

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Grado de consulta / GRADO DE CONSULTA – Competencia para resolverlo / FALLO – Cuando ocurre su revocatoria corresponde al mismo superior proferir la nueva decisión / CONTRALORÍA MUNICIPAL – Ejerció su competencia de manera incompleta al revocar el fallo y remitir a otra dependencia para dictar el de reemplazo / ACTO ADMINISTRATIVO – Expedido sin competencia

El grado de consulta es el mecanismo creado por el legislador para que, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, el superior de quien profiere una decisión que consista en el archivo, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, la modifique, confirme o revoque. En esta perspectiva resulta evidente que el competente para resolver el grado de consulta es el superior jerárquico o funcional de quien profirió la decisión. [...] Esta interpretación coincide plenamente con el postulado legal que regula la figura en comento, cuando establece de manera clara y perentoria que “el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico”, para que éste, dentro del mes siguiente profiera la respectiva decisión. Se debe tener en cuenta que la competencia constituye la capacidad jurídica que se obtiene por ministerio de la ley para cumplir una función administrativa, esto es, “la cantidad de potestad que tiene un órgano administrativo para dictar un acto”, lo cual es, a su vez, elemento esencial del acto administrativo y manifestación del principio de legalidad. Siguiendo esta línea de pensamiento la Sala encuentra que la competencia para resolver el grado jurisdiccional de consulta en el caso concreto estaba en cabeza de la Contralora Municipal y no de la Dirección de Responsabilidad Fiscal, dado que el acto objeto del aludido mecanismo había sido proferido por esta última. [...] El vicio de competencia es evidente, el proceder adecuado en el trámite administrativo consistía en que el superior jerárquico (Contralor) revocara el fallo sin responsabilidad fiscal y ella misma expidiera un nuevo fallo, este si declarando la responsabilidad de la actora.

FALTA DE COMPETENCIA – Vicio insubsanable / VIA JUDICIAL – Se pueden introducir nuevos o distintos argumentos de los alegados en sede administrativa. Procedencia / HECHOS NUEVOS - Invocación de argumentos nuevos frente a los señalados en vía gubernativa. Procedencia /

De igual manera resulta inaceptable la consideración según la cual la falta de competencia no fue alegada en sede administrativa y por tal motivo el vicio fue subsanado. Al respecto la Sala debe ser enfática en señalar que la falta de competencia denota la carencia de un elemento esencial del acto que lo vicia de tal forma que impide su convalidación o subsanación. Esto, como quiera que el acto fue producto del ejercicio arbitrario de una función toda vez que la administración no tenía la atribución legal para manifestar su voluntad, lo cual no puede ser saneado por el hecho de que la actora no haya alegado la falta de competencia en sede administrativa. Ahora, si lo que sugiere el apelante es que la falta de competencia no fue alegada en sede administrativa y por tanto no podía ser expuesta como cargo de la demanda, el argumento no puede ser de recibo ya que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido prolija en señalar que al actor puede introducir, en vía judicial, ARGUMENTOS nuevos o distintos a los que esgrimiera ante la administración. Lo que se encuentra vedado, es traer HECHOS nuevos que no fueron puestos de presente en vía gubernativa. En lo relativo a que la actora gozó de las garantías procesales establecidas ya que interpuso los recursos de vía gubernativa, se tiene que esto no conduce a desvirtuar el vicio de falta de competencia por el cual el Tribunal decidió declarar la nulidad de los actos acusados. En esa medida el argumento no es idóneo para enervar las

consideraciones tenidas en cuenta por el Tribunal en primera instancia en tanto que propugna explicar que a la actora se le garantizó el debido proceso, más no que el acto haya sido proferido por funcionario competente.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Presupuestos: certeza del daño

Sea lo primero señalar que el carácter cierto del daño es una de las condiciones de su existencia. Se opone al daño cierto y no da lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, aquel que es eventual, hipotético, estocástico o aleatorio. Este presupuesto de la responsabilidad (que el daño sea cierto) ha merecido ser puntualizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia debido a ciertas circunstancias casuísticas que lo ameritan, ora para evitar la indemnización de daños eventuales, ora para evitar absoluciones injustas. En tal sentido es necesario diferenciar la situación que se presenta cuando la cuantía del perjuicio es incierta. En estos eventos se parte de que el daño es cierto y está probado, pero no existen elementos para determinar el *quantum* de la indemnización, lo que conduce a que se declare la responsabilidad y se defina el monto de la indemnización a través de indicios y presunciones aplicadas *arbitrio iuris* o mediante un incidente de liquidación de perjuicios según sea el caso.

DAÑO CONSOLIDADO – Concepto / DAÑO NO CONSOLIDADO – Concepto / PERDIDA DE OPORTUNIDAD – Parámetros para establecerla / CARGA DE LA PRUEBA – La demandante no demostró que de no haberse proferido el acto que la declaró fiscalmente responsable ella habría continuado ejerciendo su profesión como servidora pública. Niega reconocimiento de indemnización

También habrá que distinguirse entre el daño consolidado (daño presente) y el daño no consolidado (daño futuro). El primero de ellos hace referencia “al daño que ya se ha producido, y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en que se considera el nacimiento de la responsabilidad”. Por su parte, el daño no consolidado es aquel que sobrevendrá o aparecerá dado que el estado de cosas actuales se prolongará aún después de que el juez declare la responsabilidad. El daño futuro es el que mayores dificultades ofrece para efectos de determinar su certeza, como quiera que no se ha agotado sino que, al contrario, vendrá en un devenir sin sobresaltos mayores. A efectos de delimitar el concepto y permitir establecer con cierto grado de certidumbre si el daño debe ser o no reparado, se ha diferenciado entre los daños no consolidados que surgen a partir de situaciones existentes de aquellos que encuentran su génesis en situaciones inexistentes. Los daños no consolidados que surgen a partir de situaciones existentes son aquellos que surgen de una circunstancia acaecida por la ocurrencia del hecho dañino y prolongan sus efectos en el tiempo. El Juez, ante la presencia de un daño de este tipo verificará la certeza de su prolongación en el tiempo y de comprobarla ordenará la correspondiente indemnización. [...] En lo concerniente al perjuicio no consolidado a partir de situaciones inexistentes, también llamado pérdida de oportunidad, se debe señalar que, al contrario de lo que ocurre en los daños futuros que parten de situaciones existentes, al juez le corresponde pronunciarse a partir de hechos que habrían de producirse de no haber ocurrido el hecho dañino. Como puede advertirse fácilmente, se trata de establecer si es dable indemnizar a la víctima dado que ésta perdió la oportunidad de conseguir una ventaja. La problemática que plantea la pérdida de oportunidad está en el componente aleatorio que hace incierto el resultado final, esto es, la incertidumbre que encierra saber si la víctima habría conseguido o no la ventaja frustrada.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el grado de consulta Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil concepto de 4 de agosto de 2003, Radicación: 1497, C.P.

