

2022EE0130604



CGR-OJ- 152 - 2022
80112 -

Bogotá D.C.,

Señora
MARÍA CAROLINA MONTOYA MORENO
mcmontoyam@javeriana.edu.co

Referencia: Radicado Interno: 2022ER0100806 del 22/06/2022

Tema: SUSPENSIÓN DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.
– Proceso judicial en curso por los mismos hechos y finalidad del proceso de responsabilidad fiscal.

Respetada señora María Carolina,

La Oficina Jurídica recibió el escrito de la referencia¹, el cual se dispone a responder a continuación:

1. Antecedentes

La peticionaria solicita lo siguiente:

“(i) Que se me informe si en los procesos de responsabilidad fiscal en los cuales se esté alegando un detrimento patrimonial en virtud del incumplimiento de un contrato, y a su vez se esté adelantando otro proceso en la jurisdicción competente para decidir sobre dicho incumplimiento, puede operar la suspensión del proceso de responsabilidad fiscal, por éste depender de la decisión que se tome en la otra jurisdicción respecto del incumplimiento.

(ii) Que se me remita el Concepto OJ.2006EE62752 del 5 de diciembre de 2012, proferido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, en el que el consultante fue Rafael Hernando Lozano Puente”.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: “Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción”.

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución² ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*³, así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*⁶ y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*⁷.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁸, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

Esta Oficina se ha pronunciado sobre el tema objeto de consulta mediante conceptos tales como el 077 de 2021, el cual podrá consultar a través de la Relatoría en la página institucional: www.contraloria.gov.co, o solicitarlos al teléfono 5187000 Ext.15204, o a través del correo institucional: cgr@contraloria.gov.co.

² Art. 25 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

³ Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

⁷ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

⁸ Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

4. Consideraciones jurídicas

Problema jurídico: ¿Cuándo procede la suspensión de un proceso de responsabilidad fiscal?

4.1. Causales de suspensión de términos del proceso de responsabilidad fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal es especial y el mismo se encuentra regulado en las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, solo en ausencia de regulación expresa, es posible hacer remisión a otros cuerpos normativos, en los términos del artículo 66 de la Ley 610 de 2000⁹.

Dispone el artículo 13 de la Ley 610 de 2000, lo siguiente:

“Artículo 13. Suspensión de términos. El cómputo de los términos previstos en la presente ley se suspenderá en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. En tales casos, tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente y contra el cual no procede recurso alguno”.

De acuerdo con la precitada norma, la suspensión de los términos en los procesos de responsabilidad fiscal procede únicamente en los siguientes casos:

- Fuerza mayor
- Caso fortuito
- Trámite de una declaración de impedimento o recusación
- Trámite de un conflicto de competencias en los términos del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Para efectos de precisar cuándo tiene lugar un evento considerado como caso fortuito o fuerza mayor, resulta útil recurrir bien a la doctrina o a la jurisprudencia que se han encargado de analizar cada una de estas nociones, llegando así a las siguientes conclusiones:

"Así, se ha dicho que: (i) el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el daño; mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad; (ii) hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida; (iii) la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad, y (iv) el caso fortuito se

⁹ Artículo 66. Remisión a otras fuentes normativas. En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal. En materia de policía judicial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

relaciona con acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza”¹⁰.

En consonancia con lo anterior, ha señalado la Corte Constitucional¹¹, lo siguiente:

“Esos eventos se encuentran acreditados si se configuran tres requisitos: i) que se trate de un hecho irresistible, es decir, que no se puedan superar sus consecuencias; ii) que se trate de un hecho imprevisible, esto es, que no pueda ser contemplado de manera previa y iii) que se trate de un hecho externo. En esa oportunidad sostuvo esta Corporación, apoyada en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹² que ese concepto no alude de manera exclusiva a hechos de la naturaleza frente a los cuales el ser humano no puede actuar sino que comprende otro tipo de casos en los que también concurren los elementos propios de la fuerza mayor o el caso fortuito.

