

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN SERVICIOS BIBLIOTECARIOS					
CÓDIGO	AP-BIB-FO-06	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA 1 de 1

Neiva, 02 de septiembre de 2022

Señores
CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
Ciudad

El (Los) suscrito(s):

María Nelly Vera, con C.C. No. 55.155.538,

Autor(es) de la tesis y/o trabajo de grado o _____

titulado EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y LA ACCIÓN DE REPETICIÓN COMO MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS FRENTE A LAS CONDENAS CONTRA EL ESTADO presentado y aprobado en el año 2022 como requisito para optar al título de

MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO;

Autorizo (amos) al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales "open access" y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores", los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma: _____



Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN SERVICIOS BIBLIOTECARIOS					
	DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO					
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA 1 de 5

TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y LA ACCIÓN DE REPETICIÓN COMO MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS FRENTE A LAS CONDENAS CONTRA EL ESTADO.

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
Vera	María Nelly

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
Lopez Daza	German Alfonso

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: Magister En Derecho Público

FACULTAD: Ciencias Jurídicas Y Políticas

PROGRAMA O POSGRADO: Maestría En Derecho Público

CIUDAD: Neiva **AÑO DE PRESENTACIÓN:** 2020 **NÚMERO DE PÁGINAS:** 110

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas___ Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general___ Grabados___
Láminas___ Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones___ Tablas
o Cuadros X

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento:

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá consultarse a través del sitio web institucional: www.unsurcolombiana.edu.co

MATERIAL ANEXO:

PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria):

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
1. Estado colombiano	Colombian State
2. Administración Pública	Public Administration
3. Indemnizaciones	Compensation
4. Acción de repetición	Repeat Action
5. Proceso de Responsabilidad Fiscal	Fiscal Responsibility Process

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

Las crecientes condenas judiciales contra el Estado y la escasez de recursos para sufragarlas evidencian un panorama preocupante en Colombia en la medida que impacta negativamente el gasto público. Respecto a lo anterior, el presente trabajo analiza cada una de las instituciones resarcitorias aludidas, sus características, fundamentos, marco en el que se ejercen, al igual que sus compatibilidades e incompatibilidades como herramientas reparatorias de las indemnizaciones asumidas por el Estado. Además, se realiza una aproximación al desarrollo de la responsabilidad de la Administración en Colombia desde comienzos del siglo XX hasta su expresa inserción en la Carta de 1991, y las interpretaciones que ha realizado, tanto la jurisprudencia como la doctrina de este nuevo modelo de responsabilidad basado en el daño antijurídico. También se identificó el impacto que en el gasto



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO

AP-BIB-FO-07

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

3 de 5

público representan las sentencias contra el Estado y las cifras más representativas, como también los mecanismos previstos constitucionalmente para obtener el reintegro de los valores. También se hace mención a la procedibilidad de las acciones de repetición y fiscal frente a lo pagado por el Estado y las dificultades que en la práctica se presentan para su materialización.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)



The increasing judicial sentences against the State and the scarcity of resources to pay for them show a worrying panorama in Colombia to the extent that it negatively impacts public spending. Regarding the above, this paper analyzes each of the aforementioned compensation institutions, their characteristics, foundations, framework in which they are exercised, as well as their compatibilities and incompatibilities as reparatory tools for the compensation assumed by the State. In addition, an approximation is made to the development of the responsibility of the Administration in Colombia from the beginning of the 20th century until its express insertion in the 1991 Charter, and the interpretations that it has made, both the jurisprudence and the doctrine of this new model of responsibility. based on unlawful damage. The impact of judgments against the State and the most representative figures on public spending were also identified, as well as the constitutionally established mechanisms to obtain the refund of values. Mention is also made of the procedurality of the repetitive and fiscal actions against what has been paid by the State and the difficulties that in practice arise for their materialization.



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO

AP-BIB-FO-07

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

5 de 5

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado:

Firma:

Nombre Jurado:

Firma:

Pablo César Díaz Barrera

Nombre Jurado:

Firma:

**EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y LA ACCIÓN DE REPETICIÓN
COMO MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS FRENTE A
LAS CONDENAS CONTRA EL ESTADO**

María Nelly Vera Lozano

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICA Y POLITICAS

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Neiva, Colombia

2020

**EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y LA ACCIÓN DE REPETICIÓN
COMO MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS FRENTE A
LAS CONDENAS CONTRA EL ESTADO**

María Nelly Vera Lozano

Tesina para optar al título de Magíster en Derecho Público

Asesor

Doctor Pablo Díaz

Director de Maestría

German López Daza

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICA Y POLITICAS

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Neiva, Colombia

2020

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

Agradecimientos

Cómo autora quiero agradecer, especialmente a las personas que formaron parte integral y de apoyo a la labor profesional, doctrinal y jurisprudencial como los doctores Boris Carvajal Renza, quien me ofreció su valioso conocimiento y experiencia; y a los doctores German López Daza, Pablo Díaz, docentes con formación de alta calidad de la Universidad surcolombiana-USCO.

También a mi familia en especial quienes, en distintos momentos, me brindaron apoyo incondicional para realizar este trabajo fruto de un esfuerzo colaborativo que, además, se ha extendido a mi entorno profesional y laboral.

Contenido

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: Elementos para la comprensión del daño antijurídico como presupuesto de la responsabilidad estatal	16
1. Contextualización de la responsabilidad del Estado en Colombia	16
2. Visión panorámica de los sistemas de responsabilidad de la administración	20
2.1 Sistema subjetivo	21
2.2 Sistema objetivo	22
3. Algunos casos especiales de responsabilidad estatal	26
3.1 La administración de justicia	26
3.2 El hecho de las leyes.....	27
4. Los títulos de imputación. ¿Fuente de inseguridad jurídica?	29
5. El Constituyente de 1991 y el daño antijurídico	34
5.1 ¿Qué es daño antijurídico?	35
5.2 ¿El daño antijurídico originó un nuevo modelo responsabilidad estatal?	39
CAPÍTULO II: Aproximación a los mecanismos de recuperación de los recursos pagados por el Estado en cumplimiento de condenas judiciales	42
1. El gasto público y los fallos judiciales adversos a la administración	42
2. ¿En qué consiste la acción de repetición?	45
2.1 Normas básicas	46
2.2 ¿La acción de repetición es civil o pública?	48
2.3 El rol de los comités de conciliación.....	49
2.4 Algunos presupuestos.....	50
2.5 La condena y sus consecuencias	57
3. ¿Qué es el proceso de responsabilidad fiscal?	59
3.1. La noción de gestión fiscal	59
3.2 Marco jurídico	62
3.4. La caducidad y la prescripción	65
3.5 Elementos de la responsabilidad fiscal	66
CAPÍTULO III: El problema de la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal	70
1. Las condenas pagadas por el Estado y la ineficacia del recobro	70
2. Propuestas para potenciar la acción de repetición	74

3. Paralelo entre la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal	78
4. No toda condena estatal conlleva al reintegro de recursos	82
5. Comentarios a la jurisprudencia nacional	86
6. El Sistema Interamericano de DDHH y los fallos con responsabilidad fiscal	93
CONCLUSIONES	98
REFERENCIAS	107

Figuras

Figura 1. Condenas contra la nación: factores de desestabilización de las finanzas y el gasto público. ... 44

Figura 2. La acción de repetición y la acción de responsabilidad fiscal. Semejanzas y diferencias 88

INTRODUCCIÓN

Las crecientes condenas judiciales contra el Estado y la escasez de recursos para sufragarlas evidencian un panorama preocupante en Colombia en la medida que impacta negativamente el gasto público.

Sobre este fenómeno los expertos han colocado de presente como la Constitución de 1991 requirió a las autoridades disminuir la exclusión y la inequidad. En efecto, la Carta Política previó un esquema de proteccionismo estatal que asegurara unas condiciones mínimas de calidad de vida de los asociados en aspectos sensibles como salud, educación, saneamiento básico y vivienda; sin embargo, ante la frustración de que estas no se cristalizaran la ciudadanía decidió acudir a las instancias judiciales las cuales han venido profiriendo fallos que ordenan proteger las prerrogativas vulneradas, coadyuvado al incremento del gasto estatal (Dinero, 2017).

Al respecto, un estudio del máximo órgano de control fiscal, cuyos resultados más relevantes fueron difundidos mediante comunicado de prensa No. 191 de 2018, señala que solo el sector defensa, justicia y seguridad, que acumula la mayoría de condenas, al iniciar el año 2018 adeudaba por concepto de sentencias y conciliaciones \$5.4 billones y en el presupuesto nacional fueron apropiados, en total, únicamente \$919.273 millones que permitiría cubrir apenas el 17% del sector mencionado. Las erogaciones por sentencias equivalen al 35% del PIB, y los intereses en exceso agravan la situación, por ejemplo, de cada 100 millones que cancela una entidad como la Policía Nacional 35 millones corresponden a intereses (C.G.R 2018).

Ante el horizonte descrito la sociedad se pregunta si los valores pagados por la administración pública son susceptibles de recuperación, lo que permitiría generar una alternativa de redistribución del ingreso para orientarlo a programas sociales que redunden en un mayor beneficio y disminuyan la brecha de la desigualdad.

Al respecto se debe manifestar que sí es posible el resarcimiento de las sumas canceladas por la Administración en indemnizaciones por fallos judiciales, pero solamente cuando el daño antijurídico que hace responsable al Estado sea producto del dolo o la culpa grave de sus agentes. Para ello el Estado tendría en principio dos mecanismos: la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, cada uno con su propia autonomía Constitucional; sin embargo, se discute la procedencia de la acción fiscal en estos casos, lo que amerita una profundización ya que algunos consideran como única vía el mecanismo de repetición.

El anterior contexto da origen al interrogante que se dilucida en el presente ejercicio académico: ¿En qué medida puede considerarse que la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal son concurrentes y eficaces para el resarcimiento del patrimonio del ®Estado?

Para lograr una aproximación al problema planteado se analizan cada una de las instituciones resarcitorias aludidas, sus características, fundamentos, marco en el que se ejercen, al igual que sus compatibilidades e incompatibilidades como herramientas reparatorias de las indemnizaciones asumidas por el Estado.

Para alcanzar el propósito macro se definieron unos objetivos específicos consistentes en:

(i) Efectuar una aproximación de al desarrollo de la responsabilidad de la Administración en Colombia, sus principales hitos, transformaciones desde comienzos del siglo XX hasta su expresa inserción en la Carta de 1991, y las interpretaciones que ha realizado tanto la jurisprudencia como la doctrina de este nuevo modelo de responsabilidad basado en el daño antijurídico, (ii) Identificar el impacto que en el gasto publico representan las sentencias contra el Estado y las cifras más representativas, como también los mecanismos previstos constitucionalmente para obtener el reintegro de los valores, y (iii) Establecer la procedibilidad de las acciones de repetición y fiscal frente a lo pagado por el Estado y las dificultades que en la práctica se presentan para su materialización.

De esta forma el estudio es desarrollado en tres capítulos:

El primero ofrece una contextualización de los conceptos básicos, pero fundamentales, asociados a la responsabilidad estatal, facilitando el dimensionamiento del problema a resolver. En tal sentido el temario involucra (i) una síntesis de la responsabilidad patrimonial del Estado en sus diferentes etapas desde la época de la irresponsabilidad de la administración, basada en el principio de soberanía estatal, hasta las nuevas concepciones surgidas de la Carta Política de 1991, (ii) los régimen jurídicos de responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, (iii) algunos casos especiales de responsabilidad como la derivada de la administración de justicia y el hecho del legislador, (iv) los títulos jurídicos de imputación, su alcance, importancia y algunas interpretaciones que estarían generando inseguridad jurídica, y (v) la figura del daño antijurídico entendido como la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial, imputable al Estado, que el perjudicado no está obligado a soportar.

El segundo capítulo ilustra sobre (i) la noción del gasto público, que corresponde a las erogaciones que efectúa el Estado en un periodo determinado, su importancia, y relación con los valores que paga la administración por condenas judiciales adversas. También aborda los rasgos sustanciales y procedimentales más sobresalientes de (ii) la acción de repetición y (iii) el proceso de responsabilidad fiscal, marco legal, presupuesto básicos, el rol de la institución afectada y el de los órganos de vigilancia.

El tercer bloque presenta unas reflexiones sobre (i) la ineficacia de la acción de repetición y las causas principales que han impedido los resultados de ella esperados, (ii) iniciativas de mejora para superar esa ineficacia, (iii) la viabilidad del ejercicio simultaneo o excluyente de las dos acciones conforme a los pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia, (iv) algunos escenarios hipotéticos de fallos adversos al Estado orientados a establecer en que situaciones el Estado podría o no recuperar los recursos pagados, y finalmente (v) la visión de esta autora.

Del anterior desarrollo teórico se ha podido establecer que efectivamente no son recuperables todos los recursos cancelados por la Administración en razón de condenas judiciales. Esta posibilidad de recuperación es parcial y está condicionado a la causa que motivó la condena.

Existiría expectativa de reingreso de los valores en relación con los fallos proferidos que sean consecuencia de un daño antijurídico causado por sus agentes con dolo o culpa grave. Así se excluyen, por ejemplo, las situaciones asociadas a responsabilidad objetiva ya que no existe falla del servicio, pero sí nace la obligación indemnizatoria ante el rompimiento del principio de igualdad de las cargas públicas al recibir el afectado un perjuicio derivado de una situación excepcional que no está obligado a tolerar. En casos como estos, la

culpabilidad de un agente estatal no existe, tornándose inviable el recobro ante la ausencia de un sujeto pasivo contra quien accionar.

Cuando el resarcimiento es posible este puede intentarse mediante la acción de repetición consagrada en el artículo 90 Constitución Política y desarrollada por la ley 678 de 2000 que la define como una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercer la entidad pública en contra del servidor público 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 del conflicto.

Este mecanismo se puede ejercer mediante una demanda independiente o por llamamiento en garantía para que en un solo proceso judicial se defina su responsabilidad. Este llamamiento no procede cuando el Estado al ejercer el derecho de contradicción haya propuesto las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, limitante que desaparece cuando el medio de control es ejercido en forma autónoma, vale decir en un proceso separado, sin que se evidencie un motivo razonable para tal diferenciación.

Un fallo favorable al Estado en la acción de repetición no garantiza la recuperación del dinero pagado, tal es el caso del sentenciado que se insolvente eludiendo el compromiso económico o carece de capacidad económica para cumplirlo, situaciones estas en las que muchas veces la entidad coadyuva con su conducta omisiva al abstenerse de requerir medidas cautelares.

Otro medio de indemnización a favor del Estado es el proceso de responsabilidad fiscal, a cargo de la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República, a las que la Constitución les asignó la función de ejercer vigilancia de la gestión fiscal (CP, art. 268-5, 272 y 274) sobre las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos.

La acción fiscal se cristaliza a través de múltiples formas como las auditorias, las indagaciones preliminares, los tramites sancionatorios, los cobros por jurisdicción coactiva y el proceso de responsabilidad fiscal definido por la legislación positiva como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por los órganos de control fiscal con el propósito de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado (Ley 610 de 2000, art.1).

Elemento fundamental para colocar en movimiento el trámite fiscal es la existencia de un daño patrimonial que afecte al Estado. Cualquier anomalía en materia de gestión de recursos que no tenga incidencia patrimonial puede generar otro tipo de obligaciones para el gestor, pero no de reintegro, como sería la elaboración de un plan de mejoramiento que permita subsanar las anomalías observadas en una auditoria y que hayan sido calificadas como hallazgos administrativos sin incidencia fiscal.

Frente a las dos alternativas señaladas, vale decir la acción de repetición y la de responsabilidad fiscal, la primera es más especializada en cuanto fue instituida exclusivamente para aplicarla en casos de condenas judiciales, en tanto la segunda tiene un

espectro mayor al extenderse a situaciones que se enmarcan en casos de deficiencias fiscales que ocasionan lesión patrimonial a la Administración.

La acción de repetición ha sido debatida en su falta de efectividad en múltiples escenarios académicos, habiéndose planteado la necesidad de introducirle profundas reformas ya que sus logros han sido cortos frente a las expectativas. Ante el cúmulo de falencias se han puesto incluso en duda si se justifica su existencia, como Torres (2008) quien en un juicioso análisis desnuda la realidad de la acción y formula atinadas críticas a la normatividad que la regula, pero a la vez de manera propositiva aporta ideas para mejorarla.

Se observa que estos deficientes resultados obedecen a diversos factores, algunos inherentes al marco normativo, otros derivados de la estructura misma del Estado, la morosidad judicial y la forma descuidada en que ciertos apoderados ejercen la representación judicial del Estado. Esto impide que se consoliden efectos significativos en la salvaguardar los recursos públicos lo que exige también fortalecer la ética pública a favor de la moralidad y eficiencia (Duque, 2012).

Se ha podido apreciar que, si la acción de repetición no ha colmado las expectativas, algo similar ocurre con la acción de responsabilidad fiscal. En este caso se cuestiona, por ejemplo, la eficacia y la eficiencia de las contralorías territoriales en su función obtener el reintegro de los valores por perjuicios patrimoniales causados a las entidades públicas.

Los resultados de los entes de control fiscal son precarios y en términos económicos muy inferiores a su costo de funcionamiento, de allí que se haya planteado la conveniencia de una reforma constitucional para suprimirlas, lo cual iría acompañado de la creación de un

tribunal especial denominado Corte de Cuentas encargado de proferir los fallos fiscales y cobrar los valores a los responsables (El Tiempo, 2015).

Actualmente las contralorías investigan y juzgan, son juez y parte, lo que ha merecido cuestionamientos frente a su imparcialidad al momento de resolver los casos. Por ello el nuevo modelo de separación de funciones implicaría beneficios como la descongestión en los procesos y por ende mayor efectividad para resarcir el daño patrimonial ya que disminuirían los archivos de los tramites por caducidades y las prescripciones ante la falta de gestión oportuna del ente de control (Gómez y Narváez, 2016).

Hoy se debate si frente a los fallos proferidos contra el Estado, y pagados por este, es viable adelantar un proceso de responsabilidad fiscal contra el agente que actuó con dolo o culpa grave. Se discute si la acción de repetición excluye la fiscal, si las dos acciones se podrían tramitar simultáneamente, o si las entidades fiscalizadoras mantienen intacta su competencia ya que el fallo puede provenir de una deficiente gestión fiscal del agente. Al respecto es baja la producción doctrinaria y escasos los pronunciamientos jurisprudenciales.

Para algunos doctrinantes las dos vías persiguen el mismo objetivo, esto es resarcir los perjuicios económicos causados al Estado, por lo cual consideran que es inviable un trámite paralelo, so pena de desconocer derechos fundamentales del sujeto pasivo como el debido proceso (CP. Art. 29). Además, dicen, generaría un enriquecimiento sin causa al percibir eventualmente la Administración un doble ingreso si ambos tramites concluyesen a su favor.

La posición anterior podría llevar a desconocer el fundamento Constitucional expreso que posee cada acción de donde emana su autonomía, y que habilita la actuación de la entidad

sentenciada o de la entidad fiscalizadora, de tal suerte que ninguna sería subsidiaria de la otra, que no se oponen entre sí, y que, por el contrario, serían complementarias en cuanto ambas coadyuvan al logro de un propósito común.

En cuanto a la estrategia metodológica se abordó una investigación cualitativa con un enfoque exploratorio, descriptivo y análisis deductivo. Posee matices de carácter histórico en cuanto se revisa el desarrollo de la responsabilidad estatal desde los albores del siglo XX y el origen de las acciones desde su elevación Constitucional, junto con la regulación legislativa y los pronunciamientos más relevantes, tanto judiciales como doctrinarios, hasta nuestros días; igualmente, por su naturaleza es de tipo documental.

La información se plasmó en fichas técnicas clasificados por grupos y almacenados en medio digital, para facilitar su sistematización y consulta. Su análisis se desarrolló identificando los hallazgos más significativos a fin de confrontarlos con la hipótesis planteada y dar respuesta al problema central.

Como fuentes de consulta se acudió a fallos de los máximos tribunales, textos de reconocidos tratadistas, bases de datos digitales especializadas en temas jurídicos, revistas de instituciones de educación superior del campo del derecho, sitios web de instituciones oficiales y fallos emitidos por los entes de control, entre otras.

El documento finaliza con unas conclusiones en la que se da respuesta a la pregunta formulada que motiva la tesina.