Flavio Augusto Rodríguez Arce; en relación con la posibilidad de introducir nuevos argumentos en la vía judicial ver de la Sección Primera sentencias de 7 de octubre de 2007, Radicación 2004 01088, C.P. María Elizabeth García González y de 13 de marzo de 2003, Radicación 7899, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; con respecto a los parámetros para determinar la pérdida de oportunidad se cita de la Sección Tercera la sentencia de 21 de marzo de 2012, Radicación 1998-00003-01(19755).

CAPACIDAD PARA SER PARTE – Es diferente de la capacidad para obrar / ENTIDADES PUBLICAS – Están dotadas de capacidad de parte y capacidad de obrar / CONTRALORIAS TERRITORIALES - Capacidad para comparecer al proceso sin que se requiera demandar también al respectivo departamento o municipio / EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – Probada respecto al municipio de Armenia

El legislador fue claro en disponer que toda entidad que cumpla una función pública tiene capacidad tanto para ser parte como para obrar en los procesos que se ventilen ante esta Jurisdicción. En tal sentido la existencia de personería jurídica para comparecer directamente al proceso deviene en un condicionamiento adicional no contemplado por la ley, ya que esta se limitó a exigir que la entidad cumpliera una función específica catalogada como pública sin imponer otro tipo de requerimiento. En otras palabras, fue el legislador quien, en ejercicio de sus facultades constitucionales, otorgó capacidad de parte y de obrar a cualquier entidad pública. La lógica impuesta por el artículo 149 del CCA es plenamente consecuente con la realidad de la administración pública en la cual la personería jurídica no se erige como un atributo esencial para contraer obligaciones y comprometer la responsabilidad por parte de quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función administrativa, de ahí que en nuestro derecho administrativo se acepte la existencia de entidades públicas con y sin personería jurídica. Bajo esta perspectiva la Sala no duda que la posición jurisprudencial debe ser cambiada y asumir desde ya que las contralorías territoriales, si bien no tienen personería jurídica propia, gozan de capacidad para ser parte y capacidad para obrar en los procesos contencioso administrativos ya que así lo dispuso expresamente el artículo 149 del CCA modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998. En tal sentido, la Sala revocará la decisión del a quo que negó la excepción propuesta por el municipio de Armenia y en su lugar la declarará probada.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la capacidad de las contralorías territoriales para comparecer al proceso la Sección Primera se pronunció en la sentencia de 2 de julio de 2015, Radicación 15001-23-31-000-2002-00392-01, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 18 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 149

NORMA DEMANDADA: No aplica

SÍNTESIS DEL CASO: Se demandan, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las resoluciones 097 de 20 de septiembre de 2007, 001-002 de 19 de diciembre de 2007 y 090 de 10 de julio de 2008, por medio de las cuales la Contraloría Municipal de Armenia declaró fiscalmente responsable a la señora Marta Inés Martínez Arias, en su calidad de directora del Departamento Jurídico de las Empresas Públicas de Armenia. El Tribunal Administrativo del Quindío accedió a las pretensiones de la demanda, decisión revocada parcialmente por la Sala en cuanto declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el municipio de Armenia, y en

su lugar declararla probada; y para exonerar a la Contraloría de Armenia del pago de los salarios dejados de percibir por la actora.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01

Actor: MARTA INÉS MARTÍNEZ ARIAS

Demandado: MUNICIPIO DE ARMENIA – CONTRALORÍA MUNICIPAL DE ARMENIA

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 3 de febrero de 2011, mediante la cual declaró la nulidad de las resoluciones 097 de 20 de septiembre de 2007, 001-002 de 19 de diciembre de 2007 y 090 de 10 de julio de 2008, por medio de las cuales se declaró fiscalmente responsable a la señora MARTA INÉS MARTÍNEZ ARIAS, y se ordenó restablecer el derecho, condenar al pago de perjuicios causados a las entidades demandas y negó las demás pretensiones de la demanda.

1. La demanda

La parte actora, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del CCA, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Quindío planteando las siguientes,

1. 1. Pretensiones:

1.1.1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 097 de 20 de septiembre de 2007 proferida por la Contraloría Municipal de Armenia, mediante la cual se revocó el fallo 001 de 20 de junio de 2007 y en su lugar declaró fiscalmente responsable a la señora MARTA INÉS MARTÍNEZ ARIAS.

1.1.2 Que se declare la nulidad de la Resolución No. 001-002 (fallo con responsabilidad fiscal) de 19 de diciembre de 2007 proferido por la Directora de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Armenia.

1.1.3. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 090 de 10 de julio de 2008 por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación en contra del fallo con responsabilidad fiscal No 001-002 de 19 de diciembre de 2007.

1.1.4.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y título de restablecimiento del derecho, se ordene borrar el nombre de la demandante del Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República y del Sistema de Información y Registro de Actuaciones y Causas de Inhabilidad "SIRI" de la Procuraduría General de la Nación.

1.1.5.- Que se ordene la terminación y cancelación del proceso de jurisdicción coactiva seguido en contra de la actora y el consecuente levantamiento de las medidas cautelares que pesen en su contra.

1.1.6.- Que se declare que parte del área (SIC) del terreno y de construcción del predio expropiado no han sido evaluadas ni pagadas por la entidad expropiante.