Seguidamente, la providencia en cita, señaló que era necesario que las características de estos fenómenos se analicen según el caso concreto para determinar si se presenta o no tal circunstancia exonerativa de responsabilidad. Así, concluyó que se debe valorar cada caso concreto de forma independiente para verificar si de ellas se desprende la existencia de una situación imprevisible, irresistible y externa, pues como ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: *“conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no.”*¹³

42. Finalmente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁴ acerca de la fuerza mayor o caso fortuito precisó que por definición legal es el imprevisto respecto del cual no es posible resistir, lo que significa que el hecho constitutivo debe ser, por un lado, ajeno a todo presagio, por lo menos en condiciones de normalidad y, del otro, imposible de evitar, de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos. Al respecto, señaló lo siguiente: *“No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular (...). Justamente sobre este particular, bien ha precisado la Sala en jurisprudencia uniforme, que ‘la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos’ (sent. 145 de 7 de octubre de 1993); por eso, entonces, ‘la calificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) que rodearon el acontecimiento –acompañadas con las del propio agente-’ (sent. 078 de 23 de junio de 2000), sin que*

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera — Subsección B. Expediente: 38155. Radicación: 1 7001 2331 000200301 31 801 C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá D.C., 29 de agosto de 2016

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-195/19. M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá D.C., 14 de mayo de 2019.

¹² Cfr. sentencia del 29 abril de 2005, radicado. 0829. de la Sala de Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 29 abril de 2005, radicado. 0829. Posición reiterada en sentencia de 7 de diciembre de 2016, Radicación N° 05001-3103-011-2006-00123-02.

un hecho pueda 'calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito' (cas. civ. de 20 de noviembre de 1989; cfme: sent. 087 de 9 de octubre de 1998) (...)"

En cuanto a la regulación de los trámites de impedimentos y recusaciones, esta se encuentra contenida en el Capítulo II del Título II de la Ley 610 de 2000. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 610 de 2000, *son causales de impedimento y recusación para los servidores públicos que ejercen la acción de responsabilidad fiscal, las establecidas en los Códigos Contencioso Administrativo, de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal.*

Finalmente, en relación con el trámite de un conflicto de competencias en los términos del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, dispone la norma lo siguiente:

“Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

<Inciso modificado por el artículo 2 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los cuarenta (40) días siguientes: Contra esta decisión no procederá recurso alguno.

Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán”.

4.2. Simultaneidad entre el proceso de responsabilidad fiscal y el proceso judicial

En primera instancia, es importante señalar que la responsabilidad que ordena indemnizar a una entidad del Estado cuando se profiere una sentencia judicial en su contra no es susceptible de la acción fiscal, sino de la acción de repetición.

Así lo indicó el Consejo de Estado en Sala Consulta y Servicio Civil, mediante Concepto 1716 del 6 de abril de 2006, al decir que "siempre que se lesione el patrimonio de un tercero que obtiene a su favor el resarcimiento de perjuicios en virtud de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, sólo es posible mediante el ejercicio de la acción de repetición obtener del agente el reembolso de los perjuicios que le ocasionó al Estado. (...)".

De acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado, la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal se encaminan a la idéntica finalidad de reparar los daños padecidos por el patrimonio del Estado, mediando, empero, una condición de aplicación diferente, mientras la de repetición trata del perjuicio causado a un tercero por un agente estatal del que la administración logra el reembolso de lo pagado a la víctima, la acción fiscal analiza el daño directo producido a las cosas públicas.

La acción de repetición está contemplada en 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". Define el artículo 2° de dicha ley la acción de repetición en los siguientes términos:

"Artículo 2. 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".

En relación con la acción de repetición y la de responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado", ha dicho lo siguiente:

"Estos mecanismos procesales (i) son autónomos e independientes, (ii) tienen diferente naturaleza, judicial la acción de repetición y administrativa la del proceso de responsabilidad fiscal, (iii) 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, (a) 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 (b) el del 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 art. 1° Ley 610.

De suerte que en el caso consultado el detrimento al patrimonio del Estado si bien de manera mediata deviene del ejercicio irregular de la gestión fiscal, de forma directa e inmediata se origina en el reconocimiento indemnizatorio proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto art. 2°, Ley 678 de

2001, como consecuencia del daño antijurídico causado a un tercero por la conducta dolosa o gravemente culposa del agente del Estado, lo cual explica claramente que no haya lugar a deducir responsabilidad fiscal por ese hecho, sino que proceda de manera exclusiva la acción de repetición. De este modo, es irrelevante la consideración del origen de la condena con ocasión o no de gestión fiscal pues la procedibilidad de la acción de repetición se sustenta en el daño patrimonial causado al tercero cuya indemnización se ha ordenado judicialmente o debe repararse por el acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación del conflicto'.

