

RF- 00000911

Popayán, 22 de mayo de 2015

 AUDITORÍA
GENERAL



Fecha 27/05/2015 10:44:26 Us Rad RFRONDON
Asunto OFICIO 00000911- CONSULTA
Destino / Rem CIU CONTRALORIA MUNICIPAL DE P
www.orfeogpl.org - Sistema de Gestión

Rad No 2015-233-002541-2

SIA - 2015000370

Doctor
CESAR MAURICIO RODRIGUEZ AYALA
Director Oficina Jurídica
Auditoría General de la República
Av. La Esperanza entre carreras 60 y 64, Ed. Gran Estación II, piso 10 costado
occidental
Bogotá, D.C.

ASUNTO: Consulta

Cordial saludo:

Con el fin de unificar conceptos al interior de esta contraloría territorial, de manera comedida y respetuosa me permito elevar ante Usted, la siguiente consulta referente al tema de la caducidad de la acción fiscal contenida en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, teniendo como antecedentes los siguientes:

En vigencia de la Ley 42 de 1993, en el Capítulo correspondiente al proceso de responsabilidad fiscal, no se determinó por parte del legislador cual sería el termino de caducidad y de prescripción del proceso de responsabilidad fiscal, motivo por el cual se acudía vía interpretación jurisprudencial, a aplicar el término de caducidad de la acción de reparación directa dos (2) años, contenido en el numeral 8, artículo 136 del Decreto 01 de 1984.

La Ley 610 de 2000, entró a llenar este vacío normativo y estatuyó en su artículo 9, lo siguiente:

"Artículo 9º. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal

5/

13 julio 2015

17

27 MAYO 2015
RECIBIDO
27-05-2015
11:50

prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública."

En el año 2013, la Auditoría General de la República emitió la cartilla denominada "Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal Preguntas y Respuestas", con autoría del doctor Pablo Cesar Díaz Barrera, documento que desde luego ha sido de gran apoyo para nuestra labor en algunos temas, y también nos ha generados inquietudes en otros, por ejemplo, se aborda el siguiente interrogante:

"¿Los daños patrimoniales causados como consecuencia de sentencias adversas al Estado (nulidad y restablecimiento de derecho), cuyo resarcimiento puede intentarse por la acción de repetición (art. 90 Constitucional y Ley 678 de 2001) también puede ser considerado como hecho generador del proceso de responsabilidad fiscal o la iniciación de la acción de repetición excluye en todos los casos la acción de responsabilidad fiscal?"

En desarrollo del tema, el autor menciona en algunos apartes lo siguiente (página 21):

"(...)El problema de esta interpretación, para algunos conocedores del tema, radica en la posible configuración del fenómeno de caducidad de la acción fiscal, si se entendiera, que el hecho generador del daño en el ejemplo planteado es de ejecución instantánea o inmediata dentro de los parámetros contemplados por el artículo 9º de la Ley 610 de 2000.

Esta figura, se tipifica si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Este término de caducidad, entonces empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos o de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el último hecho o acto, es decir, que si tenemos en cuenta las dificultades que se presentan por la mora excesiva en las decisiones que se adoptan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la acción habrá caducado, puesto que para el momento del pronunciamiento de dicha jurisdicción, ya estarían consumados los cinco (5) años.

Sin embargo, el caso del reintegro de funcionarios a través de la Acción de Pretensión de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el hecho se configura dentro de los denominados por la norma, como de tracto sucesivo o continuado.

Lo que indicaría, que el término de cinco (5) años se cuenta a partir de la fecha en que cesa la conducta y no desde su iniciación, y en este evento, el daño cesa al momento en que se cancela la indemnización al servidor público con la correspondiente indexación e intereses, por esta razón no operaría el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal."