1.1.7.- Que se indemnicen el lucro cesante sufrido por la demandante por valor de diez millones de pesos (\$10'000.000) en razón de lo meses que no pudo ejercer cargo o empelo público ni contratar con el Estado mientras estuvo vigente el fallo con responsabilidad fiscal. Asimismo que se indemnice por daño emergente la suma de ciento ochenta y cinco millones ochocientos setenta y ocho mil doscientos noventa y nueve pesos (\$185'878.299) y los perjuicios morales por valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, indemnización que deberá ser integral conforme lo dispone la Ley 446 de 1998.

1.1.8.- Que se condene en costas a la parte demandada.

1. 2. Los hechos que le sirven de fundamento

1.2.1. Mediante escrito de 7 de marzo de 2007, el señor CÉSAR AUGUSTO MEJÍA URREA denunció presuntas irregularidades al interior de las Empresas Públicas de Armenia, específicamente en lo relacionado con la compra de un predio en el municipio de Salento.

1.2.2. Conocida la denuncia, la Contraloría Municipal de Armenia inició proceso de responsabilidad fiscal contra la actora en su calidad de directora del Departamento Jurídico de las Empresas Públicas de Armenia.

1.2.3. Dentro de la etapa probatoria adelantada en el juicio de responsabilidad fiscal, la señora MARTÍNEZ ARIAS aportó los avalúos realizados por la Lonja de Propiedad Raíz del Quindío y de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, el primero de los cuales otorgó un valor al metro cuadrado de cuarenta y cuatro mil pesos \$44.000 y el segundo, por su parte, un valor de veinticuatro mil novecientos treinta pesos \$24.930.40.

1.2.4.- Posteriormente, la Contraloría decidió imputar cargos a título de culpa leve a la señora MARTÍNEZ ARIAS y a la servidora pública MARÍA CRISTINA MARÍN RANGEL, solidariamente, por la supuesta violación del Decreto 1420 de 1998.

1.2.5.- El 20 de junio de 2007, la Contraloría profirió el fallo sin responsabilidad fiscal No. 001 absolviendo a la actora por considerar que con su actuar no había desconocido lo ordenado en el Decreto 1420 de 1998.

1.2.6.- El fallo sin responsabilidad fiscal fue sometido a consulta y en ella se decidió, mediante la Resolución No. 097 de 20 de septiembre de 2007, revocar el fallo absolutorio 001 de 2007 y ordenar a la Dirección de Responsabilidad Fiscal proferir fallo declarando la responsabilidad de la demandante a título de culpa grave, en vista de que con su actuar violó no sólo el Decreto 1420 de 1998, sino también la Ley 9 de 1998 y el Decreto 891 de 2002.

1.2.7.- Como consecuencia de lo anterior, el proceso de responsabilidad fue devuelto a una persona distinta a la que había proferido el fallo de primera instancia, quien expidió la decisión 001-002 declarando fiscalmente responsable a la demandante en la suma ciento ochenta y cinco millones ochocientos setenta y ocho mil doscientos noventa y nueve pesos \$185'878.299, por cargos distintos a los que le fueron imputados, esto es, por vulnerar la Ley 56 de 1981 y el artículo 54 de la Ley 142 de 1994, decisión que fue confirmada al resolver el recurso de apelación mediante Resolución No. 090 de 10 de junio de 2008.

1.3. Las normas violadas y el concepto de la violación

1.3.1.- La parte actora señaló que los actos acusados se expidieron en contradicción de lo dispuesto en los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 90, 209 y 268 de la Constitución Política, así como de las leyes 610 de 2000, 142 de 1994, 9 de 1989, 80 de 1993, 42 de 1993, 678 de 2001, y de los decretos 1420 de 2000, 891 de 2002 y del Acuerdo 029 de 2000 “por medio del cual se adopta el manual de contratación de las Empresas Públicas de Armenia E.S.P.” y el 06 de 2004 “por medio del cual se modifica y adiciona parcialmente el manual de contratación de las Empresas Públicas de Armenia E.S.P.”

1.3.2.- Desarrollado el concepto de la violación, la parte actora expuso que la actuación administrativa es contraria a las disposiciones que gobiernan la responsabilidad fiscal dado que fue declarada responsable fiscalmente a pesar de que, por la naturaleza de su cargo y las funciones a ella encomendadas, no tenía el carácter de gestor fiscal. En tal sentido aseveró que no tuvo injerencia alguna en la negociación con el vendedor del predio ni determinó la fijación del precio.

1.3.3.- Señaló que la condición de gestor fiscal es necesaria para efectos de imputar responsabilidad fiscal y esta sólo se adquiere en los precisos eventos señalados por la ley, sin que sea predique de todos los servidores públicos. Al respecto asegura que el cargo de Jefe de la Oficina Jurídica de las Empresas Públicas de Armenia no tiene funciones que generen gestión fiscal excepto cuando se debe ordenar gasto, lo cual sólo es posible cuando medie expresa delegación del Gerente, lo que no ocurrió mientras ella ostentó el cargo.

1.3.4.- Cuestionó que, en el proceso de responsabilidad fiscal, se concluyó, sin ningún tipo de soporte probatorio, que el avalúo realizado por la Sociedad Colombiana de Arquitectos era incorrecto.

1.3.5.- Calificó de irregular el hecho de que la autoridad que conoció en grado de consulta el fallo absolutorio y decidió revocarlo, remitiera la actuación al inferior cuando lo correcto era haber proferido la correspondiente decisión, incurriendo en una causal de nulidad por falta de competencia.

1.3.6.- Expuso que su conducta no podía ser calificada como gravemente culposa dado que se limitó a cumplir las indicaciones dadas por el Gerente de la entidad, esto es, encargar a la Sociedad Colombiana de Arquitectos que hiciera el avalúo del inmueble, a más de los perjuicios que ha sufrido por la que considera una injusta condena, dado que como consecuencia de su imposición

se ha visto obligada a no ejercer ningún cargo público ni a contratar con el Estado.

