

80112-2377

Bogotá, D.C., 16 de julio de 2001

Doctora  
MIREYA C. ARIZA PIÑERES  
Carrera 13 A No. 38-71, Oficina 203  
Bogotá, D.C.

ASUNTO: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. LUCRO CESANTE – CADUCIDAD.

Respetada doctora Mireya:

#### 1.- ANTECEDENTES

Recibimos el 9 de julio de 2001, el oficio sin número, ni fecha, remitido a esta Oficina por parte de la Secretaria Privada, mediante Memorando 957, del día 6 del mismo mes y año, donde nos consulta sobre las figuras jurídicas: Lucro cesante y caducidad dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

#### 2.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Ley 610 de 2000, actualmente reglamenta el proceso de responsabilidad fiscal que se encontraba contemplado en los artículos 72 a 89 de la Ley 42 de 1993. Estos artículos fueron expresamente derogados por el artículo 68 de la Ley 610 de 2000.

2.1. La responsabilidad fiscal tiene carácter resarcitorio, su único fin consiste en reparar el patrimonio público que ha sido menguado por servidores públicos o particulares que realizaron una gestión fiscal irregular, dicho de otra forma, su finalidad es meramente indemnizatoria. Esto la distingue de las responsabilidades penal y disciplinaria: se trata de una responsabilidad que no tiene carácter sancionatorio. La responsabilidad fiscal no pretende castigar a quienes han causado un daño patrimonial al Estado sino que busca resarcir o reparar dicho daño.

En este mismo orden de ideas es una responsabilidad independiente de la disciplinaria y la penal. Por ello, una misma conducta puede dar origen a los tres

tipos de responsabilidad —fiscal, penal y disciplinaria—. La penal y la disciplinaria tienen un propósito concreto: castigar determinadas conductas que se consideran socialmente reprochables. La responsabilidad fiscal por el contrario sólo busca que el patrimonio público permanezca indemne. El propósito es indemnizatorio: quienes han causado un detrimento patrimonial al erario deben repararlo.

De acuerdo con lo anterior, la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Sólo en el evento de que se reúnan estos tres elementos puede endilgarse responsabilidad fiscal a una persona. (Concepto Jurídico No.0070-A, de 15 de enero de 2001).

El artículo 6º de la Ley 610 de 2000, define: Daño patrimonial al Estado. 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, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa 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 las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

2.2. En relación con los temas de: Daño emergente y lucro cesante, esta Oficina ha sostenido lo siguiente:

El daño patrimonial al Estado, como su nombre lo indica, es un fenómeno de carácter estrictamente pecuniario o económico: consiste en la pérdida de recursos por parte del Estado. Es el empobrecimiento del erario. De esta forma, dentro de la tipología de los perjuicios podemos establecer que el daño patrimonial al Estado es un perjuicio material —quedando excluida la posibilidad de que exista un perjuicio inmaterial—. Por lo tanto es necesario examinar las dos formas en que pueden presentarse los perjuicios materiales: daño emergente y lucro cesante.

Para empezar precisemos el significado de ambos tipos de daño: «hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del

patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.» La diferencia entre ambos conceptos radica en que mientras el daño emergente es el «egreso patrimonial», el «desembolso», el lucro cesante es el «no ingreso patrimonial», el «no embolso», la «perdida sufrida», la «ganancia frustrada».

Debe además precisarse que tanto el daño emergente como lucro cesante pueden ser pasados o futuros. Esto es importante tenerlo en cuenta puesto que es una confusión común entre los abogados el identificar el daño emergente con el daño pasado y el lucro cesante con el daño futuro cuando en realidad cada uno de ellos puede ser tanto futuros como pasados. «Por lo tanto, es inexacto identificar el daño emergente con los perjuicios pasados y el lucro cesante con los futuros, pues uno y otro pueden gozar de ambas características».

La Ley 610 al definir el «daño patrimonial al Estado» usa términos como «lesión» o «perjuicio» que son lo suficiente amplios para comprender el daño emergente y el lucro cesante. Además, si la ley no distingue entre daño emergente y lucro cesante lo correcto es remitirnos a los principios generales de las obligaciones que nos dicen que todo daño, perjuicio o lesión está conformado tanto por el daño emergente como por el lucro cesante. Ambos son lesiones o perjuicios que deben ser indemnizados por quien los causa y no existe actualmente ninguna razón que permita desligar el uno del otro.

Debe entonces, cada vez que se encuentre un posible «daño patrimonial al Estado» examinarse si con la actuación de la administración el Estado ha sufrido un egreso patrimonial o ha dejado de percibir un ingreso. Hay que ser muy cuidadosos al analizar los hechos para examinar si el Estado ha realizado desembolsos que de otra forma no habría tenido que hacer o ha dejado de percibir recursos que de otra forma hubiese percibido. En la medida en que se presente cualquiera de las dos situaciones podemos decir que se ha causado un daño patrimonial al Estado.

En síntesis, el daño patrimonial al Estado es estrictamente un daño material —no puede ser de tipo moral— que se articula en daño emergente y lucro cesante. En varios pronunciamientos el Consejo de Estado señaló que a las contralorías correspondía determinar el daño emergente y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el lucro cesante.

### 2.3. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL – OPERATIVIDAD- LEYES 42 DE 1993 Y 610 DE 2000

Para efectos de ilustrar la operatividad de la caducidad, para aquellos hechos que ocurrieron antes de entrar en vigencia la Ley 610 de 2000, señalamos lo expresado por el Consejo de Estado en Providencia del 5 de agosto de 1999, sobre el tema de la caducidad.

*"No debe olvidarse que el concepto de caducidad implica que la acción no puede iniciarse, que no hay vocación para adelantarla, y naturalmente, que no hay competencia para ello. O sea, que cualquier actuación de ese orden que realice la administración cuando ya haya transcurrido el término de caducidad deviene nula e ilegal".*

Igualmente es procedente indicar que la Corte Constitucional analizó la caducidad de la acción fiscal bajo dos presupuestos, el fenecimiento de la cuenta y el levantamiento del mismo por la aparición de hechos nuevos, ocultados dolosamente al ente de control.

Ahora bien, habida cuenta que la Sentencia C-046/94 hizo transito a cosa juzgada constitucional, bajo esta perspectiva, para los hechos ocurridos en vigencia de la Ley 42 de 1993 debe acogerse lo expuesto en la citada Sentencia, aplicándose para este efecto la tesis expuesta por la Corte en lo relacionado al fenecimiento de la cuenta y al levantamiento del mismo.

En otras palabras, se considera que debe realizarse un análisis de cada caso en particular y establecer el momento en que fue expedido el finiquito de la cuenta de acuerdo a lo determinado por el Contralor General de la República en la Directiva CGR-0001-2000. Analizarse también si se trata de hechos nuevos, caso en el cual debe levantarse el fenecimiento de la cuenta.

Antes de entrar en vigencia la ley 610 de 2000 (18 de Agosto de 2000), la caducidad de la acción fiscal es de dos años contados a partir del acto de fenecimiento de la respectiva cuenta, es decir, si al entrar en vigencia la nueva ley, han transcurrido dos años a partir del fenecimiento de la cuenta, la acción fiscal ha caducado por tanto no se puede abrir proceso.

En el Artículo 9º de la nueva ley (610 de 2000), consagra el fenómeno jurídico de la caducidad con elementos diferentes a los planteados por la Corte Constitucional. En efecto, en el nuevo ordenamiento se supedita la operancia de la caducidad a la

ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público; obsérvese que la norma cualificó los hechos circunscribiéndolos al acaecimiento del daño al erario.

Luego puede ocurrir que la administración realice ciertas actuaciones y tiempo después se genere el daño, ejemplo de ello puede darse en la contratación estatal, en la cual el contrato es celebrado en una fecha y el daño al Estado se produce en la ejecución del contrato, bien sea en el giro del anticipo, en la entrega del bien o servicio, caso en el cual el término de la caducidad debe empezar a contarse en el momento de producido el hecho generador del daño y no de la suscripción del contrato.

En cuanto al término tal como lo establece el Artículo 9º de la Ley 610 de 2000, es de cinco años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño para los actos instantáneos, es decir cuya consumación se produce de una sola vez, la caducidad se cuenta a partir de su realización, pero para aquellos actos denominados complejos, o cuya ejecución se prolongan en el tiempo, la misma se cuenta a partir del último hecho o acto. (Concepto Jurídico No. 3327 de diciembre 5/00).

Es de mérito señalar que, en virtud de ser la Oficina Jurídica una Dependencia Asesora, de conformidad con el Artículo 43 del Decreto Ley 0267 de 2000, el presente concepto no compromete su responsabilidad, ni será de obligatorio cumplimiento o ejecución en consonancia con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

Me suscribo de usted, cordialmente,

ALBA CELEMIN DE ROSALES  
Directora Oficina Jurídica

Copia: *Doctor Daniel Mera Villamizar, Secretario Privado, Contraloría General de la República.*

Proyectó: *Gloria Andeotti Caro.*

Revisó: *Ana Lilia Sotelo Espitia, Coordinadora de Gestión (E).*

NR. *1495-01/Gloria A.*