



CJ.110.003.2007 12

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA
*Promovemos el Desarrollo de la Gestión Pública, la Lucha
contra la Corrupción y la Participación Ciudadana*
NIT 891.190.240-1

JUPF-2218

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cito N.U.R. **110-1-30370** 05/12/2006 12:55 p.m.
Trámite: 435 - CONCEPTO
E-28786 Actividad. 01 INICIO. Folios. 1, Anexos. NO
Origen: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA
Destino: 110 OFICINA JURIDICA

Florencia, 30 NOV 2006

Doctor
CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA ✓
Directora Oficina Jurídica
Auditoría General de la República
Calle 10 No. 17-18, piso 9
Tel: (571)2432969-2820917
Bogotá D.C

Asunto: Solicitud Concepto

Cordial Saludo,

En atención a las funciones de conceptualización asignadas a esa dependencia, de manera respetuosa, me permito solicitarle se sirva absolver la siguiente consulta que se propone en los siguientes términos:

Se pregunta:

¿Es procedente aplicar a los procesos de responsabilidad fiscal, las presunciones del culpa grave que contiene el artículo 6 de la ley 678 de 2001 para efectos de derivar responsabilidad de un gestor fiscal?

Agradezco de antemano su amable y oportuna colaboración.

Atentamente,


PAOLA ANDREA CALDERON
Jefe Unidad Procesos Fiscales


DE FABIAN
05-12-06

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
 Al contestar con N.U.R. **110-1-30370** 16/01/2007 10:57 a.m.
 Trámite 435-CONCEPTO
 S-23174 Actividad, 07 RESPUESTA, Fotos, 5, Aéreo, 110
 Bogotá, 110 OFICINA JURIDICA
 Distrito CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA



Bogotá D.C.

110

Doctora:

PAOLA ANDREA CALDERON

Jefe Unidad Procesos Fiscales

Contraloría Departamental del Caquetá

Carrera 13 # 15-00 (098)4357703

Florencia -Caquetá.

16472218
16-01-07

Referencia: N.U.R 110-1-30370

Respetada Doctora Calderón:

En consulta realizada por usted se emite concepto jurídico para efectos de dar respuesta a sus interrogantes.

Lo que se consulta.

* ¿Es procedente aplicar a los procesos de responsabilidad fiscal, las presunciones de culpa grave que contiene el artículo 6° de la ley 678 de 2001 para efectos de derivar la responsabilidad de un gestor fiscal?

Fundamentos de Derecho.

Para dar respuesta al interrogante planteado, debe tenerse en cuenta que la aplicación de una norma (en sentido amplio) a unos hechos o una situación determinada, es dable, bien sea de manera directa porque el legislador así lo consideró, o bien porque existen hechos y situaciones que no han sido regulados por la ley, y en consecuencia, tales vacíos deben ser suplidos mediante la aplicación analógica de otra ley.

Entonces, en cuanto a la aplicación directa de las presunciones señaladas en la ley 678 de 2001, la ley originariamente establecía en el inciso 2° del párrafo 1° del artículo 2° que:

"Para la recuperación del lucro cesante determinado por las contralorías en los fallos en los que le pongan fin a los procesos de responsabilidad fiscal, se acudirá al procedimiento establecido en la presente ley para el ejercicio de la acción de repetición."



Sin embargo, tal disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-309 de 2002, impidiendo así, la aplicación de manera directa de esta ley al proceso de responsabilidad fiscal.

Concretamente consideró la Corte:

7. 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. Esta calidad ha sido reiterada en diferentes oportunidades por esta Corporación, en especial en la sentencia SU-620 de 1996,



en el cual se señaló lo siguiente: 1) el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa; 2) la responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa y de carácter patrimonial; 3) esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria; 4) en el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce deben observarse las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas.(15)

En tercer lugar, no hay conexidad teleológica, sistemática ni material entre la norma acusada y la Ley en la cual está circunscrita. En efecto, la finalidad de la Ley 678 es reglamentar 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, lo cual es un asunto distinto de la responsabilidad por la gestión fiscal y del proceso de responsabilidad fiscal. Además, el contenido de la Ley 678 corresponde a su título, es decir a la acción de repetición y al llamamiento en garantía con fines de repetición, razón que convierte a la norma demandada en un asunto extraño al tema desarrollado en la ley 678. Tampoco hay conexidad temática aparte demandado con el contenido del artículo 2 y del parágrafo 1 en el cual se inserta, pues mientras éstos últimos se refieren a la naturaleza, los destinatarios y la procedencia de la acción de repetición, aquel alude al procedimiento que se empleará para recuperar el lucro cesante determinado por los contralores en los fallos con responsabilidad fiscal.