CAPÍTULO I: Elementos para la comprensión del daño antijurídico como presupuesto de la responsabilidad estatal

El daño antijurídico es un componente básico de la responsabilidad estatal siendo, en consecuencia, necesario entender dicho concepto. Por ello se abordará a continuación el daño antijurídico en el contexto de los modelos de responsabilidad de la administración, su constitucionalización en la Carta Política y su tratamiento por parte de la jurisprudencia y la doctrina.

1. Contextualización de la responsabilidad del Estado en Colombia

La responsabilidad del Estado ha sido tradicionalmente de construcción jurisprudencial. Esta característica básica es particular ya que, como lo sostiene Armenta (2009), el sistema jurídico colombiano es positivista, por lo que resulta curioso encontrar una teoría que, tanto en su origen como en gran parte de su evolución y aplicación, sea producto de la iniciativa judicial, y en sus principios sea fruto de la jurisdicción contencioso administrativa, la jurisprudencia extranjera y los aportes de la doctrina.

Hasta la mitad del siglo XIX se consideraba en general que el Estado no era responsable de los daños que causara con ocasión de su actividad. Fue un periodo en el que imperaba el postulado de la irresponsabilidad absoluta del Estado, órgano poderoso y sin límite alguno, sobre el que resultaba inconcebible se le pudieran oponer derechos privados.

Esa solución que nos parece tan criticable en la época presente, se fundamentó en la idea de soberanía, la cual implicaba que las actuaciones del Estado eran indiscutibles pues, como lo afirmaba La Ferrière en una frase famosa, “la esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin compensación alguna” (Rodríguez, 2015, p.653), sin embargo la realidad es que

hoy se conservan vestigios de esta teoría al existir casos en los que no se reconoce aun la responsabilidad de la Administración como sucede con los perjuicios ocasionados por el Constituyente y que se analizó en el marco de las demandas promovidas por la revocatoria del poder legislativo efectuada por la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la actual Carta Política.

En una primera etapa la jurisprudencia comienza a gestarse en Colombia al iniciar el siglo XX con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y posteriormente del Consejo de Estado con fundamento en las disposiciones del Código Civil aplicables principalmente al campo del derecho privado. De esta manera la analogía adquiere una gran presencia como instrumento de interpretación que permite llenar vacíos normativos al momento de dirimir controversias asociadas con entidades públicas. El Estado en forma paralela comienza a desprenderse de su comportamiento pasivo y abstencionista para ingresar a una nueva dinámica intervencionista en la que irrumpen conceptos como el de Estado social de derecho en el que el ser humano paulatinamente se gesta como el epicentro de la actividad administrativa.

Es celebre la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1896 consultable en la Gaceta de la Corte Suprema de Justicia No. 565, año XI, del 2-11-1896, pág. 353. Este fallo se considera el punto de partida, y en él se expone que, a pesar de no incurrir el Estado en responsabilidad penal, dada su condición de persona jurídica, ello no los releva de la obligación indemnizatoria en favor de terceros que han sufrido perjuicios ocasionados por sus servidores en desarrollo de una función oficial.

En sus inicios la Corte Suprema de Justicia sustentó la responsabilidad del Estado en las culpas *in eligendo* que se estructura en quien no fue diligente en la elección del servidor

que posteriormente produciría el daño, e *in vigilando* en la que un individuo debe responder de las actuaciones que otro ejecute y sobre el que mantiene un compromiso de supervisión. La responsabilidad estatal se asimilaba a la del patrón del derecho privado que debía ser diligente en la escogencia y posterior supervisión de las actuaciones de sus subordinados. Constituyó esta una forma de responsabilidad indirecta basada en las formas de culpa que prevé el Código Civil en los artículos 2347 y 2349.

En el año 1939 la Corte migró a un esquema de responsabilidad directa en la que tanto los funcionarios como el Estado se comienzan a ver como una unidad de tal manera que la culpa de aquellos es también la culpa de este, es decir, la acción del agente compromete a la persona jurídica. En este modelo los agentes no encarnan a terceros al servicio al Estado ni son representantes de este, los agentes son el mismo Estado. La responsabilidad subjetiva basada en la culpa serviría de base a la teoría de la falta o falla del servicio de origen francés que después, en una tercera etapa, acogería la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La falla del servicio genera responsabilidad directa del Estado ya que este no procedió en debida forma o como le era exigible, ya sea porque omitió actuar, actuó equivocadamente o en forma tardía. Bajo esta tesis el Estado es responsable por causar un daño originado en la irregular prestación de un servicio público, independientemente de la culpa de sus agentes, la cual aplicaría posteriormente el Consejo de Estado en multiplicidad de fallos.

La responsabilidad del Estado sufre una gran transformación al ser expedida la Ley 167 de 1941, la cual traslada de la Corte Suprema de Justicia al Consejo de Estado la competencia para conocer de las acciones de reparación directa contra el Estado. Se inicia el proceso de emancipación de las normas civiles como soporte de los fallos administrativos.

Al tener la reciente codificación un soporte normativo propio se inicia la edificación de una estructura jurisprudencial basada en principios como el de legalidad, la garantía de la propiedad privada, los derechos adquiridos y la obligación del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos consagrados en la Constitución Política de 1886.

La fase actual se gesta con la Carta Política de 1991 que llena un vacío jurídico al consagrar por primera vez una cláusula general en la que el Estado será responsable de los daños antijurídicos que le sean imputables en razón de la acción u omisión de sus agentes (CP, Art.90).

Se introduce así en Colombia el concepto de daño antijurídico definido por la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996 como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, por ello el Estado, actué o no de manera irregular, debe responder patrimonialmente cuando genere una lesión a quien no deba asumirla, reiterándose así la autonomía del derecho administrativo.

Esta evolución en el derecho moderno es siempre el mismo, como lo sostiene Sayagués (2002) “el viejo dogma de la irresponsabilidad Estatal, predominante hace siglo y medio, fue cediendo paulatinamente, para dar paso a los principios de la responsabilidad civil aplicados a la actividad administrativa” (p.606). Una interesante ilustración sobre la metamorfosis de la responsabilidad del Estado en Colombia lo ofrece la Corte Constitucional en sentencia C-644-2011.

2. Visión panorámica de los sistemas de responsabilidad de la administración

Sobre el concepto responsabilidad en términos jurídicos señala Paillet (2001):

En positivo, la responsabilidad se traduce en la obligación de reparar pecuniariamente el perjuicio sufrido por la víctima, y ello dentro del marco de lo que se llama por tradición una reparación por equivalente. Esta va a concretarse por la entrega de un equivalente monetario del perjuicio, dicho de otra manera, el responsable será condenado a pagar daños y perjuicios que entrarán en el patrimonio de la víctima y compensarán la depreciación que este padece como consecuencia del daño (p.52).

En este contexto puede ocurrir que el Estado en su ejercicio normal, ocasione perjuicios a terceros quienes tienen derecho a ser reparados por el actuar irregular, o incluso normal, de la administración, lo que es el germen de la responsabilidad de la Administración,

De la anterior noción se derivan los siguientes tres presupuestos necesarios para establecer la responsabilidad en cabeza de la administración: un daño antijurídico, un nexo causal y un “factor de atribución del daño” (Mendoza,2011,p.49) que, como dice Cassagne (2018), condiciona el origen de la responsabilidad, y además, cuando los factores son objetivos, tanto en el área del derecho público como el privado, restringen o amplían la reparación dependiendo de que se aplique un factor basado en el riesgo, en la garantía o en el sacrificio particular producido por una actividad legítima del Estado.

Los factores de atribución del daño se les conoce también como títulos jurídicos de imputación los cuales se encuentran inmersos en los regímenes genéricos de responsabilidad subjetiva y objetiva que se revisarán a continuación.

2.1 Sistema subjetivo

La teoría de la responsabilidad subjetiva es de origen francés y obedece al concepto de que ninguna de las tesis sobre las que se edifica la responsabilidad civil es aplicable a la administración, lo cual constituye una evolución frente a la posición clásica.

Corresponde este régimen a la denominada culpa, falta o falla del servicio, las cuales son formas de responsabilidad directa que surge de un perjuicio ocasionado por la Administración por no actuar cuando debía hacerlo, haber actuado mal o haberlo hecho en forma tardía, por lo que no necesariamente debe presentarse la culpa de un agente ya que la falencia puede ser institucional, orgánica o anónima.

Bajo este modelo el Estado es en principio responsable si surgen tres elementos: (i) una falta o falla del servicio, (ii) un daño, que es la lesión a un bien jurídicamente protegido por la legislación administrativa, y (iii) una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño. Aun así, la presencia de las tres exigencias mencionadas no implica que surja inexorablemente la responsabilidad de la Administración ya que esta se exonera demostrando la fuerza mayor, el hecho de un tercero o que el proceder de su agente no tuvo conexión con el servicio.

La falla del servicio puede ser probada o presunta. En la falla probada debe el accionante demostrar todos los componentes de la responsabilidad estatal: El hecho, la culpa y la relación causal. Frente a un caso de falla presunta la parte que acciona debe demostrar únicamente el daño y el nexo causal, ya se presume la falla del servicio.

La tesis de la falta o falla del servicio fue aplicada por el Consejo de Estado al definir la responsabilidad de la administración en los hechos que culminaron con la violenta toma

del palacio de justicia y la intervención del ejército nacional en la ciudad de Bogotá en noviembre de 1983. La Nación sostuvo en su defensa que la responsabilidad de la administración no se compromete cuando ejerce actos de soberanía, en este caso combatir a los subversivos que atentan contra las instituciones legalmente constituidas.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo llegó al convencimiento de que hubo falla por parte de la fuerza pública encargada de vigilar el Palacio de Justicia y de quienes en él se encontraban ya que se estableció que las autoridades conocían de las amenazas existentes contra altos funcionarios judiciales y el propósito subversivo de ocupar el Palacio, no habiendo funcionado adecuadamente la acción gubernamental, lo que condujo a los deplorables acontecimientos y fatal desenlace. Estos hechos se convertirían posteriormente en uno de los referentes jurídicos destacados para el estudio de la responsabilidad estatal.

2.2 Sistema objetivo

En este sistema el Estado compromete su responsabilidad sin que haya incurrido en una falla del servicio. Esto en cuanto es posible que la entidad pública actúe ajustada a derecho, y aun así ocasione daños que deban ser reparados.

En Colombia la responsabilidad objetiva, sin culpa o por funcionamiento normal se ha implementado de manera complementaria del sistema subjetivo, sin embargo “Esto no quiere decir que, cuando se ocasione el daño, la indemnización procederá de inmediato, puesto que existen requisitos adicionales diferentes a la culpa para que se declare la responsabilidad del Estado” (Arenas,2018, p.72).

En el presente régimen el perjudicado debe demostrar únicamente el daño y el nexo causal. El Estado se exonera demostrando el hecho exclusivo de la víctima, de un tercero o

fuerza mayor. La jurisprudencia, y en algunos casos la ley, reconocen situaciones particulares en las que la responsabilidad de la administración se compromete sin que surja el elemento culpabilidad, entre ellas tenemos:

- ***Responsabilidad por daño especial.*** Se concreta cuando el Estado actúa dentro del marco legal y en beneficio de la comunidad, pero aun así causa un daño. La obligación indemnizatoria se fundamenta en razones de equidad. El Estado responde por crear un riesgo que lesiona al tercero.

En esta situación se parte del supuesto de que existen ciertos hechos de la administración que implican sacrificios para todos a los asociados y que estos se encuentran en el deber de soportar en condiciones de igualdad, sin embargo, cuando esta carga debe ser asumida de manera excepcional por uno o varios de dichos asociados nace en su favor el derecho a ser resarcido para recuperar el equilibrio patrimonial afectado.

Esta variante fue aplicada por el Consejo de Estado, en un caso que sería después de amplio estudio en la academia, al resolver la demanda promovida por una ciudadana quien reclamó indemnización por la afectación a su vivienda debido a la construcción de un puente vial elevado en la calle 53 con carrera 30 en la ciudad de Bogotá

La Alta Corporación expuso que la obra evidentemente representaba un daño excepcional para el propietario del inmueble y que si bien el perjuicio no nacía de una falla del servicio y hubiese sido legítima la actuación Estado, sí se generaba la reparación económica a cargo de la administración ya que impuso al demandante, y en favor de la sociedad, una carga anormalmente superior (Expediente 4983, fallo del 28 de julio de 1987).

La aplicación de esta forma de responsabilidad se caracterizó por ser muy casuística y excepcional, sin embargo, se amplió con la Constitución de 1991 al introducir la figura del daño antijurídico.

• **Responsabilidad por riesgo.** Esta forma de responsabilidad parte de la premisa de que los asociados en ciertas circunstancias pueden estar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional que supera ampliamente las cargas que normalmente debe asumir un ciudadano en contraprestación al beneficio que recibe. Un ejemplo de ello es la utilización de redes eléctricas que por su propia naturaleza crean un riesgo para los ciudadanos que permanentemente se encuentran expuestos a ellas y que son utilizadas por la empresa de servicios públicos domiciliarios estatales, situación en la que el Consejo de Estado aplicó por primera vez la teoría en 1989.

Otras situaciones son los daños causados por uso de armas de fuego oficiales, la conducción de vehículos automotores de propiedad o al servicio del Estado, la distribución de energía eléctrica y las denominadas actividades peligrosas.

Sobre las actividades peligrosas ha existido un variado tratamiento en cuanto fue analizada inicialmente bajo el esquema de falla probada, después migró a la falla presunta, a comienzos de los años 90 se consideró que daba lugar a una presunción de responsabilidad, y, finalmente, hacia el año 2000 se concluyó que debía abordarse como riesgo excepcional (Rodríguez, et al., 2015).

• **Responsabilidad por trabajos públicos.** La responsabilidad estatal por trabajos públicos ha tenido distintas soluciones por la ley y la jurisprudencia. El Código Contencioso Administrativo de 1941 la consideró una forma de responsabilidad objetiva y reguló el

procedimiento para que los ciudadanos pudiesen reclamar las indemnizaciones a que tuviesen derecho.

El Código Contencioso Administrativo de 1984 no contempló esta responsabilidad, sin embargo, vía jurisprudencial continuó observándose para solucionar controversias, pero bajo el criterio de que las reparaciones por trabajos públicos debían someterse a las reglas generales de responsabilidad estatal.

Sobre este punto cabe destacar que la Ley 1437 de 2011 no reguló de manera específica las indemnizaciones con ocasión de trabajos públicos, sin embargo, al definir el alcance del medio de control de reparación directa (Art. 140), si previó la responsabilidad de la administración por ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos.

En esta situación el Consejo de Estado ha advertido que las autoridades tienen el deber constitucional de respetar la propiedad privada que poseen los particulares sobre sus bienes, de tal suerte que, si el Estado los necesita, para cumplir sus cometidos, debe obrar con sujeción al principio de legalidad y asegurando el debido proceso.

• **Responsabilidad por almacenaje.** Es una variante de la responsabilidad sin culpa en la que la administración debe responder patrimonialmente en relación con las mercancías almacenadas en bodegas oficiales. La indemnización nace en favor de los propietarios de los bienes por la pérdida, daño causado o entrega equivocada desde el recibo hasta la fecha de retiro en legal forma o abandono voluntario de su titular o cuando se considere legalmente abandonado por haber cumplido el termino de almacenaje. La administración puede

exonerarse de responsabilidad si la pérdida o el daño del bien es a consecuencia de fuerza mayor, empaque defectuoso o fenómenos naturales como la evaporación.

En síntesis, la entidad estatal debe responder, en general, por los perjuicios ocasionados cuando falta a la obligación de custodia y cuidado de bienes que se encuentran almacenados en bodegas en la que desarrolla su gestión fiscal.

3. Algunos casos especiales de responsabilidad estatal

Existen ciertas situaciones particulares que involucran la responsabilidad estatal y que tradicionalmente no eran reconocidas por la jurisprudencia o carecían de antecedente, pero que gradualmente han venido adquiriendo relevancia inusitada, ejemplo de ellas son la responsabilidad en la administración de justicia y el hecho del legislador.

3.1 La administración de justicia

La responsabilidad por la administración de justicia involucra tres campos expresamente definidos por el legislador que se circunscriben al error judicial, la privación injusta de la libertad, y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (Ley 270, Art. 65 a 74).

En el error judicial la autoridad en desarrollo de un proceso judicial profiere una decisión opuesta a la ley. En este caso se exigen dos presupuestos: que el afectado haya agotado los recursos de ley, excepto en los casos de privación de la libertad, y que la decisión se encuentre ejecutoriada.

La privación injusta de la libertad trae como consecuencia que el afectado pueda solicitar al Estado la indemnización de perjuicios. Sin embargo, para derivar responsabilidad

se ha debatido profusamente el alcance del vocablo injustamente como también las causas que generaron la privación, pues dependiendo de ellas variara la carga probatoria exigible al accionante, ejemplo típico ha sido la libertad por aplicación del principio *in dubio pro reo* discutido de manera amplia por la jurisprudencia, y que será abordado con más detalle en un apartado posterior.

El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia comprende las fallas ocasionadas en el servicio judicial ocasionadas por la acciones u omisiones de sus funcionarios (Magistrados, jueces y fiscales), empleados judiciales, particulares con funciones jurisdiccionales y auxiliares de la justicia, como ocurre cuando se presenta morosidad en los trámites judiciales o prescripciones por dilaciones de los procesos.

Dada las distintas formas de responsabilidad de la administración de justicia previstas en el derecho positivo, la jurisprudencia aplica diferentes títulos de imputación dependiendo de los hechos que se cuestionan. Tal es el caso de la responsabilidad subjetiva cuando ha existido un defectuoso funcionamiento por la morosidad en la toma de una decisión judicial, lo que representa una falla del servicio; o, la situación del procesado que estando privado de la libertad es absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, lo que genera una responsabilidad objetiva del Estado al no desvirtuar la presunción de inocencia que cobija al investigado.

3.2 El hecho de las leyes

En Colombia imperó la tendencia de la irresponsabilidad del Estado legislador, excepto cuando la propia Constitución o la ley establecían directamente la obligación de indemnizar, como sucede en la actual Carta que prevé tres eventos que dan lugar al resarcimiento: (i) En

caso de expropiación (Art.58), (ii) existencia de un monopolio establecido por ley (Art. 336), y (iii) cuando el Estado se reserva para su propia explotación ciertas actividades estratégicas o de servicios públicos (Art.336).

Fue así como durante un extenso periodo se impuso la clásica concepción de que al ser el soberano el Estado no era posible reclamarle ante los efectos nocivos de sus decisiones, o porque se consideró que los perjuicios causados por la expedición de leyes son cargas públicas que indefectiblemente todos los ciudadanos deben soportar.

Actualmente se admite que el Estado responde cuando fungiendo como legislador actúa trasgrediendo la Constitución o siendo exequible la norma ocasione un daño que el afectado no está obligado a soportar. Sobre este punto la Corte Constitucional ha sido clara en sostener que la responsabilidad del Estado legislador no se restringe a los casos ya citados previstos en la Carta, sino que trasciende en cuanto la responsabilidad se soporta en la noción de daño antijurídico que como lo sostiene el tratadista Ruiz (2016) “descansa en los principios de solidaridad e igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución” (p.199).

Hoy no se reconoce la responsabilidad por el hecho del constituyente, es decir por la expedición de una nueva Constitución. Se considera que los actos del constituyente emanan de un poder originario del cual surgen los demás poderes, por lo cual sus actos son fundacionales, libres, políticos e incontrovertibles al nacer de la voluntad del pueblo. Se dice que los actos del constituyente no pueden tener límites distintos a los que él mismo se imponga, por lo que escapan al control jurisdiccional y a la revisión por parte de los poderes constituidos.

La anterior posición de irresponsabilidad estatal por el hecho del constituyente evidencia que aún subsisten rezagos de la teoría de la soberanía del Estado que se consideraba superada.

4. Los títulos de imputación. ¿Fuente de inseguridad jurídica?

Como ya se dijo, en desarrollo de los procesos judiciales el Consejo de Estado ha construido, a lo largo del tiempo, el concepto de títulos de imputación que mediante teorías explican la razón por la que la administración compromete su responsabilidad en un caso determinado.