A raíz de esta posición expuesta por el autor, la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, ha comenzado a recibir hallazgos con connotación fiscal, por presuntos detrimentos derivados de condenas a entidades públicas por procesos promovidos ante la jurisdicción contencioso administrativa; también por pago de intereses, costas procesales y otros por procesos laborales tramitados ante la jurisdicción ordinaria contra empresas industriales y comerciales que se rigen en sus relaciones laborales por el Código Sustantivo del Trabajo; e igualmente, por el pago de sanciones, intereses de mora y otros, a favor de la DIAN y de algunas entidades de vigilancia y control como las superintendencias.

El común denominador en estos traslados es que el hecho generador, por lo general, ha sucedido hace más de cinco años, tenemos casos de despidos injustificados sucedidos incluso en los años 1997, 1998, pero por el trámite procesal pertinente, los pagos de las condenas solo se ha hecho efectivos en los años 2011 o 2012.

Este Despacho tenía claro que una es la fecha del hecho generador del daño al patrimonio público, como habla la norma, y otra, es la fecha en la cual se configura el daño, que es al momento del pago, cuando los dineros salen del patrimonio del Estado.

Con base en lo anterior, de manera respetuosa me permito solicitarle, se sirva conceptuar:

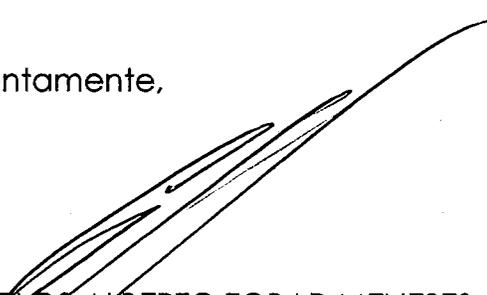
- a) cuál debe ser la fecha o el instante desde el cual debe empezar a contarse el término de caducidad de la acción fiscal, en aquellos eventos cuyo hecho generador del daño al patrimonio público sucedió hace más de cinco (5) años, pero el pago de la condena, sanción, intereses, etc., se produce después?
- b) En eventos como los que he mencionado, generadores de daño al patrimonio público, como condenas en contra de las entidades sujetas a control proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativa, la jurisdicción ordinaria, la DIAN o entidades de vigilancia y control

8/

como las Superintendencias, podríamos concluir, como lo hace el autor en cita, "que el término de cinco (5) años se cuenta a partir de la fecha en que cesa la conducta y no desde su iniciación, y en este evento, el daño cesa al momento en que se cancela la indemnización al servidor público con la correspondiente indexación e intereses", o solo aplicaría tal posición para el ejemplo que trae a colación referente a "el caso del reintegro de funcionarios a través de la Acción de Pretensión de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el hecho se configura dentro de los denominados por la norma, como de tracto sucesivo o continuado."

Agradezco su valiosa colaboración.

Atentamente,



CARLOS ALBERTO TOBAR MENESES
Jefe Oficina de Responsabilidad Fiscal
y Jurisdicción Coactiva



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20151100025161

Fecha: 21-07-2015

Bogotá, D.C.; 45091355403 CO
110

SIA - ATC. 2015 000 370

Señor

CARLOS ALBERTO TOBAR MENESES

Jefe Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

Contraloría Municipal de Popayán

Cra. 6 No. 4 - 21 Edificio CAM 2do. Patio

Popayán, Cauca

Ref: Consulta – Rad No. 20152330025412

Respetado señor:

A través de la presente esta dependencia procede a dar respuesta a la consulta de la referencia, especificada en los siguientes términos:

1.- SINTESIS DE LA CONSULTA

"a) Cuál debe ser la fecha o el instante desde el cual debe empezar a contarse el término de caducidad de la acción fiscal, en aquellos eventos cuyo hecho generador del daño al patrimonio público sucedió hace más de cinco (5) años, pero el pago de la condena, sanción, intereses, etc; se produjo después?