1.3.7.- Finalmente argumentó que los actos cuestionados impusieron una condena solidaria cuando lo procedente, de conformidad con la ley, era individualizar la condena para cada uno de los implicados según su grado de participación en los hechos que dieron origen a la investigación.

2.- Contestación de la demanda.

Vencido el término para contestar la demanda, dieron respuesta a ella el Municipio de Armenia y la Contraloría Municipal de Armenia en los términos que se resumen a continuación.

2.1.- El Municipio de Armenia

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva como quiera que, según su criterio, dicha legitimación se encuentra en cabeza, de manera exclusiva, de la Contraloría Municipal que debe comparecer al juicio a través del Contralor General de la República.

2.2.- Contraloría General de Armenia

2.2.1.- Se opuso a las pretensiones de la demanda bajo la consideración de que el grado de consulta se ajustó al trámite establecido en la ley 610 de 2000.

2.2.3.- Aseguró que en el expediente administrativo consta que en el proceso de responsabilidad fiscal se acreditó suficientemente el detrimento patrimonial sufrido y su atribución a la demandante.

2.2.4.- Advirtió que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido prolija en señalar que el único acto que puede ser controvertido judicialmente es el que declara la responsabilidad fiscal, posición jurisprudencial que desconoce la parte demandante ya que demanda todos los actos proferidos en el proceso de responsabilidad fiscal.

3.- La sentencia recurrida

El Tribunal Administrativo del Quindío mediante providencia de 3 de febrero de 2011 declaró la nulidad de los actos acusados, ordenó el restablecimiento del derecho de la actora y la reparación del lucro cesante, y negó las demás pretensiones de la demanda, todo con fundamento en las siguientes consideraciones:

3.1.- Que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Armenia no estaba llamada a prosperar porque la personería jurídica es un atributo que se adquiere por expresa disposición de la ley. En consecuencia, y como quiera que no existe disposición legal que le otorgue personería jurídica a la Contraloría Municipal, es la entidad territorial quien se encuentra legitimada en la causa para comparecer al proceso.

3.2.- Que a la luz de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 la demandante sí cumplía una gestión fiscal teniendo en cuenta que la labor de Jefe de la Oficina Jurídica se enmarca dentro de los roles de la administración que pueden ser tenidos como una gestión que afecte el patrimonio público.

3.3.- Que el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 consagra el grado de consulta para los procesos de responsabilidad fiscal en lo relacionado con los eventos en los cuales procede, el funcionario competente para resolverlo y el término para ello. En consecuencia, en los demás aspectos no regulados se debe acudir a lo dispuesto en el C.C.A. que sobre el particular señala que el funcionario encargado de resolverlo es el superior de quien profirió la decisión de primera instancia.

3.4.- Que en el proceso de responsabilidad fiscal seguido contra la actora, la Contraloría adoptó un procedimiento irregular al resolver el grado de consulta ya que ordenó revocar el fallo y ordenar a la primera instancia dictar fallo con responsabilidad fiscal.

3.5.- Que en vista de lo anterior, la Dirección de Responsabilidad Fiscal no era competente para proferir un nuevo fallo toda vez que dicha dependencia ya se había pronunciado absolviendo a la demandante mediante fallo 001 de 20 de junio de 2007. En tal orden, la decisión que se adoptara en grado de consulta debía ser proferida por el superior jerárquico de la Dirección de Responsabilidad Fiscal.

3.6.- Que la irregularidad anotada vicia de nulidad los actos acusados por estar debidamente probadas las causales de falta de competencia y violación al debido proceso.

3.7.- Que en relación con la indemnización de perjuicios morales, se advierte la carencia de material probatoria que denote que estos se hayan causado.

3.8.- Que respecto el lucro cesante, este fue plenamente acreditado. Sostuvo que si bien no se probó cuánto devengaba la actora al momento de ser incluida en el Boletín de Responsables Fiscales, resulta posible determinar el promedio de los salarios devengados por la actora cuando se desempeñó en el sector público entre los años 1999 a 2007 con una reducción del 30%, ya que si bien le era imposible continuar en el sector público, no lo era ejercer su profesión en otros sectores, dando como resultado la suma de dos millones tres mil noventa y seis pesos \$2'003.096 mensualmente, suma que deberá ser ajustada aplicando la consabida fórmula de $R=RH II/IF$.

3.9.- Que el daño emergente no fue probado en el presente asunto habida cuenta de que se omitió acreditar el pago de la condena impuesta por la entidad demandada.

4.- El recurso de apelación

Estando dentro de la oportunidad legal correspondiente, la Contraloría Municipal de Armenia y el Municipio de Armenia interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo, planteando su inconformidad en los siguientes términos:

4.1. La Contraloría de Armenia

4.1.1.- Que si bien es cierto la Resolución No. 097 de 20 de septiembre de 2007, por la cual se surtió el grado de consulta, ordenó remitir el expediente a la Dirección de Responsabilidad Fiscal para que profiriera fallo con responsabilidad fiscal, también lo es que la decisión principal, esto es, la de revocar el fallo de primera instancia que absolvió fiscalmente a la actora, también fue adoptada en dicho acto, decisión que fue tomada por funcionario competente.

4.2.2- Que no existió violación alguna al debido proceso como quiera que la implicada en el proceso tuvo la oportunidad de interponer los recursos correspondientes. Al respecto resalta que la señora MARTÍNEZ ARIAS, estando en sede administrativa, nunca alegó la falta de competencia, de manera tal que la supuesta irregularidad quedó subsanada.

4.2.3.- Que no se probó en el proceso el lucro cesante sufrido por la actora, en especial porque la certeza de su ocurrencia no fue debidamente acreditada a pesar de que es exigible de que el daño sea real, actual y debidamente probado. Señala que la actora debió probar y no los hizo, que entre la fecha de inclusión en el boletín de responsables fiscales y la de su exclusión del mismo no pudo ejercer cargo público alguno o contratar con el Estado.

4.2.4.- Finalmente aduce que de haberse causado algún perjuicio, el año a tener en cuenta para liquidar la indemnización es el 2008 ya que a partir de este año fue que se incluyó a la demandante en el boletín de responsables fiscales, a lo que se suma que es impropio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho liquidar mes a mes la suma determinada a título de lucro cesante.