Así se tiene, *verbi gratia*, que la razón jurídica para hacer responsable a la administración frente al título de imputación de falla del servicio radica en que el agente estatal no cumplió con los deberes y funciones que le correspondían desviándose así de las normas que le señalaban su correcto proceder (Quintero, 2013).

Sin embargo, en otras ocasiones dichas teorías se han tornado confusas y hasta contradictorias. Ello ocurre cuando a presupuesto facticos muy similares se aplican soluciones jurisprudenciales disimiles sin ser clara la motivación que impulsa el cambio jurisprudencial, lo que atenta contra la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica – dice la Corte Constitucional - implica que la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite.

Piénsese, por ejemplo, en la demanda de reparación directa en la que el actor no demuestra un presupuesto determinado al considerar que los hechos involucran una típica

forma de responsabilidad objetiva, dados los antecedentes que existen sobre situaciones análogas; sin embargo, el juez interpreta que se trata de un modelo de responsabilidad subjetiva por falla del servicio en el que la carga de la prueba compete al accionante, y dado que no la acreditó son despachadas negativamente sus pretensiones.

Por ello los títulos de imputación han generado cuestionamientos por la incertidumbre sobre su aplicación. Un ejemplo es el tratamiento que se ha dado a la privación injusta de la libertad, que seguidamente se ilustra.

Inicialmente, previo la Carta Política de 1991, la responsabilidad por privación injusta, ilegal o por error judicial se fundamentó en la falla del servicio, es decir, era subjetiva. Al entrar en vigencia la Ley 270 el régimen se transforma en objetivo, pero en tres circunstancias especiales: (i) por inexistencia del hecho que generó la privación de la libertad, (ii) porque así el hecho hubiere existido el procesado no lo cometió, o (iii) porque el hecho no constituía delito.

Sobre el alcance del término “injustamente” previsto por el legislador en el artículo 68 de la Ley 270 señaló la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996 que en materia de privación de la libertad debía entenderse, como un proceder abiertamente desproporcionado y que desconoce los procedimientos legales, de no ser así se estaría permitiendo que en todas las situaciones que una persona fuese privada de la libertad y se considerase subjetivamente, e incluso de mala fe, que fue injusta, se estaría generando una declaratoria de responsabilidad que afectaría gravemente el gasto público.

Posteriormente, año 2009, el Consejo de Estado señala que la jurisprudencia vertida en la sentencia C-037 no impide declarar responsable al Estado cuando la privación de la

libertad provoca un daño antijurídico en términos del artículo 90 de la Constitución (Sentencia del 25 de febrero de 2009. Expediente 25.508). Se extienden así las posibilidades de aplicación de la responsabilidad objetiva lo cual trae como efecto que no se requiera demostrar una culpa o falla del servicio cuando el procesado es absuelto y recupera su libertad habiéndose adelantado el trámite penal en debido forma y acorde a las ritualidades procesales.

Se considera igualmente que no se pierde el carácter injusto de la privación de la libertad cuando en aplicación del principio *in dubio pro reo* es absuelto el investigado, lo que impone al Estado la obligación indemnizatoria al no poder el aparato judicial desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al investigado, y de otra parte, porque la restricción de la libertad debe ser la excepción acorde con los convenios internacionales de derechos humanos incorporados al bloque de constitucionalidad (Art. 93 CP) y el modelo de Estado social de derecho previsto en la Constitución (Art. 1 CP).

En sentencia SU- 072 de 5 de julio de 2018 la Corte Constitucional abordó nuevamente el tema. En esta oportunidad revisó dos acciones de tutela incoadas en contra de fallos expedidos por el Consejo de Estado en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad.

En la primera de las acciones, la fiscalía general como accionante sostuvo que el Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo, al aplicar un régimen de responsabilidad objetiva frente al caso de un investigado exonerado de responsabilidad en aplicación del principio *in dubio pro reo*, no obstante haber la Corte Constitucional interpretado de manera diferente el alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996.

En el otro expediente los demandantes sostuvieron que el Consejo de Estado al resolver el proceso por la privación injusta de la libertad de una ciudadana que fue absuelta por atipicidad de la conducta, omitió aplicar la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 17 de octubre de 2013, según la cual la responsabilidad del Estado en tales casos es objetiva, sin que en la situación particular fuera viable concluir que hubo culpa exclusiva de la víctima.

La Corte señaló que la absolución de los procesados en los juicios penales por aplicación del principio indubio pro-reo no conlleva a declarar automáticamente la responsabilidad estatal como fórmula inmutable, sino que amerita un análisis previo del juez que establezca si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria. Igualmente consideró la Corporación que en la situación tratada no se debe definir a partir de un título de imputación único y excluyente.¹

En este contexto, resulta atinado el llamado de atención de la Corte Constitucional en cuanto el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico, siendo el juez administrativo, en aplicación del principio iura novit curia, quien debe definir el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso; luego, pugna con el derecho definir un modelo riguroso para juzgar al Estado en los casos de privación injusta de la libertad.

¹ Al respecto la Corte Constitucional emitió el comunicado No.25 de julio 5 de 2018 referido a la sentencia SU-072 de 2018 en la que se analizan por vía de revisión dos acciones de tutela presentadas en contra de fallos expedidos por el Consejo de Estado en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad.

La Corte fija así un derrotero que dista de la tesis sostenida por el Consejo de Estado, en precedente de unificación² al que se sujetaron las sentencias objeto de tutela. Para el Consejo de Estado la privación de la libertad por aplicación del principio *in dubio pro reo* debe definirse bajo el régimen objetivo de imputación de daño especial lo cual implica condenas mecánicas contra la Administración. Dicho precedente había sido fijado desde el año 2003, y está siendo aplicado por los jueces y tribunales administrativos, fundamentándose en que “de presentarse la absolución penal por no haberse demostrado la certeza en el (sic) comisión del hecho punible, deberá asumir el Estado las consecuencias de la ineficacia del sistema, reparando los daños ocasionados con el actuar de sus agentes, quien incumplió en el objetivo trazado de culpabilizar a los presuntos responsables de las faltas penales” (Polanía, Tejada y Vargas, 2017, p.73).

Podría pensarse que la situación analizada transgrede el principio constitucional de la seguridad jurídica en cuanto los ciudadanos carecerían de la garantía de que una decisión se proferirá conforme el operador jurídico resolvió casos similares, sin embargo, ello no debe ser así entendido en cuanto el derecho por su naturaleza es dinámico, evoluciona y se aplica acorde a las particularidades de cada caso y no cual rígida fórmula matemática, como bien lo sostiene Barreiro (2014) “La ventaja de la jurisprudencia es que se vale de hechos concretos, los cuales permiten descifrar con mayor claridad la anatomía del inmenso cuerpo jurídico” (p.4).

Del caso expuesto se concluye que en materia de interpretación normativa pueden existir cambios en una postura, pero siempre y cuando se realicen con la suficiente argumentación

² Configurado en la Sentencia de 17 de octubre de 2013, Expediente 23.354

lo cual proscribire razonamientos que atenten contra una interpretación armónica y consistente del ordenamiento jurídico que brinde confianza a los asociados y no sea motor de anarquía.

5. El Constituyente de 1991 y el daño antijurídico

En líneas anteriores se ha podido apreciar que cuando el afectado con la acción u omisión del Estado decide promover una demanda contenciosa administrativa enfrenta el reto de encausar su caso particular en algunos de los sistemas de imputación de responsabilidad reconocidos jurisprudencialmente.

Este desafío genera una válida preocupación en cuanto que, dependiendo del título de imputación aplicable al caso, habrá un determinado tratamiento probatorio, y ello puede definir la prosperidad de las pretensiones cuando el operador judicial profiere la sentencia.

A fin de atenuar las incertidumbres señaladas, se promovió al interior de la Asamblea Nacional Constituyente la necesidad de elevar a rango constitucional la responsabilidad estatal, para contribuir a su fortalecimiento y a una mayor unidad de criterio. Esta iniciativa se cristaliza en la Carta de 1991 al consagrar por primera vez que el Estado será patrimonialmente responsable de los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción u omisión, de las autoridades públicas (CP, Art.90).

El anterior precepto constituye la base de todo el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que comienza a fundamentarse en el daño antijurídico que le sea imputable a la administración por la conducta de sus agentes.

De esta arquitectura constitucional surge con relevancia inusitada la noción de daño antijurídico el cual se define como perjuicio sufrido por una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esto en cuanto existen situaciones que representan verdaderas cargas

que todos los asociados deben asumir y en consecuencia no generan obligación indemnizatoria del Estado. El daño antijurídico no se predica de la actividad de la administración sino de la lesión sufrida por el afectado.

Es por ello que puede observarse paradójico que el Estado sea condenado a indemnizar a terceros por ataques subversivos o acciones terroristas contra la institucionalidad, cuando es la propia administración la que es agredida por grupos al margen de la ley y en consecuencia es el Estado el que debería ser reparado.

Pero la perspectiva puede cambiar si se aprecia el hecho desde la posición del ciudadano inerte que resulta lesionado en sus intereses por la acción ilegal que se bien iba dirigida contra el Estado al final lo afecta directamente, siendo aquí cuando surge el principio de solidaridad y la obligación reparatoria de la administración, así su actuar no haya sido ilícito, frente a la persona que no está obligada a tolerar el perjuicio y que se condensa en el daño antijurídico.

Razón tiene el maestro Penagos (1997) cuando asevera que “Los principios de equidad fundamenta la responsabilidad del Estado, aunque su actuación haya sido lícita” (p.85).

La antijuridicidad del daño es, entonces, siempre objetiva (El lesionado no tenía porque sufrirlo), siendo esta la razón que permite entender porque en ciertos eventos el Estado es responsable a pesar de que actuó regularmente.

5.1 ¿Qué es daño antijurídico?

La Constitución Política consagró el daño antijurídico, pero no lo definió. Por ello la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de construir el concepto y establecer su incidencia en el régimen de responsabilidad estatal.

Sobre el particular Pinzón (2018) afirma que “en este proceso se han experimentado dificultades a fin de dotar la figura de contenido al ser la indeterminación la primera de las carencias que presenta la cláusula de responsabilidad en el sistema jurídico colombiano” (p.71).

De esta manera, no fue una labor fácil incorporar la noción de daño antijurídico contenida en la Carta Política. Era una institución novedosa y además indefinida por lo que disimiles interpretaciones surgieron respecto a su alcance. De hecho, la norma que define la responsabilidad patrimonial debía ser lo suficientemente clara, para que sus destinatarios conozcan los riesgos que asumen al ejercer sus funciones (Botero, 2007, p.98).

El Consejo de Estado asumió en un principio que con la consagración constitucional del daño antijurídico se había implementado un verdadero régimen de responsabilidad estatal

objetiva. Varias sentencias reflejan esta posición, una de ellas es proferida el 31 de octubre de 1991(C.E 31, X,1991, enero-marzo 1992, pp. 94-95). En esta sentencia se realiza un amplio recorrido por el pensamiento de la doctrina española, y sus más destacados exponentes en materia de daño antijurídico, para luego concluir que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un enfoque novedoso en la responsabilidad administrativa en virtud del cual cuando se cauce un perjuicio, entendido este como un detrimento patrimonial cualquiera, para que sea resarcible es necesario que sea antijurídico, pero ya no porque el comportamiento de quien lo causa sea contrario a la ley (Antijuridicidad subjetiva), sino, sencillamente, porque la persona que lo sufrió no tiene el deber jurídico de soportarlo (Antijuridicidad objetiva).

En esta línea conceptual – dice la Corporación- no es entonces comprensible que un ciudadano que se moviliza por una vía pública, por el solo hecho de hacerlo, tenga que soportar un detrimento en su contra por la simple circunstancia de que se desprenda una piedra de las alturas. El planteamiento anterior indicaba que todo daño que cause el Estado debe ser indemnizado, independiente de que exista culpa de la administración, pues en equidad, y en apariencia, nadie la tiene la obligación de tolerar perjuicios.

Producto de la evolución doctrinal y jurisprudencial se identifican zonas en las que no surge la responsabilidad del Estado por lo que se sostiene que “lo que está superando es el principio absoluto de la irresponsabilidad del Estado. Pero por ningún motivo se puede concluir que el Estado es absolutamente responsable en cualquier circunstancia.” (Tamayo, 2014, p.78).

La Corte Constitucional, efectuó, por primera vez en la sentencia C-333 de 1996 un amplio estudio sobre el concepto de daño antijurídico el cual definió como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, lo cual armoniza con los principios y valores constitucionales en los que se privilegia al ser humano como centro del sistema.

El análisis se hizo con ocasión del examen de constitucionalidad del artículo 50 de la ley 80 de 1993 demandado parcialmente en acción de inconstitucionalidad. La norma acusada establece que “Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas.

En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.”.

Sostiene el accionante que el texto demandado hace depender la responsabilidad estatal de la legitimidad de la conducta del agente y no de la existencia de un perjuicio antijurídico imputable al Estado lo cual contradice el artículo 90.

En esta ocasión la Corte señala que la cláusula constitucional (Art.90) es extensiva no solo en materia extracontractual sino también contractual y precontractual, lo que implica la presencia de diversos regímenes en los que varía la carga probatoria del elemento subjetivo, de tal suerte que en ciertos casos es necesario probar la culpa del Estado, en ciertas circunstancias se presume, mientras que en otros la responsabilidad es objetiva como cuando se lesiona el principio de igualdad de las cargas públicas.

Es así como todos los regímenes identificados por la jurisprudencia fueron englobados por el constituyente en el concepto de daño antijurídico, por lo cual esta noción subsume los títulos de imputación clásicos de responsabilidad estatal.

La expresión demandada se declara condicionalmente exequible en el entendido de que ella debe ser interpretada en consonancia con el artículo 90, puesto que la cláusula Constitucional involucra la responsabilidad contractual del Estado.

La Corte Constitucional ratifica que el texto constitucional conserva el enfoque de falla del servicio y que solamente en casos muy especiales es aplicable la responsabilidad sin culpa u objetiva, perspectiva vigente en la actualidad y que hoy se interpreta como complementaria de la primera.

Así se tiene que ni para la Corte Constitucional ni para el Consejo de Estado el daño antijurídico equivale necesariamente a responsabilidad objetiva, siendo aquí lo relevante, como lo sostiene Henao (2014), que la responsabilidad patrimonial del Estado, cualquiera que sea, se presenta como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público; en este sentido, y en virtud de la supremacía de la Constitución, propia del Estado de Derecho, todos los destinatarios de aquella, en especial el Estado, sus órganos y agentes, se encuentran sometidas a la misma.

Se aprecia que no obstante la falta de una definición Constitucional del concepto daño antijurídico, tal vacío se ha superado al existir ya unidad conceptual sobre su significado que debe asociarse con la lesión que el particular no está obligado a tolerar atribuible a un órgano oficial, al margen de que este haya actuado o no acorde al marco jurídico, lo cual no riñe con ciertas situaciones excepcionales que relevan a la administración de su obligación indemnizatoria.

5.2 ¿El daño antijurídico originó un nuevo modelo responsabilidad estatal?

Frente a la consagración de la responsabilidad estatal en la Constitución de 1991 aún se discute su real impacto en relación con el sistema vigente antes de la promulgación de la nueva Carta. Algunos tratadistas consideran que la situación no varió respecto a la que venía imperando durante la Constitución de 1886.

Lo anterior en cuanto la estructura de los regímenes de responsabilidad continúan intactos como especies del género daño antijurídico. Esto significa que se mantiene la falla del servicio probada como la regla general, un régimen intermedio representado en la falla del servicio presunta, y en el otro extremo un régimen objetivo en el que no hace presencia

la falla del servicio, pero aun así genera responsabilidad estatal. De esta línea es Arenas (2017) quien en su obra el Régimen de responsabilidad objetiva sostiene:

Lo que realmente se produjo en 1991 fue la elevación a rango constitucional de la responsabilidad del Estado, y se continuaron reconociendo todas las actuaciones de los servidores públicos (Incluyendo las actividades administrativas, legislativas y judiciales), y se mantuvo la responsabilidad estatal generada por los particulares en el ejercicio de las funciones públicas. (p.41)

Similar apreciación tiene Tamayo (et al.,2014) al plantear que si bien el artículo 90 de la Constitución Política tuvo el gran mérito de elevar a rango constitucional el principio expreso de la responsabilidad del Estado, lo cierto es que nada nuevo introdujo en las instituciones administrativas del país, ya que, al igual que antes del 91, será en la practica el legislador o los jueces, los encargados de establecer en qué casos el daño antijurídico existe y cuando se causa o no por una falla del servicio.

Aun así, es de reconocer que la figura del daño antijurídico si ha tenido un gran efecto sobre los enfoques tradicionales construidos por la jurisprudencia al potenciar el régimen de responsabilidad objetiva y mitigar el elemento culpa disminuyéndole su clásico protagonismo.

Si bien persisten en la actualidad los esquemas de responsabilidad por falla del servicio, sea probada o presunta, la tendencia del Consejo de Estado en sus fallos es la de objetivar la responsabilidad estatal. A manera de síntesis se puede sostener que en un comienzo se asumió que todo perjuicio que ocasionara el Estado debía considerarse como antijurídico y como consecuencia de la acción u omisión surgía la obligación de reparatoria. Esta apreciación se

revalúa posteriormente al admitirse que pese a la aparición del concepto de daño antijurídico la responsabilidad del Estado no es exclusivamente objetiva, sino que se conservan vivas las teorías existentes antes de la Constitución de 1991 bajo los esquemas de títulos jurídicos de la imputación.

CAPÍTULO II: Aproximación a los mecanismos de recuperación de los recursos pagados por el Estado en cumplimiento de condenas judiciales

El Estado colombiano destina anualmente una parte representativa de su presupuesto al pago de indemnizaciones ordenadas en fallo proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Dependiendo de las particularidades del caso estos recursos pueden ser recuperados por el Estado a través del medio de control de repetición, o incluso por medio de un proceso de responsabilidad fiscal si ha existido una indebida gestión fiscal, aun cuando esta última opción ha suscitado controversias. Seguidamente se abordarán, en sus líneas generales, estas alternativas resarcitorias a favor de las entidades estatales.

1. El gasto público y los fallos judiciales adversos a la administración

Los recursos públicos tienen como finalidad satisfacer necesidades colectivas. Estos emanan de los administrados quienes los aportan de sus ingresos por diferentes vías como el pago de impuestos, y dado que son escasos se debe propender por su racionalización y buen aprovechamiento.

El gasto público es uno de los instrumentos esenciales para alcanzar los cometidos estatales y se puede definir como el conjunto de erogaciones en que incurren las entidades del Estado.

De la correcta gestión del gasto público depende en gran parte la generación de condiciones adecuadas para el crecimiento económico y el progreso social, sin embargo, en Colombia la eficacia y eficiencia en el manejo del gasto se han visto afectadas por el crecimiento de la estructura del Estado, problemas de coordinación para la transferencia de

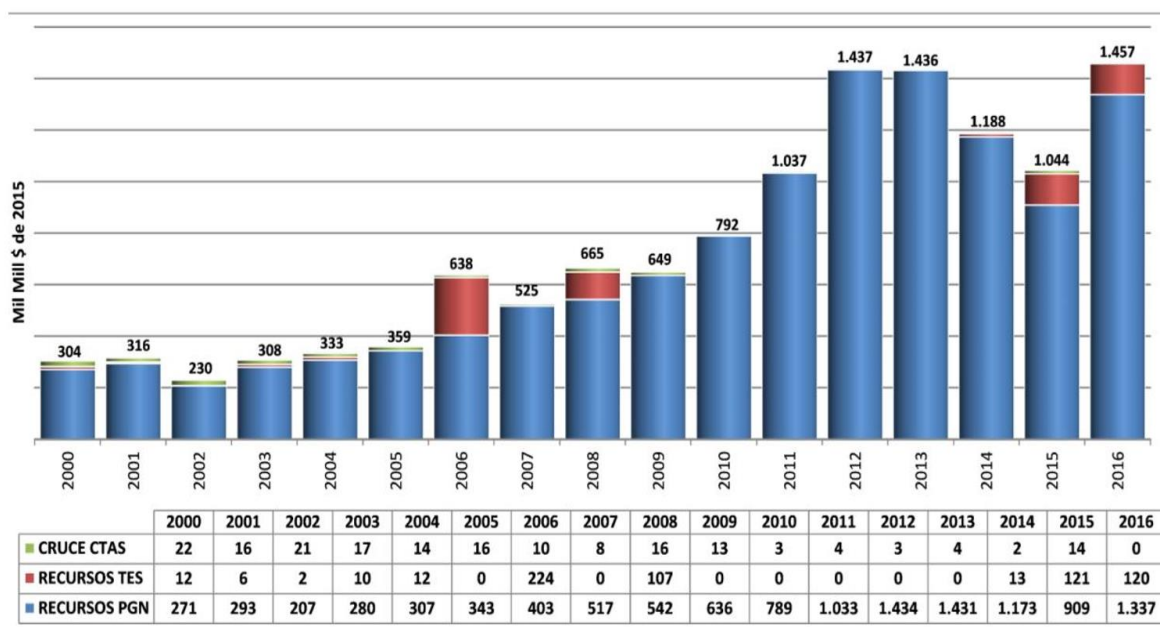
recursos entre los distintos organismos, falta de planeación en la inversión y desarticulación del nivel central con los entes territoriales.