Sobre la distinción entre estas dos acciones ha profundizado la Corporación en sentencias de la Sección Primera del 26 de julio de 2001, expediente 6620 y del 26 de agosto de 2004, expediente 050012331-000-1997-02093-01, y en el concepto número 732 de esta Sala.

En el primero de los fallos señalados se aclara, frente a un caso originado en una sentencia condenatoria contra el Estado, como consecuencia de una conducta gravemente culposa de unos de sus agentes, lo siguiente:

"Considera la Sala que no le asiste razón al apelante en sostener que el proceso de responsabilidad fiscal es una vía igualmente válida que la acción de repetición para perseguir la reparación del detrimento patrimonial inflingido al Estado. Si un servidor público, con un acto suyo, doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular ocasiona una condena al Estado, incurre para con éste 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 su pérdida, incurre en responsabilidad fiscal, cuyo pronunciamiento está reservado a la Contraloría."

Por su parte, esta Sala en Concepto 732 de 1995, señaló:

"Todo ello permite deducir que la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencia de los demás tipos de responsabilidad, incluyendo la civil, de donde se desprendió para adquirir su propia personalidad. En nuestro país la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la Administración o por particulares o entidades que mantengan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumplen el tipo de gestión pública a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su específico fundamento."

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: (...) "No es jurídicamente viable adelantar de modo simultáneo la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, ya que es claro para la Sala 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.

En efecto, siempre que se lesione el patrimonio de un tercero que obtiene a su favor el resarcimiento de perjuicios en virtud de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, sólo es posible mediante el ejercicio de la acción de repetición obtener del agente el reembolso de los perjuicios que le ocasionó al Estado; mientras que si la lesión al patrimonio estatal se produjo directamente por ejercicio de gestión fiscal, sin ocasionar daño a terceros, sólo es viable obtener por la administración la reparación mediante el proceso de responsabilidad fiscal". (...).

El menoscabo producido al patrimonio público por el pago de una condena proveniente de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público que ejerce gestión fiscal, se resarce mediante el ejercicio de la acción de repetición, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 90 de la Carta, 77 y 86 del C.C.A. y en la Ley 678 de 2001. La acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal son mecanismos procesales autónomos. 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".

La postura fijada por las Altas Corporaciones, fue acogida por el ente de control fiscal, como se refleja en los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica tales como el 047 de 2018, donde se concluyó que la responsabilidad que dimana del pago a que queda sujeto un ente público en razón de una condena judicial no es encausable por el cauce del proceso de responsabilidad fiscal que tramitan las Contralorías, sino a través de la acción judicial de repetición.

En este orden, cuando se profiere una condena judicial en contra de una entidad del Estado, la misma está en la obligación de recuperar lo pagado a través de la acción de repetición. Nótese que quien eroga el recurso para atender la condena en primer lugar es la entidad estatal demandada, lo cual cubre con recursos de su presupuesto. Posterior a ello está en la obligación de recuperar aquella erogación a través de la acción de repetición, para que el funcionario que generó la condena a la entidad del Estado reembolse lo pagado por esta.

Ahora bien, también contempla la Ley 678 de 2001, la figura del llamamiento en garantía en la cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 se determina que, "Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

En igual sentido, dispone el artículo 22 del mismo ordenamiento que en la sentencia que ponga fin al proceso de responsabilidad en contra del Estado, el juez o magistrado se pronunciará no sólo sobre las pretensiones de la demanda principal sino también sobre la responsabilidad del agente llamado en garantía y la repetición que le corresponda al Estado respecto de aquél.