4.3.- El municipio de Armenia

Que en atención a lo dispuesto en la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, en este caso la parte demandada sólo debe estar constituida por la respectiva contraloría territorial y no por el municipio, ya que constituyen entidades y personas distintas.

5.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia

Estando dentro de la oportunidad legal correspondiente, la Contraloría Municipal de Armenia alegó de conclusión exponiendo los mismos argumentos esgrimidos en el recurso de apelación.

El municipio de Armenia no alegó de conclusión según se desprende del informe secretarial que obra a folio 27 del cuaderno No. 2.

6. - Concepto del Ministerio Público

No hubo pronunciamiento del Ministerio Público en esta causa.

7.- Decisión

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir los recursos de apelación presentados, previas las siguientes,

7.1.- Consideraciones

7.1.1.- Antes de entrar a estudiar los argumentos que sustentan el recurso de apelación, la Sala debe precisar que, según lo consagra el artículo 357 del C.P.C., al cual se acude por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A., el pronunciamiento del Juez encargado de resolver el recurso se debe limitar a los aspectos de la sentencia de primera instancia que fueron controvertidos en la alzada, amén de que se trate de un apelante único. En efecto, cuando ambas partes apelen, el Juez de segunda instancia no tendrá limitación alguna para pronunciarse. En este caso el recurso fue planteado por la parte demandada que se encuentra conformada el Municipio de Armenia y la Contraloría Municipal de Armenia, lo cual lleva a aplicar el criterio legal ya explicado.

7.1.2.- Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala se limitará a resolver los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación, los cuales se concentran en cuatro argumentos fundamentales: 1.- Que la decisión de revocar el fallo sin responsabilidad fiscal fue adoptado por la Contraloría Municipal de Armenia, por lo cual resulta intrascendente, en términos de competencia, que el fallo con responsabilidad fiscal haya sido proferido por la Dirección de Responsabilidad Fiscal, a lo que suma que la actora pudo interponer todos los recursos gubernativos. 2.- De aceptarse que los actos acusados se encuentran viciados por falta de competencia, tal irregularidad fue subsanada como quiera que la actora no lo puso de presente al hacer uso de los recursos de vía gubernativa. 3.- En el proceso no se probó el lucro cesante, por lo cual no había lugar a reconocer su reparación. 4.- El municipio de Armenia no debió ser vinculado al proceso como parte demandada ya que esta es una persona distinta de la Contraloría Municipal.

7.1.3.- En lo atinente al vicio de competencia que redundó en la declaratoria de nulidad deprecada por el a quo, se tiene que la controversia se concentra en establecer si la Dirección de Responsabilidad Fiscal era competente para expedir la Resolución No. 001-002 (fallo con responsabilidad fiscal) teniendo en cuenta que el proceso se encontraba en grado de consulta.

.- Competencia para decidir el grado de consulta.-

7.1.4.- Para efectos de resolver el interrogante planteado se impone recordar que, de conformidad con el artículo 18 de la ley 610 de 2000¹, siempre que en el proceso de responsabilidad fiscal se haya proferido auto de archivo; o fallo sin responsabilidad fiscal; o fallo con responsabilidad fiscal en el cual el implicado hubiere estado representado por un apoderado; el expediente debe ser remitido dentro de los tres (3) días siguientes al superior jerárquico o funcional para que éste dicte la respectiva providencia, para lo cual tendrá un plazo de un (1) mes so pena de que la decisión objeto de consulta quede en firme.

7.1.5.- De lo consagrado en la referida disposición legal se colige que el grado de consulta es el mecanismo creado por el legislador para que, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, el superior de quien profiere una decisión que consista en el archivo, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, la modifique, confirme o revoque.

7.1.6.- En esta perspectiva resulta evidente que el competente para resolver el grado de consulta es el superior jerárquico o funcional de quien profirió la decisión. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha precisado que “mediante el grado de consulta se otorga competencia al superior del funcionario para revisar oficiosamente los actos administrativos por los cuales se ha resuelto definitivamente la actuación administrativa o han hecho imposible continuar su trámite. El objeto de la consulta, precisamente, es lograr que tales decisiones definitivas sean revisadas, en el evento en que contra ellas no se interponga en tiempo el recurso de apelación, como ocurre con el grado jurisdiccional regulado por el artículo 184 del C.C.A. En consecuencia, la decisión que resuelve la consulta, si bien requiere de notificación para que ésta produzca efectos, no es susceptible de recursos, porque la decisión definitiva ya ha sido

¹ **Ley 610 de 2000. Artículo 18.** Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador. Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.

tomada dentro de la actuación administrativa y la cual es justamente materia del grado de consulta.”²

7.1.7.- Esta interpretación coincide plenamente con el postulado legal que regula la figura en comento, cuando establece de manera clara y perentoria que “el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico”, para que éste, dentro del mes siguiente profiera la respectiva decisión.

7.1.8.- Se debe tener en cuenta que la competencia constituye la capacidad jurídica que se obtiene por ministerio de la ley para cumplir una función administrativa, esto es, “la cantidad de potestad que tiene un órgano administrativo para dictar un acto”³, lo cual es, a su vez, elemento esencial del acto administrativo y manifestación del principio de legalidad.

7.1.9.- Siguiendo esta línea de pensamiento la Sala encuentra que la competencia para resolver el grado jurisdiccional de consulta en el caso concreto estaba en cabeza de la Contralora Municipal y no de la Dirección de Responsabilidad Fiscal, dado que el acto objeto del aludido mecanismo había sido proferido por esta última. En ese sentido el argumento esgrimido por el apoderado de la Contraloría señala que la regla de competencia no fue desconocida teniendo en cuenta que, en definitiva, es la Resolución No. 097 de 20 de septiembre de 2007 la que revoca el fallo sin responsabilidad fiscal y declara fiscalmente responsable a la actora.