b) En eventos como los que he mencionado, generadores de daño al patrimonio público, como condenas en contra de las entidades sujetas a control proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la jurisdicción ordinaria, la DIAN o entidades de vigilancia y control como las Superintendencias, podríamos concluir, como lo hace el autor en cita, "que el término de cinco (5) años se cuenta a partir de la fecha en que cesa la conducta y no desde su iniciación, y en este evento, el daño cesa al momento en que se cancela la indemnización al servidor público con la correspondiente indexación e intereses", o solo aplicaría tal posición para el ejemplo que trae a colación referente a "el caso del reintegro de funcionarios a través de la Acción de Pretensión de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el hecho se configura dentro de los denominados por la norma, como detracto sucesivo o continuado.

Cuba

23 JUL 2015

2.- CONSIDERACION PRELIMINAR

Antes de brindar una respuesta a su solicitud, debemos advertir que la misma se efectúa con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que los conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, en respuesta a una solicitud de concepto, constituyen orientaciones y puntos de vista generales que no comprometen la responsabilidad de la entidad, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante, pues, de acuerdo con nuestras facultades constitucionales y legales, no podemos tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, toda vez que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal.

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y CONCLUSIÓN

En primer término debe recordarse que la acción de repetición se fundamenta en la declaración constitucional sobre la responsabilidad de los servidores o exservidores del Estado quienes con su comportamiento doloso o gravemente culposo ocasionan un daño antijurídico que ocasiona condena conforme lo estipula la Ley 678 de 2001 y el Decreto 1716 de 2009.

El inciso 2º. del artículo 90 de la Carta la consagra en los siguiente términos: *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.*

Es una acción autónoma, es una especie del género de la reparación directa, siendo pública su naturaleza, y cuya finalidad consiste en amparar el bien jurídico del patrimonio público, y su naturaleza determina el carácter de la jurisdicción competente para conocerla, la cual es propia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En este evento se puede llamar en garantía al servidor público o ejercer la llamada acción de repetición, la cual debe promoverse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste conozca en única o primera instancia según la cuantía del proceso y a través del procedimiento previsto en la mencionada Ley 678 de 2001.

Los artículos 5º y 6º de la mencionada Ley 678 de 2001, establece los supuestos en los que se presume el dolo o la culpa grave del agente, cuando el funcionario público ha actuado con desviación de poder o con manifiesta e inequívoca viola-

ción de las normas de orden jurídico público, lo cual fue objeto de revisión constitucional por la Corte Constitucional en sentencia C-2374 de 2002 con ponencia de la Doctora Clara Inés Vargas.

El artículo 19 *Ibíd*em establece que en los procesos de responsabilidad contra el Estado, la entidad pública puede solicitar el llamamiento en garantía del funcionario cuando aparezca prueba sumaria de su dolo o culpa grave, a efectos que en el mismo proceso se decida sobre la responsabilidad de la administración y del servidor.

En sentencia C-619 de 2002 de la honorable Corte Constitucional, en relación con la naturaleza jurídica de la acción de repetición, se reconoció que dicha acción es el medio idóneo para que la administración obtenga el reintegro del monto que ha debido pagar a modo de indemnización por los daños antijurídicos que haya causado un agente público y se establecieron como requisitos de procedibilidad los siguientes: ...que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contenciosa administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; 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; que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contenciosos en la sentencia de condena.

Respecto a los procesos de responsabilidad fiscal que le compete fallar a las contralorías, es preciso señalar que esta se predica de aquellos servidores y ex servidores públicos y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos con ocasión de la gestión fiscal desarrollada, y que producen un detrimento al patrimonio público de manera directa, mediante una conducta dolosa o gravemente culposa. Por su parte, en la acción de repetición, como se vio, el daño patrimonial lo causa el servidor directamente a un tercero, y al Estado solo en forma indirecta.