Una de las variables que impacta negativamente el gasto público se encuentra en las condenas judiciales en contra del Estado lo que contribuyen a la desestabilización de las finanzas y el aumento del déficit de la administración. Se sostiene que las condenas contra el Estado son reflejo de su gestión en cuanto ellas se generan por faltas de sus funcionarios quienes causan perjuicios a terceros, igualmente que las sentencias adversas son producto de la inadecuada defensa judicial o poca diligencia en el seguimiento a los procesos judiciales, aun cuando estas no son las únicas razones.

Hay también componentes exógenos que inciden en los fallos y que no son atribuibles directamente a la administración, entre ellos el constante crecimiento del Estado que se hace más robusto por su involucramiento en mayor cantidad de actividades, lo que aumenta el riesgo de incurrir en conductas que afecten la comunidad.

De otra parte, hay una tendencia jurisprudencial progresiva a derivar del Estado una responsabilidad objetiva que se traduce en la obligación de indemnizar así no exista una conducta ilícita de su parte, en cuanto existe un perjuicio que el ciudadano no tiene el deber de soportar y que se identifica con el denominado daño antijurídico. Al respecto, el gráfico siguiente muestra la evolución de pago de sentencias y conciliaciones efectuados por el Estado en el periodo de los años 2000 – 2016 por valor aproximado de \$ 11.3 billones (Arias,2017).

Figura 1. Condenas contra la nación: factores de desestabilización de las finanzas y el gasto público.

Sentencias y conciliaciones pagadas por el Estado en el periodo 2000-2016

Fuente: Arias, E (2017)

Se observa un crecimiento sostenido de las condenas cuyos pagos se han efectuado mediante tres modalidades: (i) con recursos del Presupuesto General de la Nación (PGN) que equivale al 93.8%, siendo la principal, (ii), emisión de títulos de deuda pública (TES) que equivalen al 4.4%, y (iii) cruce de cuentas con la DIAN (Decreto 2126 de 1997) que corresponde al 1.8%.

Las anteriores cifras - que no contienen las condenas ejecutoriadas pendiente por pagar a diciembre del 2016 por valor de \$ 4.56 billones – evidencian una tendencia ascendente del gasto estatal en esta materia, lo que amerita unas reflexiones en torno a las medidas de recuperación de dichos recursos.

En este sentido, cuando las entidades públicas son condenadas, el ordenamiento jurídico prevé la acción de repetición (CP, Art. 90) como instrumento de recuperación de las sumas pagada, condicionando a que el fallo inicial sea consecuencia del dolo o culpa grave del agente que generó la lesión, sin embargo, la acción no ha permanecido exenta de críticas por su inoperancia.

Otra alternativa que tendría la administración, en principio, para obtener el resarcimiento económico sería a través del proceso de responsabilidad fiscal, el cual, junto con otros instrumentos, permite a los entes de control fiscal cumplir con su misión constitucional de ejercer la vigilancia de la gestión que desarrollan los particulares y servidores públicos sobre los recursos del Estado (CP, Art. 119, 268-5 y 272).

Se discute si el proceso de responsabilidad fiscal es un escenario jurídicamente viable para la recuperación de los recursos públicos pagados por el Estado con ocasión de condenas judiciales, ya que con esta finalidad específica se instituyó la acción de repetición. A fin de profundizar sobre esta particularidad se aborda seguidamente la acción de repetición y la de responsabilidad fiscal en sus rasgos más sobresalientes.

2. ¿En qué consiste la acción de repetición?

Ya se ha enunciado como la Carta Política de 1991 otorga por primera vez fundamento constitucional a la responsabilidad patrimonial de Estado y la obligación indemnizatoria por el daño antijurídico que le sea imputable (CP art. 90, inciso primero).

Sin embargo, la cláusula va más allá en cuanto prevé también la obligación del Estado de intentar recuperar lo pagado respecto a quienes ocasionaron el fallo adverso, teniendo en cuenta que se haya presentado la particularidad de haber ellos actuado con dolo o culpa grave

(CP art. 90, inciso segundo), lo que es una manifestación del principio de responsabilidad establecido en el artículo 6 de la Carta Política.

Varios ejemplos de fallos sobre acciones de repetición decidida en favor de la administración son destacados en comunicado del Consejo de Estado en el que informa que el Estado colombiano recuperará cerca de \$ 7.000 millones en condenas por repetición (C.E,2018).

Uno de los casos es el que ordenó a la empresa contratista Sociedad Colombiana de Pavimentos - Socopav Ltda en Liquidación, reembolsar 386 millones de pesos que le costó al Invías reparar a las víctimas de un accidente que se produjo a la entrada de Sabana de Torres, Santander, en junio de 1995. En el expediente se probó que el choque generador del daño se dio porque la empresa constructora no instaló señales visibles que permitieran a los conductores advertir con antelación la presencia de la maquinaria con la que se toparon las víctimas del accidente.

2.1 Normas básicas

La consagración constitucional de la acción de repetición tiene entre sus antecedentes las reflexiones llevadas a cabo por la Asamblea Nacional Constituyente que encontró necesario no solamente ofrecer a los particulares un mecanismo que les permitiera ser indemnizados frente a los perjuicios causados por la actividad el Estado, sino también establecer el correlativo derecho de acción con el cual el Estado recupere lo pagado cuando el daño sea imputable al servidor público o al particular que cumpla funciones públicas de manera transitoria o permanente, y la conducta sea dolosa o gravemente culposa (Cuestas y Ronderos, 2004, p.21).

Esta posibilidad de acción es razonable en cuanto de por medio está el bien común:

Desde toda perspectiva es injusto que el patrimonio de los contribuyentes – que es el tesoro público – tenga que amparar los atropellos, de quienes, provistos de la calidad de funcionarios y contrariando las normas que les exige un mayor respeto de los derechos de los demás, abusen de su posición. (Vidal y Molina, 2016, p. 500)

De hecho, para la Corte Constitucional, la acción de repetición se legitima en la medida en que el Estado sea condenado a reparar y los agentes resulten igualmente responsables (C- 430 de 2000).

La Ley 678 de 2001 reglamentó la acción de repetición que aglutina en buena parte lo que había sido la experiencia jurisprudencial de las regulaciones anteriores en esa materia, en aspectos tales como la posibilidad de que el agente estatal sea vinculado a través del llamamiento, el carácter indesistible de la acción y la posibilidad de que ésta proceda en los casos en que el proceso seguido contra la entidad pública termina en virtud de una conciliación (Hoyos, 2003).

Si bien la acción es novedosa en la Carta del 1991, no lo es en el ordenamiento jurídico nacional, de hecho, ya había sido prevista en los artículos 77 y 78 del derogado Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984) y algunas normas anteriores. Actualmente la contemplan las leyes 270 de 1996 (Art.70,71y72) y 1437 de 2001 (Art. 142)

2.2 *¿La acción de repetición es civil o pública?*

El legislador definió la acción de repetición como una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o exservidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado.

El calificativo de acción civil ha suscitado discusiones ya que por su naturaleza, características y fines perseguidos indicarían que se trata de una verdadera acción pública:

- Se tramita ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no ante la ordinaria.
- Se ejerce en defensa de un interés general y no particular.
- No es desistible.
- Es obligatoria y no voluntaria.

Para la jurisdicción constitucional es apropiado calificar a la acción como de naturaleza civil en cuanto su propósito es declarar una responsabilidad patrimonial por lo que es indemnizatoria y no sancionatoria, reflexión esta que efectuara la Corte (C- 484 de 2002) al declarar la exequibilidad de la expresión “es acción civil de carácter patrimonial” del artículo 2 de la Ley 678 de 2001.

En cuanto que la acción sea patrimonial ello constituye para algunos una “denominación que nada agrega, pero que regresa a la división histórica con que se identificaba la acción de estricto derecho privado” (Palacio, 2013, p.369).

Tradicionalmente la acción se asocia con los fallos judiciales proferidos contra las entidades públicas, pero el espectro es más amplio en cuanto también es extensiva a las

indemnizaciones pagadas por el Estado en virtud de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto (Ley 678, art.2). Dado que el legislador no condicionó el tipo de

conciliación, se entiende que esta puede ser judicial o extrajudicial. Y respecto a las formas de terminación de la litis un caso típico es la transacción.

Lo relevante es que exista una erogación efectiva del Estado, ya que, si la entidad oficial por algún motivo no cancela al afectado, la acción se torna improcedente debido a la falta de legitimación por activa.

2.3 El rol de los comités de conciliación

El ejercicio de la acción de repetición no es un acto facultativo, sino una obligación del Estado el cual debe encausar sus esfuerzos hacia el recobro de la suma pagada por la condena previa. El representante legal de la entidad que se abstiene de demandar incurre en falta disciplinaria, pudiéndola también ejercer el Ministerio Público si después de 6 meses del pago total o de la última cuota la Administración no ha accionado.

El ejercicio de la acción exige un estudio objetivo del fallo del que se concluya que el potencial demandado actuó con dolo o culpa grave, ya que en ciertas situaciones, como en la de retención arbitraria de personas o privaciones injusta de la libertad, la acción es promovida sin suficiente sustento probatorio simplemente para impedir sanciones disciplinarias derivadas de la conducta omisiva de no demandar, pero la entidad no cumple con la obligación de probar los supuestos de hecho que le corresponde, ejemplo este tomado de Solano (2016),

Un papel fundamental en la identificación del sujeto pasiva de la acción de repetición corresponde a los comités de conciliación de las entidades estatales (Ley 446 de 1998, art.75),

en cuanto deben estudiar el caso y justificar suficientemente la procedencia o no de la demanda (Artículo 4 de la ley 678 de 2000 y Decreto 1214 de 2000), siendo prohibido al Comité cuestionar al juez en sus motivaciones plasmadas en la sentencia, como sería el caso de afirmar que en los hechos no medió dolo o culpa grave del agente a pesar de que el fallador ha concluido lo contrario. El comité debe pronunciarse incluso si el fallo se ha basado en algunas de las presunciones de dolo o culpa grave que prevé el legislador (Ley 687 de 2000, Art. 5 y 6).

Cabe destacar que no siempre que se materialice una condena contra el Estado por daño antijurídico, y éste paga, se genera el derecho a ejercer la acción de repetición. Ello en cuanto jurisprudencialmente se han identificado formas de responsabilidad estatal objetiva que excluyen la culpabilidad como presupuesto de la reparación estatal, surgiendo la obligación indemnizatoria así no exista un actuar irregular.

Un análisis sobre el rol de los comités de conciliación lo efectuó el Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil (Concepto No. 1634 del 28 de abril de 2005).

2.4 Algunos presupuestos

Comprender la acción de repetición exige abordar elementos mínimos cuyo alcance muchas veces no es claro, por ejemplo ¿Únicamente la entidad que paga la indemnización está legitimada para promoverla ?, ¿una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de la acción? ¿Qué sucede si la administración no demanda al agente?, etc. A estos elementos nos referiremos a continuación:

En principio el sujeto pasivo de la acción de repetición es el servidor o exservidor público que en ejercicio de funciones públicas ha dado lugar, por su conducta dolosa o gravemente culposa, a la condena y reconocimiento patrimonial por parte del Estado.

Se ha discutido si una persona jurídica puede ser demandada. En principio la respuesta sería negativa, y así lo han entendido algunos operadores jurídicos, en cuanto el artículo 1 de la Ley 678 que la regula la acción de repetición se refiere a personas naturales (Servidor, ex servidor público y particular) y en consecuencia solamente ellas podrían tener la calidad de sujetos pasivos; sin embargo la misma ley prevé que el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, de esto se deduce que cuando el fallo está asociada a la contratación estatal sería procedente accionar, un ejemplo es la situación de las compañías concesionarias encargadas del mantenimiento de las vías públicas.

Sobre este debate el Tribunal Administrativo del Magdalena (Rad. 13001-33-33-005 2014-00296-0) resolvió una controversia al resolver un recurso de apelación promovido contra el auto interlocutorio del Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena que declaró probadas las excepciones de improcedencia del medio de control de repetición contra una persona jurídica. Frente a la anterior decisión el Ad que señaló que:

...no hay lugar a declarar probadas las excepciones de improcedencia del medio de control de repetición contra una persona jurídica y la falta de legitimación en la causa por pasivas propuestas por la accionada, ambas por las mismas razones, esto, teniendo en cuenta que el legislador es preciso al decir que el Estado podrá repetir también contra

los particulares que cumplan función pública y al ser la Asociación de Niños de Papel una persona jurídica que contrató con el ICBF se encuentra legitimada para que contra ella se inicie acción de repetición y, por contera, para ser parte en este proceso.

Es claro así que la acción de repetición procede contra personas naturales y jurídicas.

Frente a la legitimación por activa, la tiene en primer lugar la persona jurídica de derecho público que realizó el pago, sin embargo, la Procuraduría General de la Nación o también está facultada cuando la entidad afectada no la hubiese iniciado el trámite dentro de los 6 meses posteriores al pago.

El abanico de personas habilitadas para iniciar la acción debería ser más amplio, y no limitarse a los anteriores, teniendo en cuenta que está de por medio la recuperación de recursos estatales. Por ello debería permitirse a cualquier ciudadano promoverla como sucede con las acciones populares que protegen derechos colectivos (CP Art.88), ello sin duda impactaría positivamente la efectividad del recaudo de estos valores, sin embargo, hoy la intervención se limita solo a la facultad de solicitar a la entidad el inicio de la acción, sin garantía de que ello efectivamente ocurra so pena de que el representante legal incurra en causal de destitución (Art.8).

Además de las condiciones que debe reunir la persona del sujeto pasivo, esta debe haber actuado con dolo o culpa grave. El dolo surge cuando el agente desea la materialización de un hecho que es ajeno a las finalidades del Estado. La culpa es grave cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Tanto en el caso de dolo como de culpa grave el legislador definió expresamente algunas causales para presumirlas (Art. 5 y 6, Ley 678). Estas presunciones son legales (*iuris tantum*), y no de derecho (*iuris et de iure*), por lo que admiten prueba en contrario (CC Art.66) que lo exonere de su responsabilidad.

Por ejemplo, se presume el dolo si el representante del Estado ha sido declarado penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, lo que exige – así la norma no lo señale expresamente – la previa existencia de un fallo ejecutoriado en contra del agente.

En relación con la culpa, esta se presume, entre otros casos, cuando el agente vulnera el debido proceso mediante detenciones arbitrarias y dilación de plazos existiendo detención física. La norma original que regulaba esta presunción específica de culpa exigía que la violación de la norma fuese “manifiesta e inexcusable”, expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-455 de 2002) en cuanto el legislador mediante una ley ordinaria estaba limitando el alcance no previsto con este condicionamiento en una norma jerárquicamente superior como la Ley Estatutaria 270 de 1996, que regula - en el artículo 71 - las presunciones de dolo y la culpa grave de los funcionario para efectos de la acción de repetición.

A nuestro juicio las presunciones de dolo y culpa grave deberían ser excluidas del ordenamiento jurídico en cuanto desconocen el principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 29 de la Constitución al permitir el legislador una valoración anticipada de la

conducta al invertir la carga de la prueba trasladándola a la persona que puede ser sujeto de sanción, cuando el titular de dicha obligación probatoria debe recaer en la entidad.

El ejercicio de la acción de repetición conlleva a un litigio en el que necesariamente está involucrado el Estado, por lo que este medio de control le compete a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Art. 104, ley 1437). Pudo incurrir el legislador en una contradicción al calificar expresamente la acción de repetición como una acción civil (Art.1, ley 678), ya que esta usualmente es referida a la responsabilidad patrimonial de los particulares y aquí se están dirimiendo intereses de la administración. La competencia para conocer de la acción está radicada en el juez o tribunal que tramitó el proceso de responsabilidad patrimonial que culminó en contra del Estado. Si la indemnización a cargo del Estado se originó en una conciliación o cualquiera otra forma de terminación anticipada conocerá de la acción de repetición el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo.

Sin embargo, no siempre conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Excepcionalmente puede tramitar un proceso de esta naturaleza la jurisdicción ordinara, y específicamente la Corte Suprema de Justicia en sala plena, cuando la acción es contra miembros del Consejo de Estado, lo cual es entendible para de garantizar la transparencia e imparcialidad del trámite, ya que al ser esta última Corporación el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no sería razonable que sus miembros pudiesen ser demandados en un trámite a cargo de instancias inferiores como los tribunales administrativos.

La caducidad de la acción de repetición se presenta al vencimiento del plazo de dos años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública. Si la entidad pagó en cuotas, el plazo de vencimiento comenzará a contarse desde la

fecha del último pago, o de la cancelación de las costas o agencias en derecho si a estas fue condenada.

Sobre el particular la legislación debería establecer un término de caducidad mayor al de dos años al ser este realmente corto si se tiene en cuenta que de por medio se encuentran recursos públicos por lo que al estar en juego un interés general el Estado debería tener más maniobrabilidad para el ejercicio de la acción. ¿Cuál podría ser un término razonable de caducidad ?, al menos cinco años sería apropiado lo que la acerca más termino de caducidad fijado por el legislador para la acción fiscal por detrimento patrimonial que igualmente tienen una finalidad resarcitoria.

Finalmente, será revisada la figura del llamamiento en garantía. En virtud de esta figura es posible convocar al agente que actuó o con dolo o culpa grave para que concurra al mismo proceso contencioso administrativo en el que se debate la responsabilidad del Estado, y se definan ambas situaciones en un mismo fallo.

Para efectuar el llamamiento la entidad pública demandada o el Ministerio Público tenían inicialmente como plazo hasta antes de finalizar el periodo probatorio, sin embargo, este término fue retirado del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional mediante sentencia C-484 de 2002. Consideró la Corporación que al vinculado se le limitaba la oportunidad de requerir pruebas en forma oportuna, como también le impedía participar en la práctica de las solicitadas por el accionante y el demandado, lo que hacía ostensible la vulneración del derecho de defensa (CP, Art. 29).

Por ello, señaló la Corte que el plazo para el llamamiento es hasta el vencimiento del término de fijación en lista de la demanda conforme a lo dispuesto en artículo 17 del entonces vigente Código Contencioso Administrativo - CCA (Decreto 01 de 1984).

Ahora bien, dado que el CCA fue derogado por el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) es necesaria la remisión a este, el cual contempla el medio de control de repetición en el artículo 140 que guarda silencio sobre la etapa procesal o el termino para ejercer el llamamiento, sin embargo el artículo 225 Ibidem, establece que el llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001, o por aquellas que la reformen o adicionen, por lo cual se debe interpretar que el termino para ello es dentro del plazo de contestación de la demanda.

Señala le ley una limitante consistente en que el Estado no podrá llamar al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

Es curioso que tal restricción no se hubiera establecido para el evento en que la acción se ejerce de manera independiente, ya que los supuestos y propósitos son los mismos del llamamiento en garantía. Aun así, no tendría vocación de prosperidad una acción de repetición si en el proceso primigenio la entidad alegó en su defensa una o varias de las excepciones señaladas, ya que al haber propuesto dichas excepciones habría una aceptación tácita de la entidad de que no hubo un actuar doloso o culposo de su agente lo cual es requisito sine qua non para la prosperidad de la repetición.

2.5 La condena y sus consecuencias

Acorde a la legislación vigente, la principal y única consecuencia frente a la declaratoria de responsabilidad civil patrimonial derivada de la acción de repetición o el llamamiento en garantía, o el auto aprobatorio de la conciliación extrajudicial, es que estos, una vez ejecutoriados, prestarán mérito ejecutivo por vía de la jurisdicción coactiva, a partir del incumplimiento en el pago.

