



# NOTI - INFORMATIVO VIRTUAL

*“Transparencia y Efectividad en el Control Fiscal”*

**INDIRA BURBANO MONTENEGRO**  
Contralora Departamental del Huila

**COLABORACIÓN:**  
Oficina Asesora Jurídica  
Oficina Asesora de Planeación  
Oficina de Control Interno

**EDICIÓN No. 07**  
**JULIO 2015**



GP 203-1



CO-SC 5108-1



SC 5108-1

# Editorial



## *Editorial*

Con el entusiasmo de siempre, los saludamos deseándoles éxitos en sus quehaceres diarios. Continuando con nuestra labor pedagógica y de contacto permanente con la ciudadanía, presentamos a su consideración el presente **NOTI INFORMATIVO VIRTUAL**, en el cual desarrollaremos un tema de la mayor importancia para las entidades públicas, pero igualmente para la ciudadanía que debe estar cada vez más informada y enterada sobre la Administración Pública. Haremos referencia a las características de la acción de repetición, hoy denominada **MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN**, conforme lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Política y lo reglamentado en la ley 678 de 2001.

Con el fin de advertir a las entidades públicas sobre la importancia de cumplir con los requisitos formales para la presentación de una acción de este tipo, hemos resumido los requisitos que vía jurisprudencial el Consejo de Estado ha establecido para que la referida acción prospere, a fin de recuperar los recursos que se han pagado con ocasión de las condenas impuestas a las entidades el Estado generando daño a las mismas, con ocasión del actuar doloso o gravemente culposo de los servidores públicos.

Se resalta la importancia del tema a tratar, con el fin de exhortar a las entidades estatales, para que refuercen el actuar judicial, generando estrategias que garanticen la comparecencia oportuna, diligente, eficiente y eficaz ante los jueces en defensa del Estado.

# MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN

Esta acción tiene origen constitucional, pues la obligación nace de la lectura del inciso 2° del artículo 90, el cual reza:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

**En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.** (/Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por su parte la Ley 678 de 2001 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición” precisa en su artículo 2°:

“La Acción de Repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.”

## CARACTERÍSTICAS

### 1. Es una acción Civil de carácter patrimonial:

Tal como lo señala el artículo 2 de la Ley 678 de 2001, las pretensiones que la entidad invoca en la demanda de medio de control de repetición, están dirigidas a que se declare la responsabilidad civil del demandado (servidor público) y en consecuencia se le condene a la reparación -exclusivamente patrimonial - del daño.

### 2. Es obligatoria:

Al tener su origen en el inciso segundo del Artículo 90 de la Constitución Política, es Obligatoria, **toda vez que cuando se observe que el servidor público actuó con dolo o culpa grave**, la entidad deberá repetir.



De conformidad con lo previsto en los artículos 4 y 8 parágrafo 2 de la Ley 678 de 2001, esta obligación, inicialmente recae en el Comité de Conciliación de las entidades públicas, o en su defecto en el representante legal de la entidad condenada cuando la entidad no tenga la obligatoriedad de conformarlo; se deberá repetir, so pena de incurrir, para los miembros del Comité, en falta disciplinaria, y para el segundo en causal de destitución.

### 3. Partes:

#### **Sujeto Activo:**

La legitimación en la causa de la parte activa está radicada en la entidad pública directamente perjudicada, en el Ministerio Público y en el Ministerio de Justicia y del Derecho, quienes son los únicos que pueden iniciar la acción de repetición contra el servidor público, ex-servidor o particular que de conformidad con la ley cumpla funciones públicas y que por dolo o culpa grave en su conducta haya causado el perjuicio patrimonial sufrido por la entidad pública, como consecuencia del pago de una sentencia condenatoria o conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos.

La acción de repetición deberá iniciarse por parte del Representante Legal, en un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total efectuado por la entidad pública. Si ésta no se iniciare dentro del término estipulado podrá iniciarse por parte del Ministerio público, y en los casos en los que se trate de entidades públicas del orden nacional por parte del Ministerio de Justicia a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación. (Art. 8 Ley 678 de 2001).