Señaló la Corte Constitucional sobre la responsabilidad del llamado en garantía, lo siguiente:

"En los procesos independientes no habría intervención de terceros. Con todo, habrá de averiguarse si conforme a la Constitución y en aplicación del principio de economía procesal puede el legislador establecer unas reglas de procedimiento para que en el mismo proceso en que se pretenda deducir la responsabilidad patrimonial del Estado, pueda, simultáneamente decidirse sobre la pretensión de éste para que el servidor público respecto de quien hubiere fundamento para considerar que procedió con dolo o culpa grave en la actuación que dio origen a la responsabilidad patrimonial que del Estado se reclama, reembolse lo que hubiere sido pagado a la víctima, con ocasión del daño sufrido.

Nada se opone en la Constitución Política a que ello sea así. Si bien se trata de dos pretensiones diferentes, la primera frente al Estado y la segunda, de éste frente al servidor público que se encuentre en las circunstancias especiales ya anotadas (dolo o culpa grave), para que reembolse a aquel lo que fuere condenado a pagar, es claro que luego de trabada la relación jurídico-procesal entre la víctima demandante y el Estado demandado que tienen la calidad de partes originarias del proceso, puede el Estado impetrar que se vincule al servidor público que hasta ese momento es un tercero ajeno al proceso, para que en adelante tenga la calidad de tercero interviniente y, en consecuencia, se haga parte forzosa desde entonces, llamándolo en garantía, para que en una misma sentencia se decida si el Estado es responsable patrimonialmente y si el servidor público obró o no con culpa grave o dolo para imponerle entonces la obligación de reembolsar lo pagado por el Estado al demandante inicial.

Nótese que al Estado le asiste un derecho de carácter constitucional a ejercer en ese caso la acción de repetición y, por ello, nada de extraño tiene que la ley ponga a su disposición un instrumento de carácter procesal para el efecto. Desde luego, que ese llamamiento en garantía es un medio para cumplir el deber del Estado de dirigir la acción de repetición contra el servidor público que al parecer obró con dolo o culpa grave y con su conducta dio origen a que aquel fuera demandado con una pretensión de responsabilidad patrimonial."

En este orden jurídico, si un funcionario es declarado fiscalmente responsable, y a su vez existe un proceso judicial deberá analizarse el medio de control incoado por la entidad del Estado y determinar en cada caso en particular las acciones a seguir.

De otro lado, en cuanto a la coexistencia de un proceso de responsabilidad fiscal y de un proceso judicial en los que se persiga el resarcimiento del mismo daño patrimonial sufrido por una entidad estatal y se juzguen las mismas acciones y omisiones del presunto responsable, se indica que la acción de repetición, aun cuando la norma ha contemplado la obligatoriedad que tiene la entidad condenada de repetir contra el servidor público y se ha visto que el interés general que embarga el patrimonio público abre la puerta hacia la utilización de dicho mecanismo por parte de la Contraloría General de la República, no es una situación óptima para el Estado que varias de sus entidades ejerzan al tiempo los mecanismos dispuestos por el ordenamiento para defender el patrimonio público y sancionar a los servidores públicos y particulares que

ocasionen un daño de este tipo al Estado, ya que, en lugar de lograr el objetivo propuesto, genera un caos del cual se pueden aprovechar los sujetos investigados para evadir los controles.

En este contexto, al momento de realizar la auditoría a las entidades públicas se debe verificar que se hayan adelantado las correspondientes acciones de repetición, y, sobre todo, la utilización de la figura del llamamiento en garantía dentro del proceso contra la entidad de tal forma que en el mismo proceso en que se condene al Estado, se decrete la responsabilidad del servidor público, y, por lo tanto, se ordene la repetición contra él.

Cabe precisar que la Ley 2063 del 28 de noviembre de 2020, "por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 10 de enero al 31 de diciembre de 2021", en el artículo 65 señala que las entidades públicas obligadas a ejercer la acción de repetición contenida en el artículo 4° de la Ley 678 de 2001, semestralmente reportarán para lo de su competencia a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, cada uno de los fallos judiciales pagados con dineros públicos durante el periodo respectivo, anexando la correspondiente certificación del Comité de Conciliación, donde conste el fundamento de la decisión de iniciar o no las respectivas acciones de repetición.

