



CGR-OJ- _____ - 009 - 2019
80112 -

Bogotá D.C.,

Doctora
CLAUDINE PATRICIA ÁLVAREZ ISAZA
Contralora Provincial
Gerencia Departamental Colegiada de Córdoba
Contraloría General de la República
claudine.alvarez@contraloria.gov.co

Referencia: Radicado Interno: 2018ER0132876 del 18/12/18
Tema: RESARCIMIENTO DEL DAÑO FISCAL - Obligaciones dinerarias -
Indexación. Contrato de obra.

Respetada doctora Claudine,

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la consulta citada en la referencia¹, donde plantea los siguientes interrogantes:

1. Antecedentes

Contexto: Dentro de la IP el informe técnico señala que continúan presentándose fisuras en las nueve secciones señaladas en el informe de auditoría, fallas en muro de cerramiento. Dentro del PRF, en otro informe técnico consta que se hicieron reforzamientos estructurales y hay buenas condiciones de calidad. En Grado de Consulta se revoca la decisión de archivo adoptada dentro del PRF, aduciendo no haber indexado el daño.

Pregunta la peticionaria:

“Procede la revocatoria en este caso, cuando el muro de cerramiento fue reparado como lo indica el ingeniero? No está implícita, la indexación con la compra de los materiales utilizados, a valor presente?

Teniendo en cuenta que la indexación está prevista en el artículo 53 cuando se está frente a un Fallo con Responsabilidad, procedería la revocatoria de la decisión tomada por esta Gerencia Colegiada”.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: “Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción”.

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución² ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*³, así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*⁶ y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*⁷.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁸, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

Esta Oficina se ha pronunciado sobre temas relacionados con el que constituye la materia de consulta mediante Conceptos tales como el 203 de 2016, sobre la reparación del daño patrimonial en contrato de obra, o el 027 de 2016, sobre la

² Art. 25 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

³ Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

⁷ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

⁸ Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

indexación, los cuales podrá consultar en el aplicativo SINOR (Normatividad y Relatoría) en la página institucional: www.contraloria.gov.co.

4. Consideraciones jurídicas

Se reitera que esta Oficina, no estudia casos particulares, solo ofrece lineamientos que pueden orientar al operador jurídico para que con autonomía e independencia y con pleno conocimiento de la situación concreta adopte las decisiones pertinentes. Por esta razón, no se pronunciará respecto de si procede o no la revocatoria en el caso objeto de consulta, lo cual implica un análisis concienzudo de cada una de las causales de ley a la luz de las decisiones que se hayan proferido dentro del respectivo proceso de responsabilidad fiscal. A continuación se hacen algunas precisiones sobre cómo se entiende reparado o resarcido el daño fiscal y sobre el concepto de indexación.

Problema jurídico: Cómo se puede reparar el daño fiscal? Cuándo procede la indexación en la reparación del daño fiscal?

Señala el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, lo siguiente:

“Artículo 4. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal 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. (...)”.

De la lectura de la norma se establece claramente que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad eminentemente resarcitoria, razón por la cual, resulta pertinente hacer referencia a cómo puede repararse el daño ocasionado al patrimonio público. Sobre esto, la Corte Constitucional⁹, ha señalado lo siguiente:

“El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite.”¹⁰ Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). A lo cual se suma la indexación correspondiente, que

⁹ Corte Constitucional. C - 840 de 2001. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C., 9 de agosto de 2001.

¹⁰ Sentencia C-197 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell

para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610.

Pues bien, si como ya se dijo, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda.

Así las cosas, "el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa."¹¹ (Subrayado fuera de texto).

El extracto jurisprudencial, muestra una de las formas de reparación del daño y consiste en fijar una indemnización que incluye el daño emergente y el lucro cesante, suma de dinero que a todas luces deberá ser indexada, es decir, traerla a valor presente. Sobre la noción de indexación, ha dicho la Corte Constitucional, lo siguiente:

"La indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, de aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada (...)

Tal actualización se lleva a cabo mediante distintos mecanismos, los cuales permiten la revisión y corrección periódica de las prestaciones debidas, uno de los cuales es la indexación.

La indexación ha sido definida como un "*sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.*"¹².

De lo anterior, se puede concluir que la indexación se predica respecto de sumas de dinero, luego tendrá lugar la aplicación de este cálculo cuando se pretenda resarcir el daño fiscal mediante el pago de la cuantía estimada por parte del órgano de control fiscal.

No es dable hablar de indexación implícita, como lo hace la peticionaria, toda vez que cuando se adeuda una suma de dinero, debe recurrirse a un criterio objetivo para que la misma sea traída a tiempo presente, tal como lo prevé el artículo 53 cuando señala

¹¹ Op. Cit. Sentencia SU 620 de 1996.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-007/13 M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., 18 de enero de 2013.

que la actualización debe hacerse con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el momento que corresponda¹³.

Sin embargo, el pago de una suma de dinero por parte del responsable fiscal no es la única forma de reparación del daño. Concretamente sobre los contratos de obra, resulta pertinente traer a colación un extracto del Concepto 203 de 2016, expedido por esta Oficina, donde se dijo lo siguiente:

“(…) Es importante precisar entonces que en el caso de los contratos de obra si se ha abierto proceso de responsabilidad fiscal y posterior a ello el contratista ha realizado la obra completa y en debida forma y se allega al proceso prueba de la reparación integral, habrá de analizarse el momento procesal para efectos de dictar la providencia que en derecho corresponda tendiente a la exoneración de responsabilidad fiscal.

De no ser así y llevarse el proceso hasta su culminación, el responsable fiscal deberá proceder de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de la ley 610 de 2000 que es pagar una suma líquida de dinero. (…)”.

Se establece pues la posibilidad de que el responsable fiscal repare el daño adelantando la obra que dio origen a la vigilancia fiscal de tal manera que para el afectado sea como si el perjuicio nunca hubiera tenido lugar. Lo importante es que el contratista asuma la totalidad de la obligación sin que el perjudicado haya tenido que incurrir en erogación alguna.

En cuanto al momento en que debe efectuarse el resarcimiento del daño, el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, es claro en señalar que en cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal se procede al archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse *al aparecer demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente*.

Por su parte el artículo 47, dispone que habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se acredite el *resarcimiento pleno del perjuicio*.

En concordancia con estos artículos se encuentra el 111 de la Ley 1474 de 2011, el cual consagra que únicamente procede la terminación anticipada de la acción fiscal cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada.

5. Conclusiones

La finalidad de la responsabilidad fiscal es resarcitoria, es decir, que lo importante es conseguir la reparación del daño causado al patrimonio público, lo cual puede hacerse mediante el pago de una indemnización que incluya el daño emergente, el lucro

¹³ Al respecto se puede consultar el Concepto 027 de 2016, radicado 2016EE0029906 del 9 de marzo de 2016.

cesante, y que dicha suma sea debidamente indexada. La indexación debe hacerse en los términos del artículo 53 de la Ley 610 de 2000 y se predica respecto de obligaciones dinerarias. Si se trata de un contrato de obra, se puede reparar el daño construyendo lo pactado.

Lo relevante en el escenario de la responsabilidad fiscal es tratar de regresar las cosas al punto donde se encontraban antes de ocasionar el daño, como si no hubiera tenido lugar, siempre y cuando sea el responsable quien asuma en su totalidad la deuda y el afectado no haya incurrido en erogación alguna.

Cordialmente,



JULIÁN MAURICIO RUIZ RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Erika Cure 
Revisó: Pedro Pablo Padilla 
Radicado: 2018ER0132876
TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos