está aludiendo al concepto de gestión fiscal, elemento definitivo en éste análisis y no puede, por ende, colegirse el unívoco criterio de impedir la coexistencia de estas dos acciones o llegar a la conclusión de que ellas son antagónicas.

[. .] De acuerdo con las consideraciones expuestas, se concluye:

[. .] 3.1.- La acción de responsabilidad fiscal de creación constitucional, ha sido concebida con el objeto de garantizar la indemnidad 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 la acción idónea cuando de juzgar la gestión fiscal se trata. En esta materia el constituyente ha deferido al legislador la definición de su naturaleza, objeto, elementos y procedimiento que se debe observar para el ejercicio de la acción. El legislador ya ha desarrollado el tema, dotando a la responsabilidad fiscal de autonomía o independencia respecto de cualquier otra clase de responsabilidad predicable del servidor público, lo cual cobija la responsabilidad que se puede deducir con fundamento en lo establecido en el inciso 2º del artículo 90 de la Constitución Política, que establece la procedencia de la acción de repetición en eventos en que el Estado sea condenado a pagar una suma de dinero y la condena se haya producido como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público.

En consecuencia, considera esta dependencia que 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.

- 3.2.- 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 proceso¹ y el del detrimento. Este elemento une las dos acciones pues convergen en la patrimonialidad que caracteriza a ambas, lo que no afecta su autonomía.*
- 3.3.- Las decisiones que se deban tomar en materia de personal por parte del nominador constituyen actos de gestión fiscal toda vez que generan gasto, tienen incidencia en el patrimonio público y por ende, constituyen una*

¹ Se debe recordar que de acuerdo con lo establecido en la Ley 678 de 2001 la condena impuesta a cargo del Estado con base en la cual se inicia la acción de repetición, no necesariamente será el valor que debe reintegrar el funcionario que haya dado lugar a ella, pues en esos eventos es posible tomar en consideración circunstancias personales que permitan reducir el monto de la condena que se le puede imponer.

forma de afectar el presupuesto del respectivo organismo que está conformado por recursos públicos.

- 3.4.- *No se considera que la doctrina del "derecho viviente" sea aplicable pues no expone manera clara la imposibilidad de la acción fiscal en todo caso de acción de repetición. En el caso sub examine, si se trata de gestión fiscal, los pronunciamientos de la Corte Constitucional rescatan la independencia y autonomía de la primera de estas acciones.²*

A pesar de que el concepto fue emitido dentro de un contexto en el cual resultaba admisible la aplicación del grado de culpa leve para deducir responsabilidad fiscal y ello hacía más clara la diferencia entre estas dos clases de acciones, con posterioridad esta Oficina ha debido abordar nuevamente el estudio del asunto de la referencia, en relación con el cual ha sentado las siguientes premisas:

"[. . .] En primer lugar debe determinarse la naturaleza de cada acción y su operancia. La acción de responsabilidad fiscal es de carácter resarcitorio y a la misma se llega luego de un proceso de auditoría, denuncia, control excepcional o control prevalente. Este proceso, como lo define el artículo 1° de la ley 610 de 2000 tiene como fin "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 esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado". Agrega el parágrafo 1° del artículo 4° de la ley que "La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad".

Por su parte la ley 678 de 2001 en el artículo 2° define la acción de repetición como ".....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 lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto." Señala el mismo artículo que "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."

Son, pues, 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.

En ambos procesos se tratará de determinar la responsabilidad del servidor o ex servidor público o del particular investido de una función pública, examinando su conducta para establecer si hubo dolo o culpa grave por parte del presunto responsable en el detrimento de fondos o bienes del Estado o en el pago de los reconocimientos indemnizatorios.

Si bien es cierto, la responsabilidad fiscal no es incompatible con las otras clases de responsabilidad como la penal, la disciplinaria o la derivada de la acción de

² Auditoría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto de fecha 11 de junio de 2002. Respuesta a consulta elevada por la Contraloría de Bogotá, Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva.

repetición también lo es que el presunto responsable no está obligado al pago de la misma obligación dos veces, pues habría un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado. Por tanto, siendo el origen de ambas acciones los mismos hechos (la conducta dolosa o culposa), un mismo daño patrimonial al Estado y el correspondiente nexo causal entre ambos elementos, no se pueda llegar a percibir el valor resarcitorio como resultado de los dos procesos. El proceso de responsabilidad fiscal puede adelantarse y aún llegar a producir fallo con responsabilidad mientras se adelanta el proceso ordinario por la 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 no exigir el pago en este.

El hecho de que puedan adelantarse los dos procesos de manera simultánea radica en la especialidad de la acción de repetición, que está consagrada por la ley 678 de 2001 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. Además, el artículo 4° de la ley impone a las entidades públicas la obligación de ejercitar la acción de repetición cuando el daño causado por el Estado es consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes, teniendo en cuenta que el incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria. Los artículos 5° y 6° definen el dolo y la culpa grave en este caso y establecen las condiciones de presunción de ambas conductas.

La ley 678 de 2001 tiene un campo de acción mucho más amplio, en cuanto a los sujetos a quienes se aplica (servidor o ex servidor público), que la normatividad contenida en la ley 610 de 2000, pues esta solo comprende a los servidores y ex servidores públicos y los particulares que ejercen gestión fiscal, entendiéndose por esta lo definido en el artículo 3° de la misma ley, en tanto que la primera comprende también servidores que no ejecutan gestión fiscal.

Igualmente conviene observar que la normatividad relacionada con la ley 610 de 2000 tiene consecuencias diferentes para las personas cobijadas con el fallo con responsabilidad de las encontradas responsables en la acción de repetición de la ley 678 de 2001, así: en la primera, el fallo con responsabilidad obliga a la inclusión del responsable fiscal en el respectivo boletín de la Contraloría General de la República, so pena de incurrir en causal de mala conducta por la no inclusión en el boletín. Esta inclusión inhabilita al responsable fiscal para ser nombrado en cargo público, posesionarse del mismo o celebrar contrato con las entidades oficiales y los contratos que estuvieren en ejecución serán objeto de declaratoria de caducidad.(art. 61 de la ley 610). La inhabilidad para el desempeño de cargos públicos y para contratar se extiende por cinco años y cesará cuando se haya efectuado el pago de la suma debida. Además, por disposición del artículo 174 de la ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único esta inhabilidad debe inscribirse en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación para efectos de la expedición de certificados de antecedentes.

En el caso de la acción de repetición la legislación sólo considera la inscripción de la condena proferida en el proceso correspondiente en la División de Registro y Control de la Procuraduría de que se trató en el párrafo anterior y para los mismos efectos la cual será cancelada una vez efectuado el pago correspondiente.

En resumen: las dos acciones son independientes y se pueden adelantar al

*mismo tiempo, pero el pago se hará únicamente en uno solo de los procesos.*³

Partiendo de estas consideraciones, esta Oficina estima procedente su posición y responder a sus inquietudes manifestando que para la Auditoría General de la República es jurídicamente admisible promover acción de responsabilidad fiscal y acción de repetición, toda vez que los dos tipos de responsabilidad son autónomos y para hacer efectiva la inhabilidad prevista en el artículo 61 de la Ley 610 de 2000.

Para finalizar, se debe advertir que la posición plasmada en este escrito atiende la solicitud de concepto elevada en su escrito y se ha emitido dentro de los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,


AMPARO QUINTERO ARTURO
Directora Oficina Jurídica

DPA

³ Auditoría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto de fecha 28 de abril de 2004. Respuesta a solicitud de concepto elevada por la Contraloría Municipal de Bucaramanga.