Así mismo, establece que dentro de los dos (2) meses siguientes a la decisión del Comité de Conciliación, se remitirán a los organismos de control mencionados en el acápite anterior, las constancias de radicación de las respectivas acciones ante el funcionario judicial competente.

En consonancia con lo señalado, se encuentra el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, el cual contempla que la finalidad de la responsabilidad fiscal es resarcitoria. Prescribe la norma lo siguiente:

“Artículo 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.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

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

De acuerdo con la Corte Constitucional, *dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993)¹⁵. 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. (Sentencia C-046/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).*

De lo expuesto, puede colegirse que al proceso de responsabilidad fiscal no le aplica la prejudicialidad, pues de la misma conducta pueden derivarse varias acciones, lo que implica que, el proceso de responsabilidad fiscal es autónomo frente a otras decisiones administrativas o jurisdiccionales.

Por último, se anexa al presente escrito el concepto solicitado por la peticionaria.

5. Conclusiones

5.1. La suspensión del proceso de responsabilidad fiscal solo procede en los eventos contenidos en el artículo 13 de la Ley 610 de 2000.

5.2. Cuando coexistan un proceso de responsabilidad fiscal y un proceso judicial sobre los mismos hechos y con la finalidad de obtener el resarcimiento del mismo daño patrimonial sufrido por una entidad estatal, si un funcionario es declarado fiscalmente responsable y a su vez existe un proceso judicial, deberá analizarse el medio de control incoado por la entidad del Estado y determinar en cada caso en particular las acciones a seguir.

Cordialmente,



LUIS FELIPE MURGUEITIO SICARD
Director Oficina Jurídica

Anexos: Concepto 2006EE62752. Tres (3) folios.

Proyectó: Erika Cure
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas
Radicado: 2022ER0100806
TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos

¹⁵ Norma derogada por la Ley 610 de 2000

80112- **2006EE62752**

Bogotá, D.C., 05 de diciembre de 2006

Doctor

RAFAEL HERNANDO LOZANO PUENTE

Director Técnico Proceso de Responsabilidad Fiscal

Carrera 30 N° 30 – 17 Esquina

Palmira – Valle del Cauca

ASUNTO: Proceso de Responsabilidad Fiscal. Vinculación del garante

1. Antecedentes.

Esta Oficina conoce su consulta radicada bajo el No. 2006ER66929 mediante la cual solicita el pronunciamiento de la Contraloría General de la República con respecto a la aplicación del artículo 44 de la Ley 610 de 2000. En particular pregunta: 1.) Cómo se vincula al garante en el Proceso de Responsabilidad Fiscal; 2.) Cuáles son los elementos a constatar para vincular, y eventualmente, responsabilizar al garante; 3.) Cómo se deben valorar los riesgos amparados por el contrato de seguros y cómo se gradúa la responsabilidad en aquellos; 4.) Finalmente, si para hacer efectiva la póliza de cumplimiento, se requiere previamente la declaración judicial del incumplimiento del contrato.

2. Consideraciones Jurídicas.

El artículo 44 de la Ley 610 de 2000 establece:

ARTICULO 44. VINCULACION DEL GARANTE. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

2.1. Comunicación al garante del auto de apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Forma.

El Capítulo X del Título I del Código Contencioso Administrativo señala la forma como deben realizarse las publicaciones, comunicaciones y notificaciones dentro de las actuaciones administrativas, cuando estos actos no se encuentren regulados en leyes especiales.

El Proceso de Responsabilidad Fiscal, a pesar de ser una actuación administrativa reglada en norma especial (Ley 610 de 2000), presenta ciertas lagunas que deben llenarse teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 66 de la propia Ley y la naturaleza de la institución.

Ahora, valga resaltar, que existen diferencias importantes entre la comunicación y la notificación. A pesar de que ambos son mecanismos de información que utiliza la administración pública para dar a conocer sus decisiones, cumplen funciones diversas. Mientras la comunicación es un llamado esencialmente administrativo de alerta para que oportunamente el receptor atienda su contenido, *"...es un medio de información a través del cual se solicita la comparecencia al Despacho de la persona a quien se va a notificar de una decisión judicial"*¹; la notificación, busca satisfacer el derecho de contradicción, la garantía de defensa, la posibilidad material de exponer las exculpaciones de una acusación, busca *"...vincular a los sujetos procesales con interés jurídico para intervenir en el respectivo proceso y enterarlos de las diferentes diligencias y actuaciones que en él se surten"*.²

Lo adecuado para que se satisfaga la exigencia normativa es acompañar a la comunicación copia del auto de apertura donde deberá estar claramente determinada la referencia determinada: número de la póliza de garantía, objeto de la misma, cobertura, tomador, beneficiario, en general, los elementos necesarios que le permitan al garante informarse de la existencia del proceso y la causa del mismo.