Al respecto la Ley 678 contempló en los artículos 17 y 18 un régimen sancionatorio gravoso en exceso para el agente que fuese condenado vía acción de repetición y no cancelara la obligación impuesta judicialmente; sin embargo, estas disposiciones fueron declaradas inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional mediante sentencia C-233 de 2002, siendo hoy los únicos artículos excluidos totalmente de esta ley.

Sobre el particular señalaba la legislación que frente a un fallo en firme, seguido de un incumplimiento de pago, el agente sería (i) desvinculado del servicio, sin importar si se encontraba desempeñando o no el mismo cargo en la misma u otra entidad estatal, y debía procederse a la (ii) declaratoria de la caducidad del o los contratos suscritos y en ejecución con cualquier entidad estatal, y quedaría (iii) inhabilitado por un término de cinco (5) años para ejercer cargos públicos y contratar, directa o indirectamente, con el Estado o con entidades en las cuales el Estado tenga parte.

Como si lo anterior no fuese suficiente, determinaba el legislador que, en todo caso, la inhabilidad persistiría hasta cuando el demandado haya efectuado el pago de la indemnización, es decir fijó una sanción a perpetuidad para el agente en el evento de que este, por cualquier motivo, no llegase a cancelar, lo cual no sería extraño que se presentara si el valor de las reparaciones resultase considerablemente alto.

La Corte Constitucional en este caso aplicó el test de razonabilidad y proporcionalidad al artículo 17 el cual no fue superado. La disposición imponía una importante restricción a los derechos fundamentales de sus destinatarios, las sanciones no eran equivalentes al beneficio obtenido por el Estado y desconocían el principio de igualdad dada la permanencia indefinida de las inhabilidades previstas. Era evidente que el perjuicio ocasionado en la esfera jurídica de los ciudadanos superaba ostensiblemente el beneficio constitucional que pudiese la norma lograr para la administración.

En esta sentencia la Corte declaró también inexecutable el artículo 18 que atribuía a la Procuraduría General de la Nación la función de llevar el control y registro actualizado de las inhabilidades contempladas como sanción. Aunque esta norma no fue demandada resultaba injustificado mantenerla en el sistema normativo cuando su aplicabilidad suponía la inhabilidad expulsada por inconstitucional.

Se puede entonces señalar que el ejercicio de la acción de repetición impone para el Estado un conjunto de cargas procesales para la prosperidad de su pretensión que se resumen en acreditar: (i) La calidad del agente, esto es un servidor, ex servidor o particular que desempeñe funciones públicas, (ii) la condena ejecutoriada en contra de la entidad, el auto aprobatorio de la conciliación extrajudicial también ejecutoriado o la terminación del conflicto, según corresponda, (iii) el pago efectivo por parte del Estado, lo cual se demuestra con certificado del tesorero, pagador o servidor públicos que cumpla dichas funciones y (iv) el dolo o la culpa grave del demandado.

Una buena fuente de estudio sobre el alcance de la acción de repetición y la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en virtud de demandas de constitucionalidad promovidas por los ciudadanos

contra diferentes disposiciones de la Ley 678 de 2000. Estas sentencias son las C-233 de 2002, 309 de 2002, C- 372 de 2002, C-394 de 2002, C-455 de 2002, C-484 de 2002, C-1174 de 2004 y C-338 de 2006.

3. ¿Qué es el proceso de responsabilidad fiscal?

La acción fiscal se materializa a través del proceso de responsabilidad fiscal definido por el derecho positivo colombiano como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el propósito de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión, y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado.

En la voz de Younes (2000) “Este linaje de responsabilidad fiscal está asociado a la administración financiera del Estado, y se predica, en consecuencia, frente a quienes ejercen gestión fiscal, existiendo procedimientos propios autónomos para derivarla” (p.281), lo que hace conveniente explorar sus elementos más relevantes a fin de comprender mejor su estructura jurídica y dimensionar su importancia en el contexto de la administración pública.

3.1. La noción de gestión fiscal

El concepto de gestión fiscal está asociado a la administración de los bienes y fondos públicos en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición (Sánchez, 2007), de tal suerte que esta noción excluye los recursos cuyos titulares son los particulares.

La gestión fiscal debe ser objeto de control. Es claro que donde haya recursos del Estado involucrados, cualquiera sea la actividad y la proporción, estos son sujetos de vigilancia fiscal, y estarán inmersos en la categoría de gestores fiscales quienes hayan intervenido en su administración o custodia y tengan la titularidad jurídica para hacerlo (Duque y Céspedes, 2018). De allí que es fundamental identificar si la persona cuestionada tiene o no la calidad de gestor fiscal como presupuesto para determinar la responsabilidad.

Por ello, el proceso de responsabilidad fiscal es una especie del género control fiscal que a su vez puede ser definido como la vigilancia que se ejerce sobre la gestión que desarrollan los agentes del Estado o los particulares al administrar los recursos públicos.

El control era inicialmente posterior y selectivo. Este binomio fue una característica innovadora introducida por la Constitución de 1991 (Art. 267) que sustituyó el denominado control previo, siendo este cambio, en opinión de Velásquez (1998), un acierto del Constituyente en su deseo de que el administrador público fuese autónomo y con poder real para gerenciar, sin la injerencia de un ente de control, lo que permitiría medir su responsabilidad.

El control posterior está referido a la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados y los resultados obtenidos. El control selectivo comprende la escogencia, mediante un procedimiento técnico, de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo (Ley 42 de 1993, art.5). Estas formas de control permiten evaluar los resultados globales de la gestión, en cuanto a su eficacia, eficiencia y economía, independientemente de su legalidad.

En reciente reforma constitucional introducida mediante Acto Legislativo 04 de 2019 se efectuaron modificaciones sustanciales al régimen de control fiscal adicionando el control preventivo y concomitante los cuales tienen carácter excepcional, no vinculante, y que no implicará coadministración, según la reforma, y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente del impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. El ejercicio y la coordinación de este control concomitante y preventivo es excepcional y corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

Identificar los entornos en los cuales se presenta una gestión fiscal puede resultar complejo, y ésta no se limita al ordenador del gasto, el contratista o el interventor como usualmente se asocia.

La responsabilidad fiscal en la gestión es extensiva también a ciertas personas por colaboración o contribución en los hechos que generan un daño patrimonial, tal como puede ocurrir con el jefe de planeación, el jefe del área jurídica, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el encargado de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo, ejemplos estos plasmados en la Sentencia C- 840 de 2001.

Sobre el particular expone la Corte Constitucional en el fallo aludido que la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, ya que en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben proceder no solamente salvaguardando la integridad del

patrimonio público, si no, ante todo, cultivando y promoviendo su específico proyecto de gestión y resultados.

3.2 Marco jurídico

Las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 conforman el marco normativo primario y básico que debe seguirse para tramitar un proceso de responsabilidad ordinario o verbal.

El trámite ordinario es el tradicional que antes regulaba la Ley 42 de 1993 en unos pocos artículos, pero que fue sustituido por la Ley 610 la cual lo desarrolló de una forma más completa. Es en esencia escritural, inicia con el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, posteriormente, si las pruebas lo ameritan, se profiere el auto de imputación de responsabilidad fiscal y culmina con el fallo.

En el procedimiento verbal la apertura de investigación y la imputación de responsabilidad fiscal se profieren en un solo auto y se desarrolla de manera oral a través de dos audiencias: la audiencia de descargos y la audiencia de decisión, en la que se profiere fallo, por lo que las decisiones se notifican por regla general en estrados.

El trámite verbal introducido a los procesos de responsabilidad fiscal constituye una de las novedades significativas introducidas en esta materia por la Ley 1474 (Art. 99,100 y 101) la cual también modificó en algunos aspectos el procedimiento ordinario.

La institucionalización del trámite verbal se inspiró en la conveniencia de hacer más expeditos las investigaciones, por ello el legislador previó que en un solo auto se dispusiera la apertura y la imputación de responsabilidad, y que el debate se desarrollara en dos audiencias, de descargos y de decisión, lo que haría más rápido también el proceso de notificación al ser este, en general, en estrados. Sin embargo, la mayor fluidez del

procedimiento verbal respecto al procedimiento ordinario no se da necesariamente. Ello en cuanto la duración del proceso de responsabilidad fiscal no está asociada tanto a que sea ordinario o verbal, sino a las características del caso concreto investigado como su complejidad, número de personas vinculadas y las instancia en que se desarrolle.

Las instancias dependen de la estimación del detrimento patrimonial previsto en el auto de apertura (Procedimiento ordinario) o de apertura e imputación (Procedimiento verbal), y las cuantías de contratación de la entidad afectada, por ello si el detrimento es inferior o igual a la menor cuantía el trámite será de única instancia y si la supera será de doble instancia (Ley 1474, art.110). El proceso de responsabilidad fiscal es el vehículo a través del cual el Estado puede lograr el resarcimiento de los daños causados a su patrimonio derivado de una inadecuada gestión fiscal.

3.3 Los órganos de control fiscal

El ejercicio de la gestión fiscal involucra directa o indirectamente el patrimonio público lo que conlleva a que exista una vigilancia fiscal a cargo de la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República (CP Art. 267, 268-5).

Al respecto la Contraloría General de la República es el más alto órgano de control fiscal del Estado, y “Tiene la misión constitucional de ejercer el control y vigilancia al buen uso de los recursos y bienes públicos, así como contribuir a la modernización del Estado, mediante acciones de mejoramiento continuo en las distintas entidades públicas” (López, 2017, p.331).

Dado que las Contraloría en sus diferentes niveles también administra recursos públicos sus actuaciones no pueden estar excluidas de la vigilancia fiscal, por ello esta función ha sido encargada por mandato constitucional a un auditor (CP Art. 274) cabeza hoy de la Auditoría de la Contraloría General de la República, por lo que las contralorías no son los únicos organismos de control fiscal como a veces erróneamente se asume.

¿Qué órgano vigila la gestión fiscal de la Auditoría General? Esta función de control recae en la Contraloría General de la República. A primera vista resulta poco razonable que el ente vigilado se encargue de ejercer control sobre su vigilante, sin embargo, así lo dispuso inicialmente el Decreto 267 de 2000 en su artículo 4, numeral 8, (Hoy modificado por el Decreto Ley 405 de 2020, art. 2) al establecer que entre los sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República se encuentran los demás organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen autónomo, categoría está en la que está inmersa la Auditorías.

La norma en cita fue demandada en acción pública de inconstitucionalidad (CP. Art-. 241-4). El demandante consideró que la disposición vulneraba el principio de independencia absoluta, que garantiza que los juicios emitidos por las autoridades, a cargo de la inspección y vigilancia, sean imparciales y objetivos, por lo cual la Auditoría no podría ser sometida al control de su vigilado, sin embargo, la disposición fue declarada exequible mediante sentencia C-1176 de 2004.

La Corte interpretó que le corresponde a la Contraloría General de la República ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Auditoría, dado que en Colombia únicamente aquella entidad se encuentra autorizada por la Carta Política para ejercer vigilancia y control fiscal sobre todas las entidades que manejan recursos.

Este criterio es discutible ya que una interpretación integral de la Carta permite concluir que el órgano que de manera especial se previó en la Constitución para la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República, no puede estar, a su vez, sometido al control de ésta, por cuanto se vería afectada su autonomía jurídica por lo que la norma estaría fracturando el sistema de pesos y contrapesos que debe distinguir a un Estado social de derecho y democrático.

En síntesis, ningún ente, público o privado, por soberano que sea puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad.

3.4. La caducidad y la prescripción

En el campo de la responsabilidad fiscal es necesario distinguir la caducidad y la prescripción. La caducidad está referida al plazo que tiene el ente de control para abrir formalmente una investigación fiscal, que actualmente es de diez (10) años a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio del público, esto conforme a lo dispuesto por la Ley 610 del 2000, art. 8, reformado por el Decreto Ley 403 del 2020. Si el hecho generador es de ejecución permanente, es decir se prolonga en el tiempo, el término debe contarse a partir del último hecho; tal sería el caso, por ejemplo, del pago continuo de una pensión que se realiza a una persona que no cumplía legalmente los requisitos habiendo accedido a tal beneficio mediante maniobras fraudulentas.

La prescripción alude al término de cinco (5) años que tiene la Contraloría para adelantar la investigación y culminarla mediante fallo ejecutoriado que declare la responsabilidad. Este se cuenta desde el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal

si el procedimiento es ordinario, o desde el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal si se trata de un trámite verbal.

El vencimiento de los términos de caducidad o prescripción es causal de cesación de la acción fiscal que conllevan a que esta no pueda iniciarse o proseguirse y por tanto debe archivarse el expediente (Ley 610, art. 16).

3.5 Elementos de la responsabilidad fiscal

La responsabilidad fiscal se concreta en la obligación del gestor fiscal de reintegrar los valores correspondientes al daño que ocasionó al Estado por su deficiente gestión. La determinación de la responsabilidad fiscal implica el trámite de un proceso en el que es indispensable que concurren tres elementos: (i) Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, (ii) un daño patrimonial al Estado y (iii) una relación de causalidad entre los dos elementos anteriores. Estos componentes deben hacer presencia en su totalidad, de tal suerte que si falta uno o alguno de ellos no es procedente imponer al procesado la obligación resarcitoria en favor del Estado.

El daño o detrimento patrimonial está referido a la lesión del haber público ocasionado por el menoscabo, disminución, perjuicio, o pérdida de los bienes o recursos del Estado. En este sentido el patrimonio público involucra según el Consejo de Estado la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones, que son de propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo (Sentencia del 8 de junio de 2011. Expediente 25000-23-26-000-2005-01330-01).

Uno de los casos típicos que genera responsabilidad fiscal es la adquisición de bienes con sobrecosto entendido este como aquel que supera los precios del mercado, fenómeno que

demostrarlo en la práctica constituye un verdadero reto para el ente de control dada la multiplicidad de variables a considerar. El daño debe reunir las siguientes características:

- Antijurídico. Debe causarse a las arcas del Estado sin que este tenga el deber jurídico de soportarlo.
- Personal.
- Cierto. Es indispensable demostrar que el daño causó efectivamente una lesión a los intereses patrimoniales de la entidad pública. Lo dicho excluye las meras expectativas o la posibilidad de que ocurra el daño al ser estas incompatibles con la noción de certeza.

En cuanto a la culpabilidad, este concepto ha sido abordado tradicionalmente en el área penal donde ha logrado sus mayores desarrollos; se ha estudiado también, pero con menos intensidad, en el campo disciplinario, y se considera en proceso de formación en el ámbito de la responsabilidad fiscal.

En general la culpabilidad es una categoría jurídica compleja que estudia la conducta de una persona que estando impelida a obrar conforme a derecho actúa de manera contraria.

De esta manera, en materia de responsabilidad fiscal, debe entenderse que el juicio de reproche recae sobre el actuar de la persona que, a título de dolo o culpa grave, realiza el acto de gestión fiscal que termina por ocasionar un daño al patrimonio público, pudiendo evitar con su accionar la consumación del mismo. (Duque et al., 2018, p.436).

La culpa es una forma de manifestación de la culpabilidad como elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal. En este sentido el concepto culpabilidad enseña que la conducta debe ser desplegada por un gestor fiscal, es decir por una persona que toma decisiones que involucran recursos públicos, y, ser realizada a título de dolo o culpa grave.

Cabe precisar que no es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal las presunciones de dolo y culpa grave previstas para la acción de repetición en la Ley 678 del 2000 (Art. 5 y 6) toda vez que en materia fiscal existe un régimen propio y especial de presunciones desarrollado por la Ley 1474 del 2011 (Art. 118). En efecto, conforme al artículo 124 de la Carta Política el legislador tiene la libertad de configurar los elementos de la responsabilidad fiscal y su procedimiento, lo que involucra definir los eventos que dan lugar a las presunciones mencionadas, de tal manera que resulta improcedente la remisión a la Ley 678, más aún cuando la repetición implica un trámite de naturaleza judicial y el de responsabilidad fiscal es de carácter administrativo. Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado que, si bien los dos tipos de procesos comparten elementos comunes, también es cierto que se trata de mecanismos que, además de distintos, son autónomos e independientes, por lo que no es viable el traslado de conceptos ni de instituciones propias del medio de control de repetición a la responsabilidad fiscal. (Auto del 26 de junio del 2020. Expediente 25000-23-26-000-2005-01330-01)

La noción de culpa grave que acoge el Código Civil en el artículo 63 es pertinente para el análisis de casos de responsabilidad fiscal, al involucrar elementos relativos al cuidado de los bienes ajenos, lo que guarda conexidad con la obligación del gestor fiscal de propender por el diligente manejo de haberes públicos a su cargo.

La culpa leve inicialmente prevista en la ley 610 del 2001 (parágrafo 2º del art. 4, y art. 53) se encuentra hoy excluida del campo de la responsabilidad fiscal al ser declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-619 de 2002.

La Corte consideró que el legislador había excedido sus facultades al establecer para la responsabilidad fiscal un régimen mucho más estricto que el consagrado en la Carta Política para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición, (C.P. art. 90-2), ya que esta última remite al dolo y la culpa grave del actor, y la ley contempla la culpa leve como fuente de responsabilidad fiscal, a pesar de que la finalidad de las dos acciones es la misma, esto es reparar al Estado.

El legislador en su deseo de ponerse a tono con la Corte Constitucional consagró expresamente en la Ley 1474 de 2011 que el dolo o la culpa grave constituyen el grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal (Art.118), eliminando así los vestigios respecto a la culpa leve.

También previó la Ley 1474 situaciones, como ya se manifestó, en las que se presume el dolo o la culpa grave del gestor fiscal, como ocurre con el incumplimiento de la obligación de asegurar los bienes de la entidad, o cuando por los mismos hechos que originan el proceso fiscal ha sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

El nexo causal es en general, como los sostiene Rojas y Mojica (2014), uno de los+ presupuestos fundamentales para la prosperidad de cualquier pretensión indemnizatoria en el marco de la responsabilidad y no en vano, se trata de uno de aquellos elementos que resultan imprescindibles en cualquier tradición jurídica, ya sea en el derecho de daños continental (civil law) o en el anglosajón (common law).

CAPÍTULO III: El problema de la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal

El medio de control de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal son mecanismos instituidos a favor del Estado con la finalidad de que este sea resarcido por los agentes que le han causado un perjuicio patrimonial por un actuar doloso o gravemente culposo. No obstante, lo anterior, existen diferencias sustanciales entre ambos medios, y su ejercicio implica conocer ciertas particularidades que serán tratadas en el presente capítulo.

1. Las condenas pagadas por el Estado y la ineficacia del recobro

Se colocó de presente en el capítulo anterior como en Colombia una parte representativa del presupuesto de gastos de las entidades oficiales se destina al pago de condenas judiciales que son proferidas en contra del Estado en virtud del daño antijurídico ocasionado a terceros por la actuación irregular de sus agentes. Igualmente, se afirmó que las apropiaciones presupuestales destinadas a cumplir las obligaciones indemnizatorias son insuficientes y que estas tienden a crecer.

Es dicente lo afirmado por el ex director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado al manifestar que el Estado es parte en 390.000 procesos por valor de 372 billones de pesos y se están debiendo, por existir sentencias ejecutoriadas, más de 5 billones en capital y 2 billones en intereses, señalando que esta inflación litigiosa se debe, en buena medida, a que las reglas están en contra de los intereses estatales, que son los de todos los colombianos (Ámbito Jurídico, 2018).

Lo indicado sería que buena parte del gasto público en que incurre el Estado por condenas regresará a sus arcas a fin de restablecer el equilibrio patrimonial, ya que al ser un

componente importante del presupuesto tendrá, dependiendo de su nivel, un mayor o menor impacto que se refleja en su economía y en fenómenos como la inflación o la devaluación.

Este propósito de recuperación del gasto públicos ocasionado por fallos judiciales se podría materializar inicialmente mediante dos formas previstas en la Constitución: una administrativa que se ejerce a través del proceso de responsabilidad fiscal cuya competencia está radicada en la Contraloría General de la República, las contralorías del orden territorial y la Auditoría de la Contraloría General de la República; y otra por medio de la denominada acción de repetición que debe ser promovida por la entidad estatal que pagó el fallo proferido y que se tramita ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

A pesar de las alternativas señaladas, la realidad es que el retorno de los dineros públicos ha sido históricamente mínimo respecto a lo cancelado por el Estado. Este fenómeno tiene múltiples explicaciones.

