



Bogotá, D.C.

Doctor
JAVIER BOLAÑOS ZAMBRANO
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Correo: juridica@udistrital.edu.co
NIT 899999230-7
Carrera 7 N° 40B 53 Piso 9
Bogotá D.C.

CONCEPTO

Referencia	No 2021ER242822
Descriptor general	Tributario - Responsabilidad fiscal
Descriptores especiales	Acción de Repetición, Acción Fiscal, Detrimiento patrimonial del estado por pago de multas
Problema jurídico	¿Cuál es la acción que procede para reparar el detrimento patrimonial del Estado cuando se debe pagar una multas, sanciones e intereses por una conducta dolosa o culpable de un servidor público?
Fuentes formales	Constitución Política: artículos 90 y 268.5 Ley 678 de 2001: artículos 1, 2, 3 y 4 Ley 610 de 2000: artículos 1, 3, 4, 5, 6 Concepto 1852 de 2007 de la Sala de Consulta del Consejo de Estado

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

Se plantean las siguientes preguntas:

- 1- El Contador y el Tesorero de una entidad pública, ambos servidores públicos, debiendo cumplir el deber funcional de presentar una declaración exacta de impuestos, en fecha y hora establecidas por la DIAN, pero omiten su presentación oportuna, y proceden a presentar dicha declaración de manera extemporánea e inexacta, en el segundo caso, por no liquidar la extemporaneidad, haciendo incurrir a la entidad donde laboran en el pago de sanciones por extemporaneidad e inexactitud establecidas en el Estatuto Tributario. ¿En este caso, cual acción es procedente, la acción fiscal o la acción de repetición?
- 2- El Contador y el Tesorero de una entidad pública, ambos servidores públicos, debiendo cumplir el deber funcional de presentar una declaración exacta de impuestos, con fecha y hora establecidas por la DIAN, pero omiten su



presentación oportuna, y proceden a presentar dicha declaración de manera extemporánea e inexacta, por no liquidar la extemporaneidad; posteriormente, son requeridos por la DIAN para subsanar la ineficacia de la declaración y dejan vencer el término establecido para subsanarla, lo cual hace ineficaz la declaración, y conllevan a la entidad pública en la que prestan sus servicios al pago de sanciones e intereses establecidos por el Estatuto Tributario. ¿En este caso, cual acción es procedente, la acción fiscal o la acción de repetición?

CONSIDERACIONES

Se precisa que es función de la Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda establecer las directrices para fomentar la unidad doctrinal en la aplicación e interpretación de normas relacionadas con la Hacienda Pública, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico vigente, de conformidad con lo establecido en los artículos 69 y 72 del Decreto Distrital 601 de 2014, *“Por el cual se modifica la estructura interna y funcional de la Secretaría Distrital de Hacienda, y se dictan otras disposiciones”*.

Por esta razón, le corresponde absolver consultas, emitir conceptos jurídicos y prestar asistencia jurídica en asuntos relacionados con temas de tesorería, presupuesto, tributos distritales, contabilidad, crédito público, cobro y asuntos jurídico-administrativos de la entidad.

Dentro de nuestras competencias, para resolver la consulta planteada se realizará consideraciones sobre la Acción de Repetición, la Acción por Responsabilidad Fiscal y establecer si existe detrimento patrimonial público por el pago de multas y sanciones.

La Acción de Repetición

La Acción de Repetición tiene fundamento constitucional en el artículo 90 de la Constitución Política cuando dispone:

“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.”

Dicho precepto constitucional se encuentra desarrollado por la Ley 678 de 2001¹, donde se contemplan los aspectos sustantivos de la acción de repetición: objeto, naturaleza, causa y obligatoriedad, así:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.”

*ARTÍCULO 2o. ACCIÓN DE REPETICIÓN. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse **en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa** haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, **proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto**. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.*

*No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía **dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública**, con los mismos fines de la acción de repetición.*

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de repetición, 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, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

*PARÁGRAFO 2o. Esta acción también deberá intentarse **cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996**, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.*

PARÁGRAFO 3o. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹ “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.”

PARÁGRAFO 4o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.

ARTÍCULO 3o. FINALIDADES. La acción de repetición está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella.

*ARTÍCULO 4o. OBLIGATORIEDAD. Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, **cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes.** El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.*

*El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, **deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta.***

De conformidad con las normas transcritas la acción de repetición es la acción que procede para obtener la compensación por el detrimento patrimonial que sufre el Estado como consecuencia del pago indemnizatorio efectuado por éste, por el efecto de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, motivada por el daño antijurídico causado a un tercero, en el despliegue de una conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público o de un tercero en desarrollo de funciones públicas.

Según lo informado por el consultante, en el caso en estudio no existió fallo, conciliación u otra forma de terminar el conflicto, situación que lo excluye de este procedimiento y lo ubica en una posible responsabilidad fiscal.