2.2. Llamamiento en garantía. Responsabilidad. Elementos.

Su segunda pregunta encierra dos aspectos: 1.) Qué análisis debe realizarse para vincular al garante dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal; 2.) Qué análisis debe realizarse para responsabilizar al llamado en garantía.

¹ República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2003. MP. Jaime Córdoba Triviño

² *Ibid.* Sentencia T-324 de 1999. MP. Antonio Barrera Carbonell

El primero está parcialmente resuelto en el acápite anterior. Dada la existencia de un auto de apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal y constatada la existencia de una póliza de garantía que ampare al presunto responsable, al bien o al contrato objeto del proceso, es posible llamar en garantía.

Frente al segundo, es preciso señalar que el llamado en garantía en rigor no es responsable, sino como lo afirma el propio artículo 44, es un tercero civilmente responsable. Esto significa que el llamado en garantía no es un procesado más, sino el llamado, en razón del contrato de seguro a responder patrimonialmente de acuerdo con las previsiones del Código de Comercio.

2.3. Contrato de seguro. Valoración de riesgos.

La valoración de riesgos en el contrato de seguro se regula por las normas del Código de Comercio.

Como hemos dicho el garante se vincula en calidad de tercero civilmente responsable. Esto significa, que la aseguradora no es responsable y no requiere evaluarse su conducta, esto es, si obró con culpa grave o dolo, puesto que esta no es determinante en el hecho que ocasiona el daño. Ser tercero civilmente responsable, es precisamente no ser el investigado sino un tercero que es llamado al proceso para que en el evento de presentarse un fallo con responsabilidad fiscal responda patrimonialmente por el daño que ha amparado.

El llamamiento en garantía envuelve por parte del órgano de control el ejercicio de una segunda acción. De una parte, la acción fiscal contra el gestor fiscal que por su conducta, a título de dolo o culpa grave, ha ocasionado una lesión al patrimonio del Estado; y de otra parte, la acción contra el garante de ese patrimonio público que debe amparar el acaecimiento del siniestro. Llamar en garantía dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal, no es más que la aplicación del principio de economía procesal y desarrollo del artículo 209 de la Constitución Política. Dentro de una misma actuación administrativa se decide la suerte del gestor fiscal y la suerte de su garante. *“En el llamamiento en garantía hay un llamado, pero eventualmente se plantea una pretensión por parte del llamante frente al llamado y en este caso se enriquece la relación jurídica*

*procesal pues se incluye una nueva pretensión: la del llamante para que, en caso de perder el proceso, lo indemnice quien ha traído el proceso”.*³

En el caso del Proceso de Responsabilidad Fiscal la pretensión frente al garante es sobre la cobertura, vigencia y demás elementos del contrato de seguro. Las excepciones a la misma pueden darse desde la crítica al acontecimiento del siniestro, la existencia del daño, hasta el deber de resarcimiento por parte del eventual responsable. Posteriormente, el garante tiene frente al procesado y responsabilizado la acción de regresión, que se adelantará ante las instancias civiles correspondientes. De esta manera, el garante se convierte en un defensor más de los intereses del procesado, ya que de verse condenado este, necesariamente responderá patrimonialmente aquel. Es esto lo que explica que el legislador le haya dado al garante *los mismos derechos y facultades del principal implicado*.

Sobre la valoración de la responsabilidad de los implicados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal debemos precisar, que comporta elementos diferenciales teniendo en cuenta las normas de la Ley 610 de 2000. Mientras la aseguradora en su papel de garante responde patrimonialmente en virtud del cumplimiento de la obligación contractual condicional; en la valoración de la conducta de los presuntos responsables, habrán de tenerse en cuenta factores como el nivel jerárquico o grado de confianza del infractor, el grado de participación en los hechos generadores del daño al patrimonio público, y si el implicado actuó con la intención inequívoca de cometer el daño o fue un error de comportamiento que es considerado como grave.