Lo anterior no implica que la entidad que no inició la acción de repetición dentro del término legal pierda la competencia para ello ni tampoco que pierda la legitimación, debe entenderse la norma en el sentido de que entran dos legitimados más para iniciarla, es decir, si transcurridos los seis (6) meses la entidad no la ha iniciado, hasta el término de caducidad –dos (2) años- podrá iniciarla.

#### **Sujeto Pasivo:**

La Constitución consagró que el Estado podrá repetir contra un agente suyo; son agentes del Estado los servidores públicos tales como: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, y los particulares que desempeñen funciones públicas (Art. 123 de la C.P.).

También está dirigida contra los ex-servidores públicos, cuando por su conducta negligente, enmarcada dentro de los criterios de culpa grave o dolo ha generado a la entidad la obligación de pagar una suma de dinero. Siendo importante recalcar que el legislador hizo extensivo su alcance a los particulares que transitoriamente desempeñen funciones públicas como el contratista, el interventor, el consultor y el asesor, en lo concerniente con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales. Igualmente se podrá ejercer en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar.



#### 4. Existencia de daño

Debe existir daño en contra de la entidad, por el pago de una sentencia condenatoria de carácter indemnizatoria o de una conciliación debidamente aprobada.

La condena proferida o la conciliación lograda deben ser consecuencia de la acción u omisión dolosa o gravemente culposa del servidor o ex-servidor público.

En el ejercicio de la acción de repetición le incumbe al demandante, probar la culpa grave o el dolo del funcionario, salvo en los casos contemplados en las presunciones de culpa grave o dolo (Art. 5° y 6° Ley 678 de 2001); así mismo, debe demostrar también la relación de causalidad entre la conducta dolosa o gravemente culposa del agente y el daño sufrido por el particular.

#### 5. Procedimiento

Respecto al procedimiento, la Ley 678 de 2001 en su artículo 10, consagra el ordinario previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el medio de control de reparación directa.

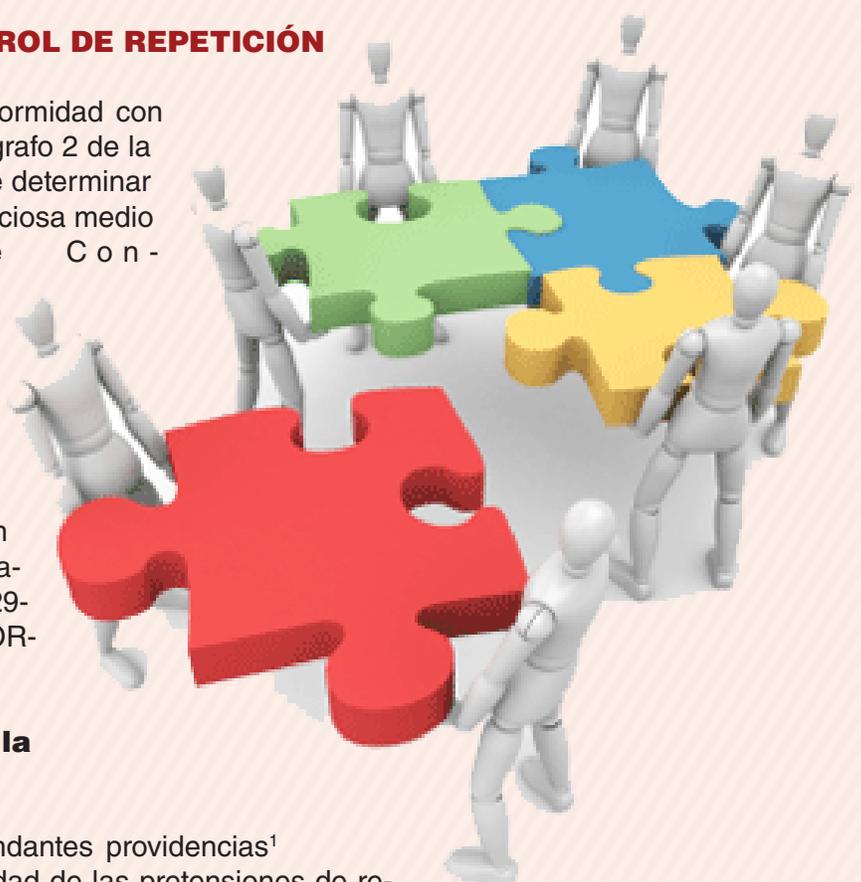
### ELEMENTOS DEL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN

Tal como se indicó líneas arriba, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 4 y 8 parágrafo 2 de la Ley 678 de 2001, al recaer la obligación de determinar la necesidad de instaurar demanda contenciosa medio de control de repetición en el Comité de Conciliación en primer término o el representante legal de la entidad condenada, según corresponda; es su deber analizar si se configuran los presupuestos para su presentación.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en Sentencia del 22 de enero de 2014; Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00429-01(47668), Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, clarificó:

#### Elementos para la procedencia de la acción de repetición.

La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias<sup>1</sup> los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes.



<sup>1</sup> Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.

Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición<sup>2</sup>.

Los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición son los siguientes:

***i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena***

La calidad y la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.

***ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación<sup>3</sup>, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.***

La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto<sup>4</sup>.

***iii) El pago efectivo realizado por el Estado.***

La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de una prueba que, en caso de ser documental, generalmente<sup>5</sup> suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.



2 Sentencia de 28 de abril de 2001, expediente: 33407.

3 La ley 678 de 2001 agregó que la obligación de pago también puede surgir de una conciliación aprobada legalmente.

4 Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007, expediente: 30327.

5 El artículo 232 del Código de Procedimiento Civil dispone que en los eventos en que se trate de probar el pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito será apreciado como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias especiales en que tuvo lugar el mismo, haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión, situación que no es común debido a la prudencia y diligencia que todas las personas acostumbran observar en sus relaciones jurídicas.

**iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.**

La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables.

Acerca del tercero de los requisitos, **pago efectivo realizado por el Estado**, en la referida providencia el Consejo de Estado reitera la importancia de probar de manera eficiente en la demanda, el pago efectivo, el cual puede *“...acreditarse a través de cualquier medio de prueba, lo esencial es que el elemento de convicción, permita inferir que la obligación ha sido efectivamente satisfecha, esto es, que no exista duda alguna en relación con el hecho de que el beneficiario de la condena ha recibido lo adeudado y, a tal efecto, el interesado puede, bien allegar el documento pertinente suscrito por quien recibió el pago en el cual conste tal circunstancia o bien el paz y salvo expedido por el beneficiario o la declaración de éste en el mismo sentido. (...) Es decir, la mera certificación, constancia o manifestación que expide el deudor aseverando que realizó el pago, no es prueba idónea y suficiente del mismo, dado que en esos eventos se carece de la constancia de recibo, consignación, paz y salvo, comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que el beneficiario de la indemnización recibió efectivamente su valor, o la declaración o manifestación de éste respecto de que realmente le fue cancelado el valor de la misma”*<sup>6</sup>.

Finalmente en la misma providencia citada, el Consejo de Estado señala:

Finalmente, **la Sala considera oportuno efectuar un severo llamado de atención a las entidades públicas, por la falta de vigilancia y control de la actividad procesal** como actores en la interposición de la denominada acción de repetición, la cual busca como objetivo primordial establecer la responsabilidad de sus agentes y la recuperación de los dineros de naturaleza pública. Lo anterior, teniendo en cuenta la manera descuidada y poco diligente, que se observa en la presentación de este tipo de demandas, en las cuales no se acredita cabalmente el cumplimiento de los requisitos esenciales para la prosperidad de dicha acción, esto es, la calidad del agente, la condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos, el pago efectivo y por último, el dolo o culpa grave del servidor público, a pesar de la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en la materia.

<sup>6</sup> A juicio de la Sala, los documentos provenientes del propio deudor afirmando haber realizado el pago, no constituyen prueba suficiente para acreditarlo, máxime si se tiene en consideración la trascendencia que reviste el pago efectivo y total -no sólo como presupuesto material de la sentencia estimatoria, sino, incluso, para los efectos mismos de computar el término de caducidad-, cuando se trata de instaurar una acción de repetición, buscando real y seriamente la prosperidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda.” Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente: 16887.

# NOTICIAS

## DE INTERÉS

### Derogada Resolución No. 539 del 17 de diciembre de 2013

El 22 de julio de 2015, la Contraloría Departamental del Huila profirió la Resolución No. 422 de 2015 *“Por medio de la cual se deroga la Resolución No. 539 del 17 de diciembre de 2013 -por la cual se adopta la función de advertencia en la Contraloría Departamental del Huila-”*. Resulta importante informar a los sujetos de control, que además de derogar en su totalidad la Resolución No. 539 de 2013, en el acto administrativo se ordena *“cerrar todas las funciones de advertencia proferidas por la Contraloría Departamental del Huila y que a la fecha de declaratoria de inexecuibilidad del numeral 7o del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000 se les estuviere haciendo seguimiento. Para tal efecto, cada una de las dependencias de este Órgano de Control que tiene a cargo el seguimiento de funciones de advertencia, deberá en un término no mayor a un (1) mes, contado desde la fecha de comunicación del presente acto administrativo; analizar los asuntos y circunstancias que motivaron la expedición de cada una de ellas y las acciones que a partir de las mismas fueron implementadas por el sujeto de control, y: 1) Dar traslado de una denuncia derivada de la función de advertencia objeto de análisis a la Oficina de Participación Ciudadana; o 2) Constituir un hallazgo fiscal con el material probatorio recaudado a través de la información remitida por la entidad vigilada, como soporte de sus actuaciones para evitar la ocurrencia del daño que fuera advertido por el órgano de control fiscal; y trasladarlo a la Oficina de Responsabilidad Fiscal, o 3) Concluir que no hay mérito para iniciar alguna actuación de tipo fiscal que fuere competencia de la Contraloría Departamental del Huila. En todo caso, se harán los traslados que correspondan a otras instancias, conforme al análisis de cierre de cada una de las funciones de advertencia.*

La resolución No. 422 de 2015, puede ser consultada en la Página Web del Órgano de Control [www.contraloriahuila.gov.co](http://www.contraloriahuila.gov.co).



# NOTICIAS

## DE INTERÉS

### **GASTOS DE REPRESENTACIÓN DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO**

Se pone en conocimiento de los lectores el concepto con radicado No. 20136000086321 del 4 de junio de 2013 proferido por la Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el que se reitera:

“Dentro de las competencias de las entidades territoriales no se encuentra la de crear elementos salariales como es el caso de los gastos de representación para los empleados públicos, incluyendo a los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Es de anotar que tampoco las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales, tienen competencia para crear los elementos del salario. En el caso que nos ocupa se considera que sólo es posible el pago de los gastos de representación, cuando sean creados por el Gobierno Nacional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, para empleos del nivel territorial.

Se considera que el Decreto 1892 de 1994 no es aplicable en la actualidad, toda vez que en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional año tras año establece los límites máximos salariales que deben tenerse en cuenta al momento de fijar la asignación básica de los empleos de la respectiva entidad territorial incluyendo la del Gerente del Hospital.

En conclusión, actualmente los Gastos de Representación en el nivel territorial se encuentran consagrados exclusivamente para los Gobernadores y Alcaldes, razón por la cual no es posible extender su reconocimiento a otros empleados”

El referido concepto puede ser consultado en la Página Web del Órgano de Control [www.contraloriahuila.gov.co](http://www.contraloriahuila.gov.co)