En lo que atañe a la acción de repetición se destaca la falta de cuidado de las entidades estatales en la presentación de las demandas las cuales carecen de las exigencias básicas para lograr un fallo a su favor. Es así como en septiembre del 2016 el Consejo de Estado hizo un llamado de atención a las entidades públicas por la falta de vigilancia y control de la actividad procesal recordando que es su obligación actuar con diligencia para determinar la responsabilidad de sus agentes y recuperar los dineros de naturaleza pública (Ámbito Jurídico, 2016).

Expresó el Consejo de Estado su inconformidad frente a la manera descuidada que actúan algunos apoderados presentan las demandas, al no acreditar los requisitos esenciales para la prosperidad de las pretensiones.

Al respecto Jiménez y Soler (2012) publicaron en el año 2012 un interesante estudio sobre la eficacia de la acción de repetición, tomando como muestra parte de los procesos fallados por la Sección Tercera del Consejo de Estado durante el periodo 2006-2010. El mérito del trabajo se encuentra en que ya advertía sobre la situación que años después colocaran de manifiesto distintos órganos estatales. Los resultados fueron contundentes: El 84% de los procesos fracasaron por diferentes causas.

La principal causa que generó los negativos efectos fue la precaria sustentación de las demandas, en particular su deficiencia probatoria que se relaciona con factores como desinterés, desconocimiento del trámite, exceso de trabajo en las áreas jurídicas y malas condiciones contractuales de los apoderados, la segunda causa fue la falta de un juicioso seguimiento y control a los procesos, y la tercera causa está asociada a la imposibilidad de recuperar el valor por incapacidad económica o insolvencia del demandado, por lo que los fallos resultan inocuos.

Otras razones para negar las pretensiones de la entidad estatal son atribuidas a la caducidad de la acción y la estricta jurisprudencia en materia procesal y probatoria, particularmente con la prueba del pago y la idoneidad de los documentos aportados, por ejemplo, certificación de pagos realizados que no proviene del acreedor, no obstante anexarse copias auténticas de la sentencia condenatoria.

Lo anterior permitió a los autores concluir:

...la acción de repetición ha sido prácticamente ineficaz como mecanismo tendiente a configurar la responsabilidad de los agentes estatales, así como instrumento con capacidad reparatoria o retributiva. Lo anterior, no solamente por el escaso número de

condenas alcanzadas, sino por la casi nula recuperación de los dineros públicos que el Estado tuvo que pagar. (p.77)

Duque (et al,2012) efectuó un estudio similar sobre una muestra de 16 sentencias proferidas por el Consejo de Estado en el periodo 2005-2010. Llegó a conclusiones parecidas, entre ellas la prolongada duración de los procesos, en promedio de 9.8 años a partir de la presentación de la demanda hasta la sentencia de segunda instancia, aun cuando hubo fallos que tardaron 16 años, y la más expedita tuvo un trámite de 6 años. Los fallos sin responsabilidad a favor del agente estatal llegaron al 75%, de los cuales el 62.5% se basaron por el incipiente recaudo probatorio para evidenciar el dolo la culpa grave del demandado o el pago realizado por la entidad.

De otra parte, Torres (et al.,2008) destaca que son pocos los procesos de repetición que son fallados en contra de los servidores públicos demandados, y cuando son a favor del Estado las sentencias se vuelven simbólicas ya que el accionado no paga por carecer de recursos o simplemente no es su interés hacerlo, y en otros muchos casos se ha insolventado traspasando sus bienes a terceros para evadir la prosperidad de las medidas cautelares ordenadas en los procesos de cobro coactivo.

Se aprecia así que las investigaciones son demostrativas de la multiplicidad de falencias que concurren en el trámite de las acciones de repetición, lo que exige una pronta y eficaz intervención que permita el mejoramiento de los indicadores.

2. Propuestas para potenciar la acción de repetición

Con ocasión de las fallas detectadas que impiden la prosperidad de la acción de repetición, se presentan algunas recomendaciones, algunas ya planteadas por la doctrina, otras de esta autoría, para que esta herramienta mejore su efectividad:

- Despojar a los comités de conciliación de la entidad de su labor de establecer la procedencia o no de la acción de repetición. Ello en cuanto factores como la amistad, vínculos políticos y la corrupción administrativa han sido obstáculos para que las acciones o los llamamientos se inicien oportunamente y con las personas presuntamente responsables.

La objetividad de los comités de conciliación, como están concebidos actualmente, se encuentra seriamente limitada al carecer de autonomía e independencia ya que son presididos por la máxima autoridad de la entidad, o su delegado quien al igual que los otros miembros del comité debe ser del nivel directivo, y quienes difícilmente propondrían demandar a su superior o colegas, en razón de los vínculos de subordinación, conveniencia o amistad existente, así hubiesen evidencias de su responsabilidad, por lo que en no pocas ocasiones la acción se dirige a ex servidores que ya no labora en la entidad, personal operativos de rango medio o bajo como auxiliares, operarios, asistentes, patrulleros o soldados, lo que desvirtúa el propósito de la ley.

- Efectuar una reforma legal que viabilice el llamamiento en garantía, así la entidad haya planteado en la demanda las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero o fuerza mayor.

Algunas veces estas excepciones carecen de sustento real y responden a estrategias utilizadas por la entidad, para evitar a futuro la vinculación del agente estatal al proceso, más aún si dicho agente es o ha sido directivo.

El punto débil de esta medida es que el Estado podría entrar en contradicción con sus argumentos de defensa al efectuar el llamamiento. Si el Estado esgrimió en su favor, por ejemplo, la culpa exclusiva de la víctima está excluyendo así el dolo o la culpa grave del agente que es requisito sine qua non para la prosperidad de las pretensiones en la acción de repetición, y, por otro lado, si la entidad admite el error o la culpa grave de su agente ello implicaría admitir la responsabilidad.

Lo conveniente es que la entidad al realizar el llamamiento en garantía no tenga limitación y pueda actuar sin restricciones, siendo así pertinente derogar o reformar el párrafo del artículo 19 de la Ley 678 de 2000 que establece la prohibición de vincular al agente aun cuando se haya propuesto la excepción de culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero o caso de fuerza mayor.

- Promover programas de divulgación y capacitación sobre el uso apropiado del llamamiento en garantía y la acción de repetición.

Al respecto ya se han efectuado avances importantes por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, creada mediante la Ley 1444 de 2011, la cual ha venido coordinando con resultados positivos la implementación de políticas de prevención de daño antijurídico en las entidades oficiales del orden nacional como también ha fijado lineamientos para una mejor representación del Estado (www.defensajuridica.gov.co).

- Crear una entidad autónoma e independiente, encargada de promover las acciones o los llamamientos y de velar por el éxito del trámite. Ello sustraería de tal obligación a la entidad oficial condenada a la que muchas veces están vinculados aun los funcionarios que habrían actuado con dolo o culpa grave. Se facilita así que una tercera institución actúe de forma objetiva, imparcial, y sin sesgos de naturaleza alguna. De otra parte, permitiría una mayor especialización, unidad de criterio y mejor manejo de la información lo que redundaría en beneficio del Estado.

Esta función podría estar a cargo de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, la cual ha liderado la ejecución de programas de prevención del daño antijurídico y de mejoramiento de los grupos de defensa de las entidades estatales.

Una gran fortaleza de esta iniciativa es que margina a la entidad de la decisión de iniciar o no el trámite judicial, que es donde se han identificado las mayores falencias.

- Flexibilizar la rígida jurisprudencia del Consejo de Estado de tal manera que haya una interpretación menos literal y más finalista frente a aspectos claves como son la prueba del pago.

Una falla constante del Estado es la indebida acreditación del pago de la condena en cuanto en muchas ocasiones aporta documentos que carecen de mérito probatorio. De allí que no basta, ha dicho el Consejo de Estado (CE, Sección Tercera, Sentencia 19001233100020080013001 (44139), 05/10/16), que la entidad anexe al proceso certificaciones o constancias de sus propias dependencias si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago recibido a entera satisfacción.

Al respecto se considera que lo relevante es la presencia en el expediente de uno o varios medios probatorios que ofrezcan certeza del cumplimiento por parte de la entidad y esta no se deriva necesariamente de documentos como rigurosamente lo asume el Consejo de Estado, lo que podría llevar al desconocimiento del principio constitucional según el cual en las actuaciones de la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial (CP. Art.228).

- Fortalecer las oficinas jurídicas en aspectos presupuestales.

Las áreas legales de las entidades públicas operan en muchos casos sin que se les facilite los recursos económicos mínimos para cubrir los gastos inherentes a un trámite judicial como partes para notificaciones, emplazamientos, peritos, desplazamiento de los apoderados, etc., lo que impide que los tramites avances de manera diligente o incluso que sean archivados por no haber actuado la parte interesada

Las medidas descritas son solamente una muestra del cúmulo de estrategias que puede implementar el Estado para atenuar a mediano y largo plazo los gravosos efectos de los fallos condenatorios contra el Estado.

Estos efectos se reflejan a manera de ejemplo en las siguientes cifras suministradas por los sujetos de control de la Contraloría Delegada del sector Defensa, Justicia y Seguridad: durante el periodo 2010 – 2014 se pagaron \$ 4 billones por concepto de 49.467 sentencias condenatorias y/o conciliaciones y llamamientos en garantía, sobre las que se presentaron 545 acciones de repetición por la suma de \$890.769 millones, representando estas acciones solo 22% de los recursos erogados del Presupuesto General de la Nación (El Nuevo siglo, 2015).

3. Paralelo entre la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal

La acción de repetición es el mecanismo natural, ordinario y expresamente consagrado en la Constitución Política para la recuperación de los recursos pagados por el Estado en virtud de sentencias condenatorias proferidas en su contra cuando el agente que actuó con dolo o culpa grave, sin embargo, frente al mismo presupuesto de condena no hay unidad doctrinal sobre la procedencia de la acción de responsabilidad fiscal, siendo escasa la literatura al respecto.

En este orden de ideas emergen varias inquietudes: ¿son estas acciones concurrentes, es decir, se pueden tramitar al mismo tiempo?, ¿se excluyen entre sí debiendo por lo tanto la administración valerse solo de una de ellas?, ¿prima la acción que fue promovida primero? o ¿la única forma de resarcimiento es la acción de repetición?

Un sector plantea que nada se opone a que la recuperación de los dineros del Estado se pueda efectuar a través de la acción de repetición o el proceso de responsabilidad fiscal. Quienes acogen esta línea se fundamentan en que ambos mecanismos son independientes al basarse en la autonomía constitucional (CP, Art. 90 y 265-5) y legal (Ley 610 del 2000 y Ley 678 del 2001) que concurre en cada una de ellas.

Adicionan que la acción de responsabilidad fiscal se ejerce con la concurrencia de otras como la disciplinaria o la penal al no estar sujeta a condicionamiento ni subsidiaridad. De hecho, la normatividad consagra expresamente la independencia de la responsabilidad fiscal en relación con otros tipos de responsabilidad (Ley 610, Artículo 4, par. 1o). Además, es perfectamente viable que la condena contra la entidad sea producto del irregular proceder del

gestor fiscal que ocasiona el daño patrimonial al Estado, por lo tanto, el ente de control está habilitado para actuar.

Díaz (2013) manifiesta, por ejemplo, que el ejercicio simultaneo de las acciones no conlleva indefectiblemente a una contradicción, puesto que el eje procesal y causal en uno y otro caso difieren en los elementos sustanciales a investigar, como las presunciones de dolo y culpa grave contenidas en la Ley 678 de 2001 para la acción de repetición, que son totalmente distintas a las establecidas por la Ley 1474 de 2011 propias de la responsabilidad fiscal. En este sentido expone:

Es posible y claramente legal adelantar un proceso de responsabilidad fiscal por hechos que den lugar a la imposición de una condena a cargo del Estado o a la misma conciliación, siempre que el daño producido al patrimonio público sea consecuencia de una indebida gestión fiscal y además se estructuren los tres (3) elementos de la responsabilidad fiscal y la acción no haya caducado. (p.22).

Otro sector se ampara en la teoría de que es inviable el ejercicio simultaneo de este par de acciones, por lo que tramitarla ambas podría significar, entre otros resultados, la vulneración de principios constitucionales como la non bis in ídem que ampara al procesado.

Sobre el particular, Gómez (2014) señala que son muy pocos los casos en los que se ha tramitado la acción de repetición y de manera concurrente se ha proferido un fallo que haya arribado a la jurisdicción contenciosa administrativa, siendo de la posición de que “la tesis más segura es la de no concurrencia de las dos acciones” (p.49) para lo cual se apoya en la sentencia C- 619 de 2002 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable la

responsabilidad fiscal por culpa leve estimando que esta es una especie de la responsabilidad patrimonial de la acción de repetición prevista en el artículo 90 de la Carta.

De los escasos pronunciamientos sobre el tema en el campo judicial se encuentra el fallo del Consejo de Estado del 26 de julio de 2001 que confirmó la nulidad de una sentencia proferida por la Contraloría General de Antioquia en la que declaraba la responsabilidad fiscal de un exalcalde por el pago de una indemnización a un servidor público desvinculado irregularmente de la administración municipal. (CE, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 6620, C.P. Camilo Arciniegas Andrade),

En esta oportunidad el Tribunal Administrativo de Antioquia en primera instancia había manifestado que el órgano de control fiscal al proferir el citado fallo incurrió en una falta de competencia, al emplear un proceso de responsabilidad fiscal que es de naturaleza administrativa, con el objeto de obtener el reembolso de la suma de dinero a que se condenó a la entidad territorial, siendo la vía para ello la acción de repetición consagrada en el artículo 90 de la Carta Política.

El Consejo de Estado confirma la decisión de la primera instancia al señalar que tiene razón al ente de control apelante al sostener que el proceso de responsabilidad fiscal es una vía igualmente válida, junto con la acción de repetición, para obtener la reparación del detrimento patrimonial.

Manifiesta en esta oportunidad el Consejo de Estado que si un servidor público 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, pero si con un acto suyo, doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular, genera una

condena al Estado, incurre para con éste en responsabilidad civil, que debe ser judicialmente declarada, por lo que concluye que la Contraloría General de Antioquia obró sin competencia cuando declaró al exsecretario de Servicios Administrativos de Rionegro responsable fiscal a título de culpa grave.

Para obtener más luces, el Ministerio del Interior y de Justicia elevó consulta al Consejo de Estado el cual se pronunció en similar sentido en el año 2006 a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

En esta oportunidad señaló la Sala que la acción de repetición se instituyó como el instrumento procesal especial para lograr la reparación del detrimento patrimonial causado al Estado por la condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto originadas en la conducta dolosa gravemente culposa por el agente en desarrollo de sus funciones inclusive en ejercicio de gestión fiscal, y que con ella generen daños antijurídicos a un tercero; por lo cual es improcedente por este mismo motivo pretender deducir responsabilidad fiscal por los cauces de la ley 610 de 2000 dado que la acción de repetición garantiza de manera excluyente el resarcimiento del daño ocasionado al patrimonio estatal. En tal sentido la Sala expresó que, si la entidad estatal no promueve la acción de repetición, siendo procedente, resulta inviable iniciar el proceso de responsabilidad fiscal (Rad. 11001-03-06-000-2006-00015-00(1716, del 6 de abril de 2006).

Se aprecia así que en la escasa producción de la Jurisdicción Contencioso Administrativa hay ya una interpretación orientada a considerar la acción de repetición como medio único para recuperar de los recursos del Estado, y en la que se excluye el proceso de responsabilidad fiscal.

4. No toda condena estatal conlleva al reintegro de recursos

Vale la pena examinar algunos escenarios bajo el supuesto de que las acciones fuesen jurídicamente concurrentes, ello con el propósito de evidenciar que frente a situaciones concretas no se podrían necesariamente traducir en la recuperación de recursos.

En primer lugar, debe resaltarse que la responsabilidad estatal declarada judicialmente no implica forzosamente la responsabilidad fiscal del agente, ello en cuanto esta última es personal y exige un grado de culpabilidad del investigado, mientras que la primera es orgánica, institucional o anónima y por ello no requiere la demostración del actuar irregular de algún individuo en particular. Lo anterior significa que no es resarcible toda erogación que efectuó el Estado en cumplimiento de una sentencia. Varias posibilidades se pueden presentar al respecto.

Cuando el Estado es condenado a indemnizar por un daño antijurídico imputable a título de responsabilidad objetiva (ausencia de culpa), no sería lo pagado recuperable mediante un proceso de responsabilidad fiscal, ya que este exige una actuación revestida de dolo o culpa grave junto con el daño patrimonial y el nexo causal (Art. 5, Ley 610 del 2000). La acción de repetición tampoco prosperaría por exigir igualmente dichos elementos subjetivos como componentes de la responsabilidad.

Se aprecia así que en las acciones de repetición y fiscal la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita, lo que marca una diferencia sustancial con la responsabilidad del Estado. Como bien lo ilustra Restrepo (2008), en la responsabilidad objetiva se parte de la causación material de un resultado lesivo, y no se examina la voluntad del sujeto activo de la conducta. Es decir, no se analiza la esfera volitiva del agente que ocasionó el daño. La responsabilidad

objetiva presume responsable al agente causante del perjuicio, por el solo hecho del perjuicio, sin interesarle si se actuó bien o mal.

De otra parte, respecto a la posibilidad de que por vía judicial se hubiese demostrado que el dolo o la culpa grave del agente, el daño al tercero y el nexo causal, ello no es suficiente para emitir un fallo con responsabilidad fiscal en cuanto la conducta debe desarrollarse en el marco de la administración de recursos públicos (Ley 610, art. 3), por lo que el procesado debe poseer la calidad de gestor fiscal, y esta condición no siempre se presenta. De hecho, el concepto “gestor fiscal” es amplio y no pocas veces resulta complejo adecuarlo a un presupuesto factico.

La gestión fiscal se predica de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercerla, es decir, que en ellos recaiga poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición. Si la persona no ostenta la calidad de gestor fiscal ello no impide que la administración pueda utilizar otros mecanismos legales de recuperación de recursos distinto al proceso fiscal como sería el medio de control de reparación directa (Ley 1437 de 2001, art. 140).

Se ilustra el fenómeno expuesto con un par de casos hipotéticos: (i) El Estado es condenado judicialmente por haber demostrado el accionante que miembros de las fuerzas militares plenamente identificados ultimaron a indefensos campesinos y los reportaron a sus comandantes como subversivos dados de baja en combate con el fin de lograr reconocimientos, o (ii) la situación del nominador que por motivaciones políticas declara insubsistente a un funcionario en carrera administrativa que demanda el acto administrativo correspondiente (Art. 138, ley 1437 de 2011) logrando el demandante un fallo a su favor

que ordena su reintegro y el pago de los valores no percibidos durante el periodo que permaneció desvinculado del Estado.

Frente a los supuestos planteados podría asumirse que en el caso de la operación militar los servidores no estaban desarrollando una gestión fiscal en la operación militar y por ello no podrían ser sujetos de responsabilidad fiscal, pero si ser civilmente responsables vía acción de repetición

En la segunda situación el representante de la entidad sí actuó como gestor fiscal dada su calidad de nominador y ordenador del gasto por lo cual sería viable proferir en su contra fallo fiscal como también ser parte pasiva en la acción reparatoria del artículo 90 constitucional.

Una dificultad que recaería en los entes de control para tramitar los procesos de responsabilidad fiscal después de la condena y pago por parte de la entidad estatal, lo constituye la caducidad de la acción fiscal cuyo término - que como ya se dijo - es de diez (10) años contados a partir de los hechos que generaron la condena al Estado.

Esta barrera se explica en cuanto no es difícil encontrar un trámite judicial que se prolongue por un término superior al de la caducidad de la acción fiscal, en particular si debe surtir un recurso de apelación ante el Consejo de Estado cuyas decisiones usualmente tardan más que la de los tribunales administrativos, situación en la cual el trámite de responsabilidad fiscal no sería viable por expiración del término para la apertura de la investigación.

Para efectos de aplicar la caducidad es pertinente diferenciar entre el hecho dañoso (Hecho generador del daño) y la materialización del daño (Detrimento patrimonial) conceptos que en algunos casos ocasionan confusión y no siempre coinciden en el tiempo.

