



Radicado No: 20191100029381

Fecha: 25-09-2019

Bogotá,
110

Doctora
ANGELA CONSUELO SACRISTAN RIVERA
Jefe de Oficina Jurídica
Contraloría Municipal de Tunja
Carrera 10 No. 15-76
Tunja Boyacá

Referencia: **RADICADO: SIA ATEC 2019000598 RADICADO No.20192330031242**
Concepto sobre acción de repetición.

Cordial saludo:

En atención a su solicitud del concepto del 25 de julio de 2019, referido en el asunto, sobre las siguientes inquietudes planteadas por la consultante en los siguientes términos:

"(...) se emita un CONCEPTO teniendo en cuenta sus precedentes, y criterios unificadores dentro del Ente de Control, respecto de los siguientes cuestionamientos:

1. *¿Es la acción de repetición la que debe iniciarse y no la acción fiscal?*
2. *¿La acción de repetición es excluyente de la acción fiscal?*
3. *En aquellos casos en que es procedente pero el Estado decide No interponer acción de repetición, puede entonces iniciarse la acción fiscal?*
4. *Cuando además del valor de la condena que paga el Estado, existe un valor del tal pago por concepto de interés de mora por el desembolso extemporáneo de la administración, estos intereses se persiguen a través de la acción fiscal?*
5. *Cuando los intereses de los que se mencionan en el numeral que antecede también son perseguidos por el Estado a través de la acción de repetición. ¿deben estos también recuperarse a través de la acción fiscal?*
6. *Dentro de una acción popular en la cual se ordena la construcción de una obra o la devolución del dinero que el Estado pago por la misma, ¿es procedente a través de la acción fiscal perseguir la misma pretensión? "*

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, es necesario manifestar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000, donde se establece la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la



República, y específicamente el numeral 2 de artículo 13, donde reglamenta las funciones de la Oficina Jurídica, instituyendo:

“Oficina Jurídica. Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad”.

Es necesario manifestar que este ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que se ejerce un control posterior y selectivo de la gestión fiscal. Por lo anterior no se emiten conceptos de situaciones particulares o concretas que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia.

Con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una clarificación sobre el tema, pasa esta Oficina Jurídica a formular algunas consideraciones de manera general y abstracta teniendo en cuenta las inquietudes formuladas por la consultante:

La acción de repetición es una disposición constitucional plasmada en el artículo 90 de la Constitución Política, en donde se consagra 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.”

La jurisprudencia constitucional, entre otras, en la sentencia C-957 de 2014,16 precisó, con base igualmente la posición del Consejo de Estado, algunas características propias de la acción de repetición que pueden sintetizarse así:

(i) Se trata de una acción autónoma, de carácter obligatorio, que le compete ejercer exclusivamente al Estado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 Constitucional;

(ii) La acción de repetición, es una acción que para su prosperidad, exige los siguientes presupuestos: (a) la existencia de condena impuesta por la jurisdicción contencioso administrativa para reparar los perjuicios antijurídicos causados a un particular; (b) que el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor, agente estatal o antiguo funcionario público; y (c) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia, toda vez que es a partir de ese momento que se considera causado el detrimento patrimonial del Estado.

(iii) La repetición es una acción con pretensión resarcitoria o indemnizatoria. Se trata de una acción de reparación directa intentada por la administración en contra del agente que ha causado el daño con su actuación dolosa o gravemente culposa.



(iv) En la acción de repetición la responsabilidad no es objetiva, teniendo en cuenta que es la conducta del servidor público o del particular que cumple funciones públicas la que es objeto de análisis.

vii) En cuanto a las modalidades legales más relevantes y vigentes en materia de reconocimiento de la acción de repetición, tenemos en la actualidad las siguientes:

La acción de repetición, se encuentra regulada en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, en virtud del cual cuando el Estado haya tenido que hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor, ex servidor o particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra éstos.

Con referencia a su inquietud si se debe iniciar acción de repetición de acuerdo a lo normado en el artículo 2º. De la Ley 678 de 2001, que cuando se cause un reconocimiento indemnizatorio, y se cumplan los presupuestos señalados anteriormente se debe iniciar la acción de repetición.

La acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, son instrumentos procesales independientes y autónomos, con objeto afín, pero de naturaleza y causa distintas, tienen diferente naturaleza, no son subsidiarios, ni su ejercicio es discrecional, razón por la cual no pueden promoverse indistintamente. Aunque su objeto es parcialmente afín *-resarcir los daños causados al patrimonio público-*, tienen una condición de aplicación diferente, pues, mientras el fundamento de hecho de la acción de repetición es el daño antijurídico ocasionado a un tercero imputable a dolo o culpa grave de un agente del Estado, que impone a la administración la obligación de obtener de éste el reembolso de lo pagado a la víctima, el proceso de responsabilidad fiscal está constituido por el daño directo al patrimonio del Estado por el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causado por servidores públicos y personas de derecho privado que manejen bienes y fondos públicos.

En concreto se señaló; A su turno, la Corte Constitucional en sentencia C-309 de 2002, precisó que se está frente a modalidades diferentes de responsabilidad. En concreto se señaló;

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

Existen fundadas razones para llegar a esta conclusión. En primer lugar, son diferentes las modalidades de responsabilidad a que hacen referencia los artículos 90 y 268 numeral 5 de la Constitución Política. En un caso se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la acción de repetición en contra del agente que genera el daño antijurídico, y en el otro de la responsabilidad que se deduce de la gestión fiscal. Por ello persiguen objetivos distintos, lo cual amerita hacer las correspondientes distinciones pues una es la responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables y otra es la



responsabilidad por el daño que se ha causado al patrimonio del Estado como consecuencia de una gestión fiscal irregular. Es decir, el Estado se ubica en posiciones diferentes en cada caso: en el primero, el Estado es el que responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la oportunidad para repetir contra el agente que éste haya actuado con dolo o culpa grave en la producción del daño, y en el segundo, el patrimonio del Estado es el que resulta afectado en ejercicio de la gestión fiscal a cargo de servidores públicos o de particulares.

En segundo lugar, la determinación de cada modalidad de responsabilidad se lleva a cabo a través de procesos de diferente naturaleza: uno judicial y otro administrativo. De una parte, se asume el carácter judicial del proceso que se adelanta con el fin de establecer la responsabilidad patrimonial del Estado y, cuando a ello haya lugar, de la responsabilidad que corresponda a su agente del Estado, esto en consideración a la naturaleza constitucional de la figura (art. 90) y al desarrollo dado por el legislador en la Ley 678, en donde se señala que 'La acción de repetición se tramitará de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa' (art. 10). De otra parte, se admite la naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal."

La Jurisprudencia y doctrina transcritas sirven para reiterar lo ya dicho en relación con el caso específico consultado, pues no es jurídicamente viable adelantar de modo simultáneo la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, ya que es claro que el ámbito de procedibilidad de cada uno de estos mecanismos está concretamente definido en la Constitución y en la ley y, por lo mismo, su ejercicio no es concurrente o alternativo sino excluyente.

La acción popular, es una acción de responsabilidad civil, puesto que requiere la existencia de un daño, de la imputación de los mismos y el deber de repararlo, tiene por objeto prevenir daños, pero también repararlos intentando restituir las cosas a su estado anterior, son los dos presupuestos de la acción, en donde ambos tienen en común la protección del derecho colectivo y por tanto su reparación. La acción popular busca hacer cesar los efectos de su quebramiento, por tal motivo es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, más aun cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario, en ejercicio de las facultades conferidas al juez de la acción popular por el artículo 34 de la ley 472 de 1998, respecto de las decisiones que puede adoptar para proteger los derechos colectivos que se encuentren amenazados o vulnerados.

De esta manera y en espera de haber dado mayor claridad sobre el tema consultado, en consecuencia y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, queda atendida de fondo su solicitud.

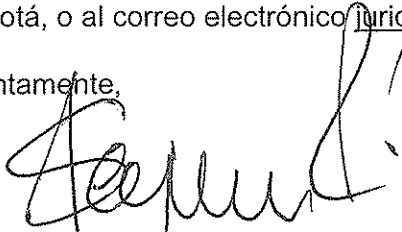
Es necesario informarle que los conceptos que emite esta Oficina Jurídica, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, aclarando que el presente análisis se limita a precisiones de carácter general y abstracta, sin que se entre a evaluar ningún caso en concreto, ni la relación de hechos allí consignada.

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada y, por lo mismo, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo


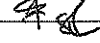


diligencie y nos la remitida a la dirección de correspondencia Carrera 57C N°64 A - 29 de Bogotá, o al correo electrónico juridica@auditoria.gov.co.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Ilba Edith Rodríguez Ramirez		25/09/2019
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		25/09/2019
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		25/09/2019

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.