Responsabilidad Fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal que se deriva de la gestión fiscal tiene su fundamento en el artículo 268.5 de la Constitución Política y su definición, objeto y elementos están contemplados en la Ley 610 de 2000²:

² "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

ARTICULO 1o. DEFINICION. *El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y 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.*

El mismo texto legal define la gestión fiscal como:

ARTICULO 3o. GESTION FISCAL. *Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.*

Así mismo establece el objeto de la responsabilidad fiscal:

ARTICULO 4o. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. *<Artículo modificado por el artículo [124](#) del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*

PARÁGRAFO. *La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.*

Del mismo modo define los elementos de la responsabilidad fiscal

ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. *<Artículo modificado por el artículo [125](#) del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:
- Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concorra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.*

5

35.F.01

- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Así mismo, define el detrimento patrimonial al estado:

ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. <Artículo modificado por el artículo [126](#) del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo.

De conformidad con las normas antes señaladas, la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y de las personas de derecho privado que manejen o administren bienes, recursos o fondos públicos, derivada de una inadecuada gestión fiscal que causa un daño directamente al patrimonio del Estado, se determina mediante el proceso de responsabilidad fiscal, cuya naturaleza es administrativa y su objeto es la de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados. Para que se configure la responsabilidad fiscal es necesaria la existencia de un nexo causal entre la conducta dolosa o culposa del agente que ejerza gestión fiscal en los términos señalados en la Ley y el daño al patrimonio del Estado.

Detrimento por el pago de multas

Respecto del detrimento patrimonial del Estado por el pago de multas el Consejo de Estado³ mencionó:

“Como quiera que el daño patrimonial para efectos de responsabilidad fiscal recae sobre una entidad u organismo determinado y no sobre el patrimonio del Estado considerado en abstracto, pasa la Sala a estudiar, si constituye daño patrimonial el

³Concepto Sala de Consulta C.E. 1852 de 2007 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos Bogotá, D.C, quince (15) de noviembre de dos mil siete (2007)

hecho de que una entidad u organismo se vea en la obligación de pagar a otro de su misma naturaleza, multas, sanciones o intereses de mora, que se generen en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal.

*En términos generales el daño patrimonial se presenta cuando "la agresión golpea un interés que hace parte del patrimonio o un bien patrimonial o afecta al patrimonio, por disminución del activo o por incremento del pasivo". **En materia de responsabilidad fiscal**, esto no es diferente, ya que el daño aparece cuando se produce una lesión, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos de una entidad u órgano público, por una gestión antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal. (Artículo 6º de la ley 610 de 2000).*

En el caso concreto del pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes de carácter público, hay que determinar si ellos se produjeron por la conducta dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna o por una omisión imputable a un gestor fiscal. Si así se concluye, surge para el ente que hace la erogación, un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal. Es claro, entonces, que dicho gasto implica una disminución o merma de los recursos asignados a la entidad u organismo, por el cual debe responder el gestor fiscal.

*No sobra enfatizar en este punto, que la Constitución y el régimen de control fiscal vigente no consagran la responsabilidad fiscal objetiva de los servidores públicos, de manera que para que ella se pueda declarar, se requiere, en todo caso, que en el proceso de responsabilidad fiscal que se adelante se pruebe fehacientemente la existencia de los tres elementos que la integran, vale decir, **el daño patrimonial**, representado en este caso, por el monto de los recursos que la entidad u organismo tuvo que pagar por concepto de multas, sanciones o intereses de mora, **"la conducta dolosa o gravemente culposa"** del servidor y **el nexo causal entre los dos anteriores** (artículo 5º de la ley 610 de 2000). (Resaltado fuera del texto)*

Se destaca la necesidad de verificar la existencia de los tres elementos para determinar la responsabilidad fiscal: daño patrimonial, culpa grave o dolo y el nexo causal entre estos dos.

CONCLUSIONES

Según lo expuesto para el caso planeado por el consultante, relacionado con el pago de multas, sanciones e intereses impuestos a una entidad pública derivado de una gestión dos de funcionarios, no corresponden al cumplimiento de una condena en contra del Estado y a favor de un tercero, se considera que no se dan los



elementos que establece el artículo 2 de la Ley 678 de 2001 para iniciar una acción de repetición.

En cambio, podría proceder el inicio de una responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría, conforme a lo establecido en la Ley 610 de 2002.

Cordialmente,

LEONARDO ARTURO PAZOS GALINDO

Director Jurídico

lpazos@shd.gov.co

Revisado por:	Manuel Ávila Olarte - Subdirector SJH	<i>mavila@shd.gov.co</i>
Proyectado por:	Alfonso Suarez Ruiz - Profesional Especializado SJH	<i>asuarez@shd.gov.co</i>