7.1.10.- Desconoce el apelante en este punto que la falta de competencia que se alega en la demanda no se predica de la Resolución 097 de 2007, por medio de la cual se resolvió el grado de consulta, ya que, como se ha dejado ver, ese acto fue proferido por la Contralora Municipal y por tanto de él no puede desprenderse causa invalidante por este concepto. Es del fallo con responsabilidad fiscal No. 001-002 que se predica la falta de competencia, dado que le correspondía a la Contralora Municipal y no a la Dirección de Responsabilidad Fiscal proferir nuevo fallo.

7.1.11.- Si se revisa lo dispuesto en la parte resolutive del referido acto administrativo, se encuentra que en el artículo primero se ordena revocar el fallo sin responsabilidad fiscal No. 001-2207 de 20 de junio de 2007. Sin embargo, el

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 1497. 4 de agosto de 2003. C. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

³ María Diez Manuel. “El Acto Administrativo”. Editorial Editora Argentina S.A. Buenos Aires 1962 pág. 164

artículo segundo ordena a la Dirección de Responsabilidad Fiscal dictar fallo con responsabilidad fiscal en contra de MARTA INÉS MATÍNEZ ARIAS⁴, lo que demuestra que la Contralora de la época ejerció su competencia de manera incompleta como quiera que revocó el fallo objeto del grado de consulta pero omitió proferir la correspondiente decisión tal y como lo dispone el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 para en su lugar remitir el asunto a otra dependencia, a pesar de que esta no era competente para ello.

7.1.12.- El vicio de competencia es evidente, el proceder adecuado en el trámite administrativo consistía en que el superior jerárquico (Contralor) revocara el fallo sin responsabilidad fiscal y ella misma expidiera un nuevo fallo, este si declarando la responsabilidad de la actora. No se puede perder de vista que el acto administrativo que contiene la condena fiscal es la Resolución 001-002 de 2007, que fue proferido por la Dirección de Responsabilidad Fiscal sin competencia para ello, lo cual conduce a que se confirme la providencia apelada en lo que tiene que ver con la nulidad decretada por el Tribunal.

- Falta de competencia insubsanable.-

7.1.13.- De igual manera resulta inaceptable la consideración según la cual la falta de competencia no fue alegada en sede administrativa y por tal motivo el vicio fue subsanado. Al respecto la Sala debe ser enfática en señalar que la falta de competencia denota la carencia de un elemento esencial del acto que lo vicia de tal forma que impide su convalidación o subsanación. Esto, como quiera que el acto fue producto del ejercicio arbitrario de una función toda vez que la administración no tenía la atribución legal para manifestar su voluntad, lo cual no puede ser saneado por el hecho de que la actora no haya alegado la falta de competencia en sede administrativa. Ahora, si lo que sugiere el apelante es que la falta de competencia no fue alegada en sede administrativa y por tanto no podía ser expuesta como cargo de la demanda, el argumento no puede ser de recibo ya que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido prolija en señalar que al actor puede introducir, en vía judicial, ARGUMENTOS nuevos o distintos a los que esgrimiera ante la administración. Lo que se encuentra vedado, es traer HECHOS nuevos que no fueron puestos de presente en vía gubernativa⁵.

⁴ Folio 87 Cuaderno No. 1

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, expedientes 2004 01088 01 fallo de 7 de octubre de 2007 C.P. María Elizabeth García González y 7899 fallo de 13 de marzo de 2003, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

7.1.14.- En lo relativo a que la actora gozó de las garantías procesales establecidas ya que interpuso los recursos de vía gubernativa, se tiene que esto no conduce a desvirtuar el vicio de falta de competencia por el cual el Tribunal decidió declarar la nulidad de los actos acusados. En esa medida el argumento no es idóneo para enervar las consideraciones tenidas en cuenta por el Tribunal en primera instancia en tanto que propugna explicar que a la actora se le garantizó el debido proceso, más no que el acto haya sido proferido por funcionario competente.

- Certeza del daño.-

7.1.15.- El otro aspecto que cuestiona el recurso de apelación es el relativo a la certeza del daño. Considera la Contraloría que el lucro cesante es incierto, ya que no existe prueba alguna de que la señora MARTÍNEZ ARIAS seguiría ejerciendo cargos públicos.

7.1.16.- Para resolver dicho planteamiento la Sala estima necesario hacer varias precisiones en relación con la certeza del daño. Sea lo primero señalar que el carácter cierto del daño es una de las condiciones de su existencia. Se opone al daño cierto y no da lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, aquel que es eventual, hipotético, estocástico o aleatorio.

7.1.17.- Este presupuesto de la responsabilidad (que el daño sea cierto) ha merecido ser puntualizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia debido a ciertas circunstancias casuísticas que lo ameritan, ora para evitar la indemnización de daños eventuales, ora para evitar absoluciones injustas. En tal sentido es necesario diferenciar la situación que se presenta cuando la cuantía del perjuicio es incierta. En estos eventos se parte de que el daño es cierto y está probado, pero no existen elementos para determinar el *quantum* de la indemnización, lo que conduce a que se declare la responsabilidad y se defina el monto de la indemnización a través de indicios y presunciones aplicadas *arbitrio iuris* o mediante un incidente de liquidación de perjuicios según sea el caso.

-.Daño consolidado y daño no consolidado.-

7.1.18.- También habrá que distinguirse entre el daño consolidado (daño presente) y el daño no consolidado (daño futuro). El primero de ellos hace referencia “al daño que ya se ha producido, y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en

que se considera el nacimiento de la responsabilidad”.⁶ Por su parte, el daño no consolidado es aquel que sobrevendrá o aparecerá dado que el estado de cosas actuales se prolongará aún después de que el juez declare la responsabilidad.

7.1.19.- El daño futuro es el que mayores dificultades ofrece para efectos de determinar su certeza, como quiera que no se ha agotado sino que, al contrario, vendrá en un devenir sin sobresaltos mayores. A efectos de delimitar el concepto y permitir establecer con cierto grado de certidumbre si el daño debe ser o no reparado, se ha diferenciado entre los daños no consolidados que surgen a partir de situaciones existentes de aquellos que encuentran su génesis en situaciones inexistentes.