En lo relacionado con la responsabilidad fiscal la jurisdicción contenciosa ha expresado: *"...si una entidad o el Ministerio Público se abstienen de promover la acción de repetición, siendo ella procedente conforme a la ley, en el evento estudiado no es viable iniciar el proceso de responsabilidad fiscal...El proceso de responsabilidad fiscal no procede contra el funcionario que da lugar con su conducta dolosa o gravemente culposa al pago de una condena ..."* (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1716 del 6 de abril de 2006, CP Flavio Augusto Rodríguez A.).

Asimismo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sentencia 6620 del 26 de julio de 2001, (C.P. Camilo Arciniegas Andrade) al confirmar la nulidad de un fallo de responsabilidad fiscal proferido por el

pago de una indemnización ordenada por autoridad judicial a un servidor público retirado irregularmente, sostuvo:

“Considera la Sala que no le asiste razón a la apelante en sostener que el proceso de responsabilidad fiscal es una vía igualmente válida que una acción de repetición para perseguir la reparación del detrimento patrimonial infligido al Estado. Si un servidor público, con un acto suyo, doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular, que ocasiona una condena al Estado, incurre para con este en responsabilidad civil que debe ser judicialmente declarada. Pero si dicho servidor, en ejercicio de sus competencias para administrar o custodiar bienes o fondos, causa pérdida, incurre en responsabilidad fiscal, cuyo pronunciamiento está reservado a la Contraloría”.

A pesar de existir la tesis respecto a que la acción de responsabilidad fiscal es una vía igualmente válida para obtener el resarcimiento del patrimonio público en el evento de que se produzca una condena en contra del Estado, consideramos que lo más apropiado, es la no concurrencia de las dos acciones (repetición y responsabilidad fiscal), tal como se expresó en el citado criterio jurisprudencial de la Sección Primera del Consejo de Estado, punto de vista compartido por la Corte Constitucional en Sentencia C-619 de 2002, que declaró inexecutable la responsabilidad fiscal por culpa leve, al estimar que aquella es una especie de la responsabilidad patrimonial por vía de la acción de repetición prevista en el artículo 90 de la Carta.

En este sentido, debemos recordar que en la acción de repetición, en donde se busca resarcir un daño **indirecto** causado al Estado por la acción u omisión de un agente suyo, mediante una conducta dolosa o gravemente culposa, el ejercicio de esa figura excluye la acción de responsabilidad fiscal, no solo por su carácter constitucional especial a nivel sustancial y a nivel procesal, sino porque este último estatuto de responsabilidad fiscal se deriva de la gestión fiscal - administración del patrimonio público -el cual supone que el papel del garante del servidor es respecto de este bien jurídico patrimonial de **manera directa**, mientras que en la acción de repetición, como se vio, el daño patrimonial lo causa el servidor directamente a un tercero, y al Estado solo en forma indirecta con lo cual rompe el dispositivo condicionante de la gestión fiscal, en cuyo caso responde mediante la acción de repetición solo por dolo o culpa grave, y mediante un procedimiento exclusivamente judicial.

De modo que si se adelanta un acción de repetición contra un servidor público, en las circunstancias normativas previstas en la Ley 678 de 2001, las contralorías no tienen competencia material para iniciar en su contra de manera simultánea, un proceso de responsabilidad fiscal, por ser excluyentes entre sí los supuestos sustantivos que soportan tales estatutos.

En conclusión, este Despacho considera que no es posible ejercer la acción de responsabilidad fiscal de forma paralela, pues allí operaría un nivel de imputación

diferente, no admisible por los preceptos constitucionales y legales para la acción de repetición.

Así las cosas, nos abstenemos de referirnos a las inquietudes planteadas, por sustracción de materia, y en consideración a que corresponde por competencia y en forma autónoma a ese órgano de control, resolver de fondo y en forma soberana la situación planteada, conforme a la normatividad jurídica correspondiente.

Cordialmente,



CESAR MAURICIO RODRIGUEZ AYALA
Director Oficina Jurídica

Proyectó: RAM