La materialización del daño es la razón de ser del proceso de responsabilidad fiscal que se concreta en el detrimento al patrimonio del Estado, definido este en el artículo 6 de la Ley 610 del 2000 como “la lesión al patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos,...”.

Por su parte el hecho dañoso es el evento que ocasiona el detrimento. Se aprecia así que entre el hecho generador y el daño hay una relación de causa efecto, sin embargo, en la práctica muchas veces no concuerdan en el tiempo presentándose dificultades para contabilizar el inicio del termino de caducidad. Por ello es necesario tener en cuenta la distinción que hace el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 (Reformado por el Decreto Ley 403 de 2020) entre actos o hechos de ejecución instantánea y los de tracto sucesivo: Los hechos de ejecución instantánea son aquellos que se consolidan o extinguen en un solo momento, tal es el caso del contrato de compraventa; en tanto los de tracto sucesivo se prolongan en el tiempo, es decir, no se agotan en un instante, ejemplo típico es el contrato de arrendamiento por lo que en este último caso la caducidad empezara a contarse a partir del último hecho o acto.

La situación se plantea a continuación con un ejemplo: Una entidad pública omite durante el año 2014 el pago de la seguridad social de algunos de sus trabajadores; el 1º de febrero del año 2021 la entidad paga el capital y los intereses de la seguridad social adeudada correspondiente al año 2014. En este caso el hecho generador es la omisión de pago oportuno por parte del gestor fiscal, y la materialización del daño, esto es el detrimento, se ha concretado varios años después cuando la entidad realizó la erogación económica al cancelar unos intereses por la falta de actuación oportuna y diligente de la persona encargada. En este caso la caducidad deberá contabilizarse no desde el momento de la omisión (año 2014) sino

desde el momento del pago (1º febrero del 2021) ya que en este último se cristaliza la lesión al patrimonio. No tendría vocación de prosperidad el proceso que se inicia una vez se omite el pago ya que muy seguramente culminaría sin responsabilidad en favor del investigado pues el perjuicio económico a la entidad no se había materializado en aquella época, siendo el daño patrimonial uno de los elementos de la responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000, art.5)

Cabe señalar que la gestión fiscal involucra un conjunto de actividades dentro de las cuales se encuentran las jurídicas – además de las económicas y tecnológicas - que desarrollan tanto los servidores públicos como las personas de derecho privado que manejan o administren recursos públicos (Ley 610 de 2000, art.3).

En la actualidad la posición vigente es la improcedencia de la acción fiscal, pero dada la dinámica propia de la jurisprudencia no debe descartarse la posibilidad de que a futuro sea modificada.

5. Comentarios a la jurisprudencia nacional

La posición del Consejo de Estado de excluir la posibilidad de tramitar el proceso de responsabilidad fiscal, cuando ha existido fallo en contra del Estado en el contencioso administrativo resulta contrario a derecho, al impedir a los entes de control el ejercicio del mandato constitucional de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de quienes administran recursos públicos (CP. art. 268-5 y 271).

No se observa con suficiente consistencia el argumento de que la única forma de lograr el reintegro de lo pagado es por medio de la acción de repetición. Se impide así que la autoridad competente indague sobre la eventual responsabilidad fiscal que pueda recaer en quien efectúa una inapropiada gestión fiscal que condujo al Estado a un fallo condenatorio.

La alta corporación priva al Estado de una gran herramienta que puede contribuir en gran medida a la sostenibilidad fiscal al viabilizar la recuperación de recursos que, como ya se dijo, son exiguos, lo que permitiría compensar los altos gastos de la administración derivados de condenas judiciales.

Es claro que ambos modelos de establecimiento de responsabilidad tienen elementos comunes y diferenciadores, destacándose entre los primeros su autonomía constitucional. También coinciden en no ser sancionatorios pues no pretenden reprimir una conducta reprochable sino lograr una reparación o resarcimiento.

Ambas están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa grave; y parten de la existencia de un perjuicio ocasionado a la administración imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente.

Las acciones de repetición y de responsabilidad fiscal no se repelen a pesar de la confluencia de características similares, ni su ejercicio paralelo implica desconocer el principio de la *non bis in ídem*, como garantía integrante del debido proceso, ya que cada una es constitucionalmente autónoma y el legislador previó su propio marco normativo.

Evidencia de lo anterior es que nada impide a la Contraloría investigar a un servidor público por detrimento patrimonial al apropiarse presuntamente de recursos públicos y al mismo tiempo esté siendo investigado penalmente por la comisión del delito de peculado por apropiación, o disciplinariamente, casos en los que no es viable aplicar la prejudicialidad en el trámite fiscal para que este se suspenda. Seguidamente se relaciona un paralelo de elementos homogéneos y heterogéneos de las dos acciones:

Figura 2. La acción de repetición y la acción de responsabilidad fiscal. Semejanzas y diferencias

LA ACCION DE REPETICION Y LA ACCION DE RESPONSABILIDAD FISCAL	
SEMEJANZAS	
1.	Fundamentan su legitimidad directamente en la Constitución Política (CP Art. 267 y 268-5)
2.	Tiene identidad de propósito: resarcir un perjuicio causado al patrimonio público.
3.	No son de carácter sancionatorio
4.	El sujeto pasivo es un servidor, ex servidor o particular, sea este persona natural o jurídica, que hayan causado la pérdida de recursos del Estado
5.	Proscriben la responsabilidad objetiva.
6.	El agente del Estado debe haber obrado con dolo o culpa grave.
7.	La determinación de la responsabilidad implica el adelantamiento de tramites reglados en los que deben observarse el debido proceso (CP. Art. 29).
8.	Son autónomas e independientes.
DIFERENCIAS	
ACCION DE REPETICION	
1.	Naturaleza civil a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2.	Exige que el Estado haya realizado un pago derivado de una condena judicial, una conciliación o u otra forma de terminación anticipada del litigio.
3.	El término de caducidad de la acción es de dos (2) años
4.	No genera inhabilidades para contratar y ejercer cargos publicos.
5.	El Estado a través de uno de sus agentes causa un daño antijurídico a u tercero.
ACCION DE RESPONSABILIDAD FISCAL	
	Naturaleza administrativa a cargo de los órganos de control fiscal.
	Exige que al Estado se le haya causado un detrimento patrimonial derivado de una inadecuada gestión fiscal.
	El término de caducidad de la acción es de diez (10) años.
	Genera inhabilidades para contratar y ejercer cargos publicos, sin embargo, sus efectos se suspenden hasta tanto no se surta por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el control automático y de legalidad del fallo con responsabilidad fiscal (Ley 2080 de 2021, art. 23 y 45), esto con el fin de ajustar el ordenamiento juridico interno a fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humano (Caso Petro Urrego Vs Colombia). En proyecto de reforma de ley estatutaria de reforma a la justicia, actualmente en revisión de la Corte Constitucional se prevé el incidente de declaración de inhabilidad en el cual el contencioso administrativo proferirá una decisión final a solicitud del órgano de control fiscal.
	El Estado se ocasiona un daño a sí mismo a través de un gestor fiscal

Podría afirmarse que las acciones no se pueden tramitar simultáneamente en cuanto ambas requieren la presencia del elemento culpabilidad (Dolo o culpa grave), pero debe considerarse que dicho componente también hacen parte de la responsabilidad penal y disciplinaria, y no se discute que estas acciones pueden concurrir simultáneamente con la fiscal frente a los mismos hechos y el mismo sujeto, por lo que no se observa una justificación razonable para proscribir esta última frente a la acción de repetición.

De hecho, si el Estado indemniza para cumplir un fallo proferido, por ejemplo en una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, y se avizora en los presupuesto facticos una deficiente gestión sobre los recursos públicos, es claro que el control fiscal es procedente dado que esa deficiencia fue la causa inmediata y próxima de la sentencia que ocasiona el detrimento patrimonial a la administración, por lo tanto quien cometió la conducta no debería estar exento de la vigilancia fiscal y en particular de ser vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal.

Se podría argumentar que la acción de repetición no es compatible con la fiscal ya que ambas persiguen la recuperación de recursos públicos existiendo la posibilidad que en cada tramite se profiera un fallo a favor del Estado lo cual propiciaría un enriquecimiento sin causa en beneficio de la entidad - al obtener un ingreso superior al valor pagado en razón de la condena - y en detrimento del agente que pagaría más allá de lo debido.

Frente a esta hipótesis se considera que el sujeto sentenciado no puede ser compelido a cumplir ambas condenas de tal suerte que la cancelación de una excluye el pago de la otra, y si uno de los procesos está en trámite deberá ser archivado ya que el Estado fue resarcido.

Es compartida la apreciación de Díaz (et al,2013), quien, como ya se expuso , está a favor de la concurrencia de los dos mecanismos: Lo que definitivamente, no puede hacer el Estado, es ejecutar dos veces al responsable fiscal o a quién la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, encuentre responsable derivado de una acción de repetición, ello definitivamente estaría en contravía del principio constitucional del non bis in ídem, y se constituiría evidentemente en un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado. (p.20).

Si se observa la definición legal de gestión fiscal que la concibe como un conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas (Ley 610 de 2000, art.3) es viable considerar que, si un juez declara la nulidad, por falsa motivación, de un acto administrativo en el que se destituye a un servidor público, quien toma esta decisión de desvinculación ejecuta una actividad constitutiva de gestión fiscal, por lo cual es posible afirmar que por la vía fiscal se puede resarcir el perjuicio causado con la gestión antieconómica o inoportuna , ello bajo los elementos establecidos por la norma (Art. 1º de la Ley 610 de 2000) , y dentro del concepto “con ocasión de la gestión fiscal” que efectivamente fuera desarrollada por el agente cuestionado.

Lo anterior tiene lógica ya que no se habría producido daño a la administración si en la gestión fiscal el funcionario hubiese actuado correctamente acorde a los fines del Estado en observancia del principio de legalidad.

En consecuencia, si los dos procesos se están adelantado y se profiere en el trámite de la acción de repetición una sentencia favorable al Estado y el demandado cancela el valor, lo indicado es que el proceso fiscal sea terminado al darse el resarcimiento que es una de las misiones constitucionales del ente de control. El archivo del expediente se efectuaría a través de un auto que declare la cesación de la acción fiscal (Ley 610 de 2000, art.16).

Aun sin que se haya pagado el valor de la condena en el trámite de repetición, sería procedente la cesación fiscal al existir ya un crédito reconocido a favor del Estado que presta mérito ejecutivo y se puede cobrar por jurisdicción coactiva.

De otra parte, si bien la acción de repetición fue instituida en la Constitución Política con el específico propósito asegurar al Estado un instrumento para recuperar los dineros pagados fruto de condenas de contenido patrimonial, esto no debe conducir a la exclusión de la acción fiscal, ya que este no fue el querer del Constituyente, ni ello significa que los entes de control se estén inmiscuyendo en campos ajenos, dada la autonomía y los instrumentos que se les otorgó para que pudiese ejercer a cabalidad la vigilancia encomendada.

Una posición jurisprudencial que soporta el planteamiento de la compatibilidad de las acciones se encuentra en la sentencia C-648 de 2002 según la cual la naturaleza y el carácter resarcitorio y autónomo de la vigilancia fiscal permiten la determinación de responsabilidad fiscal, lo cual no quiere decir que las contralorías invadan órbitas de competencia de otras autoridades.

La tesis de la incompatibilidad de las acciones que hoy sostiene el Consejo de Estado debería ser revaluada ya que conduce al desamparo del interés superior al privar a la entidad pública de mayores posibilidades de recuperación de los recursos públicos por la vía de la acción fiscal, como ocurre, para citar un caso, cuando opera la caducidad por no haber promovido la entidad afectada la acción de repetición dentro de los dos años siguientes al pago de la indemnización. De admitirse la procedencia de la acción fiscal se ampliaría la posibilidad de recuperación de recursos públicos ya que el término de caducidad sería de 10 años contabilizados a partir de la estructuración del detrimento patrimonial - es decir de la

cancelación de los valores - conforme a la última gran reforma en materia fiscal intrusiva por el Decreto Ley 403 del 2020, art. 127.

La aplicación de la teoría de la incompatibilidad también desconoce facultades constitucionales expresas instituidas en favor de las entidades de control encargadas vigilancia del patrimonio público, por lo que se aboga para que sea replanteada por la jurisprudencia nacional, pues como bien lo afirma la Corte Constitucional: se trata de propender por la integridad y fortalecimiento del patrimonio público a fin de que sea más dinámico, eficiente y eficaz, y se privilegie el interés general sobre el interés particular. (Sentencia C-840 de 2001).

Como resultado de la exposición precedente, para esta autora la acción de repetición y la acción de responsabilidad fiscal son dos instituciones compatibles y que no se excluyen entre sí como mecanismo de resarcimiento patrimonial al Estado previstos por la Constitución y la ley.

No se comparte del criterio del Consejo de Estado expuesto en sus escasos pronunciamientos sobre el tema, en cuanto impone limitantes y restringe el derecho a la reparación económica que tiene el colectivo social representado por el Estado. Definitivamente la acción fiscal y la de repetición no se oponen, sino que, por el contrario, se complementan.

6. El Sistema Interamericano de DDHH y los fallos con responsabilidad fiscal

Con el propósito de hacer eficaz la recuperación de los recursos públicos a cargo del responsable fiscal el legislador estableció la inhabilidad para desempeñar cargos públicos y contratar con el Estado durante los 5 años siguientes a la ejecutoria del respectivo fallo (Ley 734, art. 38, parágrafo 1). Esta medida, rigurosa pero justificada en cuanto salvaguarda intereses superiores, ha generado en los últimos años un gran debate institucional y jurídico ya que su aplicación a los servidores públicos elegidos por voto popular, o que aspiran a ser elegidos por este mecanismo, no sería procedente a la luz de tratados internacionales ratificados por Colombia.

Sobre el particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al dirimir el caso Petro Urrego Vs Colombia colocó de presente, mediante sentencia del 8 de julio de 2020, que la sanción de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos, democráticamente elegidos, impuestas por autoridades administrativas y no por un juez competente en proceso penal, es contraria al artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención IDH); e igualmente que la inhabilidad producto de decisiones de las contralorías en procesos de responsabilidad fiscal pueden tener también el efecto práctico de restringir derechos políticos de los procesados.

La Corte IDH concluye que el Estado colombiano incumplió con sus obligaciones de respetar los derechos y libertades reconocidas en la Convención IDH y garantizar su pleno ejercicio, siendo en consecuencia condenado a indemnizar. Simultáneamente le ordena al Estado ajustar, en un plazo razonable, su ordenamiento jurídico interno a la convención IDH conforme a los parámetros definidos en la sentencia.

Colombia en cumplimiento del fallo de la Corte IDH ha venido impulsando diferentes medidas. Al respecto ha tramitado en el Congreso de la República un proyecto de ley modificatorio del Código Disciplinario que le otorga facultades jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación permitiéndole investigar, juzgar y sancionar a funcionarios de elección popular. Este punto ha sido polémico y cuestionado por el propio Consejo de Estado ya que en su sentir desconoce la función constitucional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el principio de división funcional de los poderes públicos.

Amerita destacar dos aspectos en lo que atañe a las inhabilidades que afloran del control fiscal:

En primer lugar, destacar que la Ley 2080 del 2021 consagró y reguló en los artículos 23 y 45 una institución novedosa: el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previa remisión del expediente por parte del ente de control dentro de los 5 días siguientes a la firmeza del acto. Esta nueva normatividad determinó que las inhabilidades derivadas de los fallos con responsabilidad fiscal se entienden suspendidas hasta el momento en que sea proferida la sentencia definitiva dentro del trámite del control de legalidad.

El control automático generó múltiples inquietudes sobre su constitucionalidad. De hecho, el Consejo de Estado mediante auto de unificación del 29 de junio del 2021, proferido en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió inaplicar los artículos 23 y 45, al considerarlos incompatibles con la Constitución de 1991 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, posición esta adoptada por los tribunales administrativos del país, lo que llevó a que el mecanismo no se materializara en los estados judiciales.

Al poco tiempo de entrar en vigencia el control de legalidad la Corte Constitucional abordó el estudio de una acción de inconstitucionalidad promovida a fin de que fuese declarada la inexequibilidad de los artículos 23 y 45 de la ley 2080 de 2021 (Demanda D-14197,29/04/21). Sobre el particular la Alta Corporación se pronunció recientemente en sentencia C-091 del 10 de marzo de 2022 declarando inexequibles las normas demandadas.

La Sala Plena observó que se brindaba un tratamiento diferenciado – que no tenía justificación constitucional – entre las personas halladas fiscalmente responsables y el resto de destinatarios de actos administrativos pues mientras los primeros eran favorecidos con un control automático al eximirlos de asumir las cargas inherentes al ejercicio de la acción judicial, los otros debían demandar. También se generaban desigualdades en detrimento de los fiscalmente responsables ya que el trámite del control automático los privaba de la oportunidad de aportar o controvertir pruebas, requerir la suspensión del acto, presentar alegatos de conclusión y solicitar la reparación del daño.

Señala la Corte que, si bien el control automático era efectivamente conducente para lograr los fines constitucionalmente importantes de la celeridad, la seguridad jurídica y la descongestión judicial, lo cierto es que el nivel de limitación de los derechos de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad y al debido proceso era desproporcionado en comparación con el grado de satisfacción de dichos fines.

Finalmente, determinó que el fallo debía tener efectos retroactivos hasta el 25 de enero del 2021, fecha esta de promulgación de la Ley 2080, fijando las siguientes reglas:

- Los fallos con responsabilidad fiscal posteriores a la sentencia C-091/22 se regirán por las normas de control judicial anteriores a la ley 2080 de 2021.

- Los tramites de control automático que estén en curso al momento de la sentencia C-091/22 deberán ser declarados nulos de oficio o a petición de parte y devueltos a las contralorías de origen para que el fallo fiscal sea nuevamente notificado y su control se surta conforme a las normas anteriores a Ley 2080 de 2021.
- Los procesos que estén fallados y ejecutoriados podrán ser declarados nulos solo a solicitud de parte, de tal forma que sean devueltos a la contraloría de origen para que esta lleve a cabo una nueva notificación del fallo y su control se adelante de acuerdo con las normas anteriores a Ley 2080 de 2021.

La Corte Constitucional aclaró que los anteriores efectos tiene prelación frente a lo dispuesto por el Consejo de Estado en pronunciamiento de unificación proferido el 29 de junio de 2021. Por último, se dispuso que la sentencia debía ser divulgada por las autoridades fiscales y se exhortó al Congreso para que desarrolle el artículo 267 de la Constitución dentro del margen de sus competencias. Hubo salvamento de voto de las magistradas Paola Andrea Meneses Mosquera y Diana Fajardo Rivera.

Se clausura de esta manera una válida discusión en torno al control automático de los fallos con responsabilidad fiscal, una figura que generó amplia controversias en círculos académicos y judiciales, y que desde su nacimiento suscitó más preguntas que respuestas en torno a su aplicabilidad y efectos.

En segundo lugar, actualmente se tramita un proyecto de ley estatutaria de reforma a la justicia que en varios artículos aborda las inhabilidades derivadas de procesos de responsabilidad fiscal. Las nuevas disposiciones en esencia determinan que las inhabilidades para ocupar cargos de elección popular derivados de la responsabilidad fiscal solamente son aplicables por decisión judicial contenida en sentencia que defina la controversia del medio

de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual tendrá un trámite preferente que no excederá de un año. En el evento que el medio de control no sea ejercido por el afectado, o no hubiere realizado el pago correspondiente, el ente de control deberá tramitar en sede judicial un incidente de declaración de inhabilidad en el cual el contencioso administrativo proferirá una decisión final.

La reforma fue aprobada en último debate en el Congreso de la República, en junio del 2020, y se encuentra en revisión previa de la Corte Constitucional (CP, art. 153) la cual decidirá si se ajusta o no a la Carta Política y de ello dependerá la sanción presidencial y el inicio de su vigencia.