7.1.20.- Los daños no consolidados que surgen a partir de situaciones existentes son aquellos que surgen de una circunstancia acaecida por la ocurrencia del hecho dañino y prolongan sus efectos en el tiempo. El Juez, ante la presencia de un daño de este tipo verificará la certeza de su prolongación en el tiempo y de comprobarla ordenará la correspondiente indemnización. En palabras del profesor Juan Carlos Henao Pérez, “se puede entonces afirmar que el perjuicio es cierto cuando la situación sobre la cual el juez va a pronunciarse le permite inferir que se extenderá hacia al futuro, y que es eventual cuando la situación que refleja el “perjuicio” no existe ni se presenta luego”.⁷ Un ejemplo que ilustra este tipo de daños es el relacionado con la mesada o ingreso mensual que se recibe por parte de la víctima que, al padecer el hecho dañino quedará imposibilitada para seguir proveyéndola. En este caso se parte de la situación existente (la mesada) y se proyecta hacia al futuro cuando los elementos del caso muestran, con cierto grado de certeza, que de no haberse producido el daño se seguiría recibiendo la mensualidad.

7.1.21.- En lo concerniente al perjuicio no consolidado a partir de situaciones inexistentes, también llamado pérdida de oportunidad, se debe señalar que, al contrario de lo que ocurre en los daños futuros que parten de situaciones existentes, al juez le corresponde pronunciarse a partir de hechos que habrían de producirse de no haber ocurrido el hecho dañino.

7.1.22.- Como puede advertirse fácilmente, se trata de establecer si es dable indemnizar a la víctima dado que ésta perdió la oportunidad de conseguir una ventaja. La problemática que plantea la pérdida de oportunidad está en el

⁶ De Cupis Adriano. “El Daño”. Boch, Barcelona 1970. Pág.320

⁷ Henao Pérez Juan Carlos. “El Daño” Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998. Pág. 139

componente aleatorio que hace incierto el resultado final, esto es, la incertidumbre que encierra saber si la víctima habría conseguido o no la ventaja frustrada. Consciente de ello, esta Corporación ha fijado algunos parámetros para establecer la certidumbre de la pérdida de oportunidad. Así, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 21 de marzo de 2012, proferida en el expediente 1998-00003–01(19755) señaló:

Sus presupuestos axiológicos, para que pueda considerarse como daño indemnizable según la elaboración jurisprudencial de esta Corporación refieren a: **(i)** Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance” diluida debe ser seria, verídica, real y actual; **(ii)** Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y **(iii)** La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba.

7.1.23.- La posición jurisprudencial asumida por esta Corporación apunta asegurar la certeza de la oportunidad perdida. En palabras de Henao Pérez, “si todos los elementos con los que cuenta el juez evidencian que el demandante habría obtenido la ventaja esperada de haber podido vivirla, el perjuicio tiene que ser calificado como cierto.”⁸

- Caso concreto – daño incierto.-

7.1.24.- En el caso concreto, el Tribunal estimó que *“dicho perjuicio se encuentra debidamente acreditado, aunque si bien, no se probó que al momento de cobrar ejecutoria el fallo con responsabilidad fiscal (f. 749 C. IV) y se diera la orden de incluir a la actora en el Boletín de Responsabilidades Fiscales (f. 160 C. IV) éste se encontrara vinculada laboralmente con entidad pública alguna, lo cierto es que se allegó suficiente evidencia que permite a la Sala establecer que, como servidora pública, a lo largo de su trayectoria profesional tal y como consta a fls. 791 y ss. del C. de pruebas No. III”*.

⁸ Op Cit. Pág. 163

7.1.25.- Como puede verse, el daño al que se refiere la primera instancia consiste en la pérdida de oportunidad de la actora de seguir trabajando en el servicio público tal y como lo hizo en los años anteriores a la declaratoria de responsabilidad fiscal. El fundamento probatorio para llegar a dicha conclusión fueron los documentos allegados al proceso que daban cuenta de que la señora MARTÍNEZ ARIAS trabajó para entidades públicas en los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2004, 2005, 2006 y 2007.

7.1.26.- Sin embargo, la Sala encuentra que las referidas pruebas no conducen a demostrar la pérdida de oportunidad dado que a través de ellas no se establece con certeza la existencia de una chance seria, verídica, real y actual para seguir en el servicio público. La exigencia probatoria que se reclama en estos eventos consiste en allegar medios de prueba que le permitan al Juez constatar con cierto grado de certidumbre, que de no haberse concretado el hecho dañino la persona habría tenido un provecho o ventaja. En otras palabras, la parte actora debía probar que de no haberse proferido el acto que la declaró fiscalmente responsable ella habría continuado ejerciendo su profesión como servidora pública. En ese sentido las pruebas a que alude el fallo objeto del recurso de apelación lo único que muestran es la experiencia como servidora pública de la señora MARTÍNEZ ARIAS más no que ésta vio frustrada un oportunidad real de desempeñarse como servidora pública luego de haberse proferido el acto acusado.

7.1.27.- Tampoco se acreditó en el proceso que, como consecuencia de la expedición del acto, se haya generado la imposibilidad de obtener provecho sino que, por el contrario, la consolidación del daño (pérdida de oportunidad) depende del futuro, de la contingencia de que la demandante siguiera trabajando como servidora pública, siendo esto eventual y por tanto no susceptible de ser indemnizado. En el mismo sentido se omitió por parte de la actora acreditar la existencia de una situación apta que permitiera ver un desenlace inevitable, un resultado esperado, esto es, la pérdida efectiva la oportunidad de seguir trabajando en una entidad pública.

7.1.28.- Por los motivos expuestos en precedencia, la Sala revocará la sentencia apelada en lo atinente a la condena impuesta a las entidades demandadas en el numeral tercero de la parte resolutive de dicha providencia judicial.

-. La legitimación en la causa por pasiva del municipio.-

7.1.29.- Finalmente corresponde a la Sala resolver el punto relativo a la falta de legitimación en la causa por pasiva, excepción que ha sido planteada por el municipio de Armenia bajo el supuesto de que la Contraloría Municipal debe comparecer al proceso bajo la representación del Contralor General de la República.