Finalmente, el proyecto de ley fue estructurado, discutido y aprobado desde la óptica de la acción de repetición y no desde la perspectiva de la regulación de la gestión fiscal ni del proceso de responsabilidad fiscal. (...) Por lo anterior, en este caso no encuentra la Corte la conexidad objetiva y razonable exigida(17) para garantizar la armonía material interna que exige la Constitución, por cuanto la norma demandada contiene, en efecto, una disposición extraña a la materia regulada por la Ley 678 y, al respecto, "la Corte ha sido clara en señalar que no puede haber proyectos que traten de diferentes materias"(18).

Ahora, independientemente de la inexequibilidad del inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 2º señalada por el máximo Tribunal constitucional, y cuyo fundamento fue la falta de unidad de materia entre el inciso y el objeto de la ley, cabría una remota posibilidad de aplicar por vía de analogía el artículo 6º de la mencionada ley al proceso de responsabilidad fiscal.

No obstante, la aplicación de la ley por analogía supone unas condiciones ineludibles, a saber: a) Que no haya una ley exactamente aplicable al caso, es decir, que efectivamente se presente una laguna legislativa; b) Que la materia legislada sea semejante a la carente de norma, y c) Que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera.

Como quiera que la primera condición del acápite anterior no concurre en el caso objeto de estudio, se descarta toda posibilidad de aplicación analógica, en la medida en que la ley 610 de 2002, regulatoria del proceso de responsabilidad fiscal, contempla como elemento constitutivo de dicha responsabilidad que la conducta sea dolosa o culposa.

Igualmente, y para efectos de confirmar que en esta ley el legislador no dejó vacío alguno en este tema, y por el contrario su querer era el de establecer un grado de culpa concreto y sin presunciones, véase, que el parágrafo 2° del artículo 4° inicialmente señalaba como grado de culpa, a partir del cual se podría establecer responsabilidad fiscal, el de culpa leve, empero, tal disposición fue declarada inexecutable en sentencia C-619 de 2002.

Por otra parte, el proceso de responsabilidad fiscal es un proceso independiente y autónomo frente a cualquier otro tipo de responsabilidad consagrada a nivel constitucional y legal, por lo que la aplicación del procedimiento contenido en la Ley 610 de 2000, no impide que la entidad afectada con la conducta culposa o dolosa, inicie la respectiva acción de repetición del artículo 90 superior y en la Ley 678 de 2001, la cual se estructura con el fin de obtener en pago de devolución el valor que el Estado ha reconocido por concepto de condenas impuestas a su cargo.

En ese orden de ideas, podemos afirmar que, el Constituyente y el legislador le han atribuido a la acción de repetición una identidad propia, al punto de que se le ha diferenciado de otras acciones cuyo ejercicio conlleva el restablecimiento del patrimonio público afectado por el actuar de sus agentes, como es el caso de la responsabilidad fiscal, lo que ha sido reconocido por parte de esa Honorable Corporación en algunos apartes de la sentencia C-840 de 2001, en los que se refirió al tema en los siguientes términos:

[. . .] El artículo 90 de la Constitución consagra la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, admitiendo también la responsabilidad subjetiva de los funcionarios con base en los conceptos de dolo y culpa grave, por cuanto es posible que el daño se genere a partir de la acción u omisión de los servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular e ilícito.



Pero obsérvese, aquí el Estado obra como extremo infractor, a tiempo que el extremo pasivo lo constituyen las personas que lleguen a padecer los rigores y efectos perjudiciales de su injustificada acción u omisión institucional, que por regla general se traduce en una falla del servicio o en otras manifestaciones contrarias a derecho. Por ello mismo, en tratándose de responsabilidad fiscal resultaría impropio situarse en los dominios del artículo 90 superior, pues, sencillamente, en tal hipótesis fiscal el Estado es justamente el extremo afectado, como que el Tesoro Público sufre los quebrantos causados por la conducta irregular de quienes ejercen gestión fiscal, sean estos servidores públicos o particulares. Circunstancia pasiva que se hace aún más palmaria si se tiene en cuenta que en el evento de la responsabilidad fiscal el Estado no debe hacer erogación alguna, por el contrario, el resarcimiento pecuniario corre a su favor, siendo por ende impensable cualquier acción de repetición contra funcionario alguno. Lo cual se refuerza al recordar que no toda conducta de un servidor público vincula a la Administración.”(11)

Así las cosas, la responsabilidad que se puede atribuir a los servidores públicos como consecuencia de las condenas que por su conducta dolosa o culposa, se han establecido a cargo del Estado, pueden concretarse a través de una acción de carácter patrimonial y de naturaleza civil, como es la acción de repetición, y de igual manera, a través de una acción de naturaleza administrativa resarcitoria como la contenida en la Ley 610 de 2000.

Con el presente concepto esperamos resolver sus inquietudes, no sin antes recordar que al tenor del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, de manera alguna compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la Republica, ni será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente.

CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA
Director Oficina Jurídica

fhjp