CONCLUSIONES

En Colombia la responsabilidad del Estado surge a comienzos del siglo XX con los primeros fallos de la Corte Suprema de Justicia que se fundamentaba en normas del Código Civil. Posteriormente (1941) se radica en el Consejo de Estado la competencia para conocer de los juicios en los que sean parte la administración, e inicia el proceso de consolidación de una jurisdicción contenciosa administrativa que con sus propias normas forjaría un territorio autónomo del derecho privado. Esta evolución se caracteriza por ser eminentemente jurisprudencial en la que surgen los regímenes de imputación de responsabilidad estatal, entre ellos el clásico de falla del servicio.

En este proceso de transformación un hito ineludible es la consagración en la Constitución de 1991 de una cláusula especial que prevé la responsabilidad patrimonial del Estado y con ella la figura del daño antijurídico que, si bien, no suprimió los regímenes tradicionales de falta o falla del servicio, probada o presunta, sí ha marcado una tendencia jurisprudencial a objetivizar la responsabilidad del Estado la administración.

Esto último se explica en cuanto al ser el daño antijurídico un perjuicio, imputable a la Administración, que nadie está obligado a soportar, se presenta un desplazamiento de la antijuridicidad la cual se traslada de la actividad de la administración al daño que sufre la persona. Es por ello que el Estado bajo el régimen de responsabilidad objetiva, que es una responsabilidad sin culpa, debe responder frente a los terceros así su proceder haya sido ajustado a derecho ya que su obligación indemnizatoria no se sustenta en la existencia de un actuar descuidado o negligente, sino en la afectación real de los derechos patrimoniales o extramatrimoniales que el lesionado no debe asumir, pero que por razones de solidaridad y

equidad la administración debe reconocer ante el rompimiento del principio de igualdad de las cargas públicas.

Todos los asociados tienen el compromiso de tolerar determinadas obligaciones en condiciones similares, como son los impuestos, pero si se fractura este equilibrio, los mismos asociados deben contribuir al restablecimiento del derecho de quienes han sufrido el perjuicio, como sucede en el caso del menoscabo ocasionados a los comerciantes de una área de la ciudad en la que se construye una obra pública que obstaculiza el acceso de los clientes y debido a las bajas ventas se ven obligados a cerrar sus negocios.

Dado que la complejidad del Estado es creciente al involucrarse cada vez en mayores actividades - ya sea como ejecutor directo a través de su regulación, vigilancia y control – aumentan también paralelamente las posibilidades de ser responsable, como efectivamente ha venido sucediendo. Este fenómeno ocasiona que una parte representativa del presupuesto nacional sea destinado al pago de condenas judiciales proferidas contra el Estado, ya sea porque se demostró una irregularidad o porque a pesar de actuar sin desconocer norma alguna le es imputable el daño que afectó al tercero.

Hoy el Estado posee dos mecanismos básicos para lograr el resarcimiento de los perjuicios causados por sus agentes. Uno de ellos es la acción de repetición (CP, Art. 90, Ley 678 del 2001) que habilita al Estado para demandar al agente que con su actuación dolosa o gravemente culposa generó la condena de la administración y lograr por este mecanismo la devolución de los valores correspondientes (Ley 1437 de 2011, art. 142).

Otro mecanismo es el proceso de responsabilidad fiscal instituido para que el Estado sea resarcido ante el detrimento patrimonial ocasionado por los servidores públicos y particulares ante una indebida gestión de los recursos que se les ha confiado.

Sin embargo, las anteriores no son las únicas acciones que posee el Estado para recuperar recursos públicos ya que paralelamente se encuentra, entre otras, el incidente de reparación integral en el proceso penal, la acción popular por daños al patrimonio del Estado y la acción de lesividad que se presenta cuando la Administración demanda sus propios actos administrativo en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

La ley 610 de 2000 estableció inicialmente que uno del presupuesto para edificar la responsabilidad fiscal es la conducta dolosa o culposa del gestor fiscal, señalando inicialmente la culpa leve como el grado a partir del cual se podría derivar la responsabilidad fiscal.

La culpa leve sería posteriormente declarada inexecutable por la Corte Constitucional al considerar que el legislador había desbordado el marco señalado por la Carta Política en el artículo 90 ya que tanto la acción de repetición como el proceso de responsabilidad fiscal son instituciones homogéneas al perseguir ambas el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al Estado, por lo que no habría un motivo razonable para que se estableciera la culpa leve como fuente de responsabilidad haciendo más gravosa la situación del presunto responsable al ir el legislador más allá del querer del constituyente que limitó la conducta al dolo y la culpa grave.

Tanto la acción de repetición como el proceso de responsabilidad fiscal han sido inocuos e ineficaces en el logro de los propósitos para los cuales fueron creados. Los estudios realizados lo demuestran.

Es así como el ejercicio de la acción de repetición evidencia múltiples falencias que han impedido el cumplimiento de su finalidad constitucional, entre ellas el hecho de que el medio de control no sea una acción pública que la pudiese ejercer cualquier ciudadano, sino que se conservó la legitimidad por activa la entidad afectada la cual no siempre está interesada en promover la acción o que ésta prospere; la falta de imparcialidad de los comités de conciliación al momento de recomendar la presentación de la demanda, ya que generalmente excluyen de eventual responsabilidad a directivos vinculados a la entidad sobre los que hay una relación de subordinación; y, el precario desempeño de la administración en la actividad litigiosas reflejada en que buena parte de los procesos judiciales sean fallados en su contra.

Una de las prioridades del Estado debe ser la recuperación de los recursos pagados en cumplimiento de condenas derivadas por el actuar irregular de sus agentes, y específicamente cuando dicha actuación ha sido cobijada por dolo o culpa grave, por ello cuando la sentencia se ha fundamentado en la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva (En la que hay ausencia de culpa) no hay lugar al reintegro de los valores por lo que deben ser asumirlos completamente por el Estado, con el agravante de que este tipo de imputación es cada vez más frecuente a la luz de la jurisprudencia nacional. Sin embargo, esta labor prioritaria no ha dado los frutos esperados. Diversos factores han contribuido a ello: la negligencia del Estado para actuar oportunamente y en debida forma, la manera como se ha estructurado la legislación y los pronunciamientos jurisprudenciales que limitan el accionar de la administración.

En materia de responsabilidad fiscal, la declaratoria de inexequibilidad de la culpa leve fue desafortunada por varias razones: (i) equipara la responsabilidad del agente que causa una condena al Estado, lo cual puede recaer en cabeza de cualquier servidor, con la del agente que administran recursos públicos condición esta que radica solamente en cierto tipos de personas denominadas gestores fiscales, lo que justifica que estos respondan hasta por la culpa leve ya que tienen bajo su custodia recursos públicos, (ii) el artículo 90 regula únicamente la acción de repetición por lo que esta cláusula no pueda ser extensiva al proceso de responsabilidad que tiene su propio fundamento constitucional en los artículos 124, 267 y 268, (iii) la acción de repetición tiene como origen la lesión de un interés particular que ha generado una responsabilidad patrimonial, mientras que en la responsabilidad fiscal hay una afectación directa de los bienes del Estado por acción u omisión de un agente administrador quien debe actuar con mayor diligencia, (iv) el agente que tiene bajo su cuidado recursos de la comunidad debe actuar con mayor diligencia de comparación con el agente que no actúa como gestor fiscal, y (v) estimula la impunidad en cuanto excluye de responsabilidad al gestor fiscal que con su culpa leve genera daño patrimonial por la indebida administración de recursos públicos que por su naturaleza demandan mayor rigurosidad y especial atención.

La decisión de la Corte no armoniza con la teología constitucional de combatir la corrupción y del propósito del legislador de hacer responsables a los gestores fiscales por culpa leve lo cual indiscutiblemente constituía una manifestación de los postulados de eficacia y moralidad que debe permear todos los niveles de la administración pública (CP, Art. 209), haciendo así más laxa la responsabilidad de quienes tiene a su cargo los recursos públicos.

De hecho, la Carta Política no previó en materia de responsabilidad fiscal ningún tipo de culpa por lo cual el Congreso de la República estaba habilitado para establecer la culpa leve en tratándose de la administración de los bienes del Estado, como bien lo prescribe la propia Constitución al señalar que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (Art. 124), y se deduce de una interpretación sistemática de las normas constitucionales relacionadas con la vigilancia fiscal. El error de la Corte reside en extender el grado de culpa grave prescrito en el artículo 90 de la Constitución, en materia de repetición, a la responsabilidad fiscal colocando en un mismo plano a dos instituciones con fundamento y origen distinto. Inclusive ya en el pasado la Corte Constitucional había escindido la responsabilidad fiscal de la patrimonial de los agentes del Estado (C-840 de 2001). La Corte equivocadamente le concede al artículo 90 un alcance que definitivamente no tiene, al asumir que regula todos los tipos de responsabilidad de los servidores públicos cuando en realidad solamente se refiere a una especie o fracción de la responsabilidad patrimonial en que puede incurrir el servidor, por lo que tal disposición no es fuente constitucional de los elementos axiológicos que perfilan la responsabilidad en general.

Por otro lado, la Corte yerra también al equiparar las dos formas de responsabilidad cuando ambas tienen un objetivo distinto y sus componentes divergen, es decir no poseen un fundamento único. Mientras que la responsabilidad patrimonial por vía de repetición pretende la reparación de daños causados al Estado por la acción u omisión de sus agentes; por su parte, la responsabilidad fiscal además de salvaguardar la integridad del patrimonio estatal está orientada a asegurar el manejo medido, íntegro y metódico de los bienes públicos por parte de quienes se les ha confiado su cuidado, lo que explica que el legislador

con muy buen criterio haya querido regular de manera más rigurosa este último caso de responsabilidad y garantizar el cumplimiento de los fines estatales (Art. 2 CP).

Es así como la exigencia de la culpa leve como presupuesto de la responsabilidad fiscal no riñe con el marco constitucional, ya que es razonable que aquella se pueda pregonar de quienes ostentan una especial posición en la sociedad que les permite tener un poder decisorio sobre el patrimonio público, en tanto otras personas carecen de habilitación para ejercer una gestión fiscal y en consecuencia frente al daño que ocasione es entendible que respondan a título de culpa grave; en la primera hipótesis sobre el agente recae una especial condición cual es la de ser un gestor fiscal, vale decir un sujeto que maneja recursos públicos, mientras que en la segunda hipótesis esta cualificación no existe, lo que explica y justifica en últimas la existencia de los diferentes grado de culpa para cada estructura.

Como se puede apreciar, la circunstancia de que haya sido proscrita la culpa leve como grado de responsabilidad del gestor fiscal representa hoy una gran limitante para que el Estado pueda recuperar recursos públicos. Pero a ello hay que adicionarle la posición del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ha generado otra barrera de entrada al proceso de recuperación del erario.

El Consejo de Estado a través de varias sentencias y concepto emitido por su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha señalado que frente a los pagos que realice el Estado por condenas proferidas en su contra derivadas por el dolo o la culpa grave de sus agentes, el único instrumento procedente para recuperar los recursos es la acción de repetición, excluyendo así la alternativa del proceso de responsabilidad fiscal.

En el concepto se manifiesta que cuando se afecte 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 viable mediante el ejercicio de la acción de repetición obtener del agente el reembolso de los perjuicios que le ocasionó al Estado; mientras que si el daño al patrimonio estatal se ocasionó directamente por ejercicio de gestión fiscal, sin causar daño a terceros, sólo es viable obtener por la administración la reparación a través del proceso de responsabilidad fiscal.

La postura en cita sería equivocada en cuanto el proceso de responsabilidad fiscal tiene como propósito general el resarcimiento del detrimento patrimonial causado al Estado por sus agentes, y para el cumplimiento de este objetivo - que está a cargo de los entes de control fiscal - el sistema jurídico colombiano solamente exige tres elementos: el dolo o la culpa grave del gestor, el daño a la entidad pública y el nexo causal entre los dos anteriores, por lo que ante la sola presencia de estos condicionamientos deviene per sé la indemnización a favor del Estado.

La alta corporación no tiene en cuenta que la acción fiscal tiene vida propia al dotarla el Constituyente del 91 de autonomía frente a las demás acciones, no siendo subsidiaria ni supletoria. Por ello es un desatino privar a la administración del uso de este valioso instrumento frente a hechos en los que pudiesen concurrir todos los presupuestos integradores de la responsabilidad fiscal y por este conducto obtener el reintegro de recursos públicos.

Es por ello que sería conveniente que el Consejo de Estado revisara y replanteara su posición privilegiado el interés general sobre el individual que subyace en la gestión de los recursos públicos, permitiendo la materialización de las normas que regulan la

responsabilidad fiscal ya que ellas hacen parte de un marco jurídico independiente de las demás acciones y que se sustenta en la propia Constitución.

De no ser posible un cambio jurisprudencial bien valdría la pena incorporar, por la vía de un acto legislativo, reformas sustanciales a la Constitución Política orientadas a plasmar expresamente la procedencia de la acción fiscal respecto a los servidores públicos o particulares que con su actuar doloso o culposos hayan generado el pago de indemnizaciones en detrimento del Estado.

Esta propuesta no es fácil de materializar dado el alto componente político que involucra y las presiones que ejercerían los fuertes grupos interesados en que una iniciativa de esta naturaleza fracasara, entre ellos los sectores enquistados en la administración que la desangran permanentemente con sus actos de corrupción.

De darse una reforma constitucional como la planteada, el legislador tendría un doble reto: de una parte, efectuar una regulación cuidadosa, equilibrada y serena, orientada a la protección del patrimonio público que consulte los principios de moralidad y transparencia, y por la otra, salvaguardar las garantías de los procesados inherentes al derecho fundamental del debido proceso.

Igualmente se propugna por cambios estructurales en el marco normativo que regula la acción de repetición, orientada a facilitar el actuar de la Administración en el propósito de recuperar sus propios recursos.

REFERENCIAS

- Ámbito jurídico . (16 de noviembre de 2016). *Poco diligente calificó el Consejo de Estado a entidades por uso de la acción de repetición*. Obtenido de Ámbito jurídico : <https://cutt.ly/cJZPxhU>
- Arenas, H. A. (2017). *El régimen de responsabilidad objetiva*. Editorial Legis.
- Arenas, H. A. (2018). *La acción de repetición*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis. Bogotá: Editorial Legis.
- Arias, A. E. (1 de septiembre de 2017). *Condenas contra la nación: factores de desestabilización de las finanzas y el gasto público*. Obtenido de Las2Orillas.com: <https://acortar.link/nxwLgK>
- Armenta, A. (2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación. *Revista Vía Yuris*(6), 88-112. Obtenido de <https://bit.ly/395VUnz>
- Barreiro, J. A. (2014). *Jurisprudencia Constitucional. Precedentes judiciales de la humanidad. Casos y materiales*. Bogotá, Colombia : Pontificia Universidad Javeriana.
- Botero, L. (2007). *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis .
- Cassagne, J. C. (2008). *Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la administración*. Obtenido de <http://www.cassagne.com.ar>: <https://cutt.ly/OJZJBDI>
- Consejo de Estado. (2016). *Estado colombiano recuerrá cerca de 7 mil millones de pesos en condenas de repetición*. Comunicado del 12 de septiembre de 2016.
- Contraloría General de la República . (7 de noviembre de 2018). *Desolador panorama: “No hay recursos suficientes para pagar sentencias contra la Nación”, dice el Contralor Carlos Felipe Córdoba*. Obtenido de Comunicados de Prensa : <https://cutt.ly/9JZZ4xF>
- Cuestas, A., & A, R. (Cuestas, A. y Renderos A. (2004). La ley de acción de repetición y el servidor público. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. de Cuestas, A. y Renderos A. (2004). La ley de acción de repetición y el servidor público. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. de 2004). *La ley de acción de repetición y el servidor público*. Bogotá: Ediciones Ibáñez. Obtenido de Cuestas, A. y Renderos A. (2004). La ley de acción de repetición y el servidor público. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. .

- Díaz, P. C. (2013). *Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal*. Auditoría General de la República , Oficina de Estudios Especial y Apoyo Técnico . Bogotá : Imprenta Nacional de Colombia. Obtenido de <https://acortar.link/gRYwCO>
- Duque, J., & Céspedes, F. (2018). *El Control fiscal y la responsabilidad fiscal*. Bogotá: Editorial Ibañez.
- Duque, L. C. (2012). Acción de repetición en Colombia. Una tarea pendiente en la administración pública. *Revistas jurídicas*, 9(1), 136-153. Obtenido de <https://cutt.ly/EJZfRnR>
- El Nuevo siglo. (18 de febrero de 2015). *Advierten baja eficacia de acción de repetición*. Obtenido de El Nuevo Siglo : <https://cutt.ly/UJZFhnI>
- El Tiempo. (26 de Abril de 2015). *Contralor propone nueva corte para fallos fiscales*. Obtenido de El Tiempo : <https://cutt.ly/0JZJf33>
- Gómez, D., & Narváez, L. M. (2016). *La necesidad de un organismo imparcial para establecer responsabilidad discal en Colombia*. Universidad de Manizales , Facultad de Ciencais Jurídicas . Universidad de Manizales . Obtenido de <https://ridum.umanizales.edu.co/xmlui/handle/20.500.12746/2938>
- Gómez, I. D. (2014). *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental*. Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C. (2014). Estado Social y derecho administrativo. En A. Montaña, & A. Ospina (Edits.), *La constitucionalización del derecho adminsitrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Adminsitrativo* (págs. 53-62). Bogotá , Colombia : Univiersidad Eternado de Colombia .
- Hoyos, R. (2003). Algunas reflexiones sobre la acción de repetición. *Dialogos de saberes*(15), 65-80. Obtenido de <https://bit.ly/3H7vJtf>
- Jiménez, W., & Soler, I. (2012). Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos. *Revista Diálogos de Saberes*(36), 65-80. Obtenido de <https://bit.ly/3H7vJtf>
- López, G. A. (2017). *López, G.A.* Bogotá, Colombia : Biblioteca Jurídica Dike, Universidad Surcolombiana.
- Mendoza. (2011). Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista Pensamiento Americano*(49), 47-51.
- Paillet, M. (2001). *La responsabilidad Administrativa*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia .
- Palacio, J. (2013). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín, Colombia : Librería Jurídica Sánchez.

- Penagos, G. (1997). *El daño antijurídico. El Daño Antijurídico. Aplicación al Principio Lura Novit Curia*. Bogotá, Colombia : Ediciones Doctrina y Ley.
- Pinzón, C. E. (2018). *El derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá , Colombia : Editorial Ibáñez.
- Polanía, A., Tejada, M. C., & Vargas, L. (2017). *La responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike - Universidad Surcolombiana.
- Quintero, A. J. (2013). *El daño especial como título jurídico de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas: Su transición a fundamento de compensación*. Trabajo para optar por al título de Magister en Derecho, Universidad Nacional. Obtenido de <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/12237>
- Rivadeneira, J. C. (06 de junio de 2018). *"Demandar al Estado debe dejar de ser un deporte"*. Obtenido de Ámbito Jurídico : <https://cutt.ly/nJZPQ4a>
- Rodríguez, L. (2015). *Derecho administrativo general y colombiano*. . Bogotá : Editorial Temis .
- Rojas, S., & Mojica, J. D. (2014). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. *Revistas Universitas*(129), 187-235. Obtenido de <https://cutt.ly/rJFhPYk>
- Ruiz, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Eco Ediciones.
- Sánchez, C. (2007). Aspectos Sustanciales de la Responsabilidad Fiscal en Colombia. *Civilizar Ciencias sociales y humanas*, 7(13), 81-96. Obtenido de <https://cutt.ly/nJFrM5b>
- Sayagués, E. (2002). *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Semana. (29 de marzo de 2017). *¿Cómo llegó Colombia al gasto público desbordado?* Obtenido de semana.com: <https://cutt.ly/sJZdBdn>
- Solano, J. E. (2016). *Medios de control contencioso-administrativo*. Bogotá, Colombia.
- Tamayo, J. (2014). *La Responsabilidad del Estado*. Bogotá, Colombia : Biblioteca Jurídica Dike.
- Torres, L. A. (2008). ¿Se justifica la acción de repetición? Comentarios críticos a la ley 678 del 2001 y propuesta de reforma. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 26(54), 85-101. Obtenido de <https://cutt.ly/NJD53dI>
- Velásquez, C. (1998). *Derecho Constitucional*. Bogotá, Colombia: Externado de Colombia.
- Vidal, J., & Molina, C. E. (2016). *Derecho Administrativo*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

Younes, D. (2000). *Régimen del control fiscal y del control interno*. Bogotá, Colombia:: Editorial Legis.