Desde luego, la valoración del proceder de los involucrados y la vinculación de la aseguradora como tercero civilmente responsable, debe realizarse desarrollando los principios constitucionales de la función pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y los señalados en el artículo 3° de la Ley 610 de 2000.

2.4. Acción fiscal. Prejudicialidad.

Finalmente, debemos manifestar, que la acción fiscal no requiere tipo alguno de prejudicialidad. Si bien es cierto esta figura del ordenamiento adjetivo puede, de acuerdo con las circunstancias procesales, invocarse para suspender la actuación cuando quiera que una decisión judicial o administrativa brinde mayor certeza sobre el fallo a tomar por parte de las

³ PARRA QUIJANO Jairo. Los terceros en el proceso civil. Ediciones Librería El Profesional. 1989. Pág. 152

contralorías, este no es requisito de procedibilidad para iniciar el Proceso de Responsabilidad Fiscal y vincular al garante.

Dos razones fundamentales entre muchas otras refuerzan esta afirmación: La acción fiscal es autónoma e independiente de cualquier otra de carácter administrativo o judicial, así lo constata el parágrafo 1°, hoy único*, del artículo 4° de la Ley 610 de 2000. La declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de la jurisdicción contencioso administrativa u ordinaria, dará lugar a otra clase de responsabilidad, verbigracia, responsabilidad contractual, pero esta es independiente de la responsabilidad fiscal que corresponde constitucionalmente declararla a las contralorías del país de acuerdo a su competencia y lo ordenado en la Ley 610 de 2000.

En segundo lugar, el control fiscal es integral y comprende varios aspectos: financieros, legales, administrativos y contables. Verificar si existe o no responsabilidad contractual atiende solo a criterios legales, en principio, cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales que se desprenden del convenio. La responsabilidad fiscal verifica un objeto materialmente más amplio: además de observar si el acto o contrato concurre a desarrollar los fines esenciales del Estado y el querer del legislador, examina si la actuación del servidor público o del particular que realiza gestión fiscal es financiera, contable y administrativamente adecuada.

Así las cosas, no es necesaria la declaración previa de incumplimiento de obligaciones o declaración de ilegalidad para verificar el daño patrimonial al Estado. La práctica administrativa muestra, que existen actos o contratos que son formalmente legales pero causan daño, y a la inversa, actos o contratos ilegales pero que no causan detrimento. Tomar uno solo de los aspectos del control fiscal reduce el querer del constituyente y esteriliza el efectivo ejercicio de vigilancia y control.

3. Conclusión.

Al comunicar al garante su vinculación al Proceso de Responsabilidad Fiscal, es importante darle a conocer los motivos del mismo a partir del conocimiento del auto de apertura del proceso.

* El parágrafo 2° de dicho artículo fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-619 de 2002. Por lo tanto, fue retirado del ordenamiento jurídico.

El investigador fiscal debe verificar que efectivamente existe una póliza de garantía que ampare el presunto responsable, el bien o el contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso.

La valoración de la responsabilidad debe realizarse con base en los elementos probatorios que obren en el expediente y teniendo en cuenta factores como el nivel jerárquico y la conducta del gestor fiscal, así como, la incidencia de la misma en los hechos que ocasionan la lesión o detrimento al patrimonio público.

No es necesaria la decisión previa de incumplimiento del contrato para iniciar el Proceso de Responsabilidad Fiscal y vincular al garante.

4. Alcance de la respuesta

Se hace procedente señalar que, en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, es decir, carecen de fuerza vinculante.

Por último, le informamos que Usted puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a éste y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace *normatividad - conceptos* de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,

(Original firmado)

CESAR TORRENTE BAYONA
Director Oficina Jurídica

Copia: Dra. Amparo Quintero Arturo, Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

*Proyectó: Wilson René González. Profesional
Revisó: Álvaro Barragán Ramírez. Asesor de Gestión (E)
Radicado: ER66929*