7.1.30.- Para resolver la cuestión se impone aclarar que la capacidad para ser parte procesal se predica de los sujetos de derechos, es decir, de aquellas personas que, gracias a la personalidad jurídica que ostentan, son pasibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, o de quienes por expresa disposición legal cuenten con dicha capacidad. Distinta es la capacidad para obrar, que se refiere a la habilitación para actuar en el proceso. En tal sentido, es posible que una entidad goce de capacidad para ser parte más no de capacidad para obrar, o que, a contrario sensu, goce de capacidad para obrar más no para ser parte, circunstancia esta que suele ser recurrente en el derecho administrativo en tratándose de entidades que no gozan de personería jurídica. En tales eventos la llamada a ser parte en el proceso es la Nación dado que en esta recae el centro de imputación de derechos y obligaciones, de allí que el artículo 149 del CCA modificado por el artículo 49 de la Ley 446 del 98 haya dispuesto que *“En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.”*

7.1.31.- La posición asumida por el Tribunal al negar la excepción propuesta por el Municipio de Armenia es fiel a la postura tradicional que distingue entre la capacidad para ser parte y la capacidad para obrar, a más de respetar la jurisprudencia que de tiempo atrás viene sosteniendo esta Corporación que impone la regla jurídica según la cual las Contralorías de orden territorial, si bien gozan de autonomía administrativa y financiera, no tienen personería jurídica y en consecuencia deben comparecer a los procesos judiciales con la entidad territorial de la que hacen parte.

7.1.32.- En efecto, a partir del auto 07 de marzo de 2002 proferido dentro del radicado número 25000-23-25-000-1999-0807-01 (1494-01) con ponencia del doctor Tarsicio Cáceres Toro, se ha sostenido la tesis según la cual si bien es cierto las contraloría territoriales gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, esto NO es patente para afirmar que dichas entidades cuentan con

personalidad jurídica, toda vez que quien cuenta con tal calidad (ser persona jurídica) es el ente territorial al cual pertenecen.⁹

7.1.33.- No obstante lo anterior, la Sala encuentra que tal postura jurisprudencial es contraria a lo regulado en el aludido artículo 149 del CCA modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998 que regula la representación y comparecencia de las entidades públicas a los procesos contenciosos administrativos, dado que dicha disposición legal es clara en señalar que *“las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.”*

7.1.34.- Como puede advertirse, el legislador fue claro en disponer que toda entidad que cumpla una función pública tiene capacidad tanto para ser parte como para obrar en los procesos que se ventilen ante esta Jurisdicción. En tal sentido la existencia de personería jurídica para comparecer directamente al proceso deviene en un condicionamiento adicional no contemplado por la ley, ya que esta se limitó a exigir que la entidad cumpliera una función específica catalogada como pública sin imponer otro tipo de requerimiento. En otras palabras, fue el legislador quien, en ejercicio de sus facultades constitucionales, otorgó capacidad de parte y de obrar a cualquier entidad pública. La lógica impuesta por el artículo 149 del

⁹ En este sentido pueden verse las siguientes providencias: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta de 11 de diciembre de 1992. Exp.: 485. C.P.: HUMBERTO MORA OSEJO. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 05 de agosto de 1994. Exp.: 2859. C.P.: YESID ROJAS SERRANO. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 09 de diciembre de 1994. Exp.: 2685. C.P.: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 20 de marzo de 2003. Exp.: 20001-23-21-000-1999-0794-01(3714-01). C.P.: TARSICIO CÁCERES TORO. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 22 de septiembre de 2005. Exp.: 25000-23-25-000-2001-09397-01(0843-05). C.P.: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 22 de septiembre de 2005. Exp.: 25000-23-25-000-2001-09198-01(3628-04). C.P.: TARSICIO CÁCERES TORO. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 19 de enero de 2006. Exp.: 73001-23-31-000-2002-00548-01(5464-03). C.P.: TARSICIO CÁCERES TORO. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 16 de marzo de 2006. Exp.: 73001-23-31-000-2001-02768-01(0788-05). C.P.: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 27 de septiembre de 2007. Exp.: 68001-23-15-000-2000-00168-01(4731-05). C.P.: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 30 de abril de 2008. Exp.: 66001-23-31-000-2001-01316-02(2959-05). C.P.: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ (E). Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 24 de julio de 2008. Exp.: 19001-23-31-000-2003-01316-01(1626-06). C.P.: GERARDO ARENAS MONSALVE. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 25 de enero de 2010. Exp.: 05001-23-31-000-2002-00679-01(0615-08). C.P.: GERARDO ARENAS MONSALVE. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 04 de marzo de 2010. Exp.: 19001-23-31-000-2003-01378-01(1494-06). C.P.: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 25 de marzo de 2010. Exp.: 76001-23-31-000-2001-05545-01(1797-06). C.P.: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 24 de mayo de 2012. Exp.: 15001-23-31-000-2006-03008-01(1631-10). C.P.: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Auto de 03 de febrero de 2015. Exp.: 68001-23-33-000-2014-00294-01(4983-14). C.P.: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.

CCA es plenamente consecuente con la realidad de la administración pública en la cual la personería jurídica no se erige como un atributo esencial para contraer obligaciones y comprometer la responsabilidad por parte de quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función administrativa, de ahí que en nuestro derecho administrativo se acepte la existencia de entidades públicas con y sin personería jurídica.

7.1.35.- Bajo esta perspectiva la Sala no duda que la posición jurisprudencial debe ser cambiada y asumir desde ya que las contralorías territoriales, si bien no tienen personería jurídica propia, gozan de capacidad para ser parte y capacidad para obrar en los procesos contencioso administrativos ya que así lo dispuso expresamente el artículo 149 del CCA modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998. En tal sentido, la Sala revocará la decisión del a quo que negó la excepción propuesta por el municipio de Armenia y en su lugar la declarará probada.

7.1.36.- En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: **REVOCAR EL NUMERAL PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia de 3 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el municipio de Armenia, y en su lugar declararla probada.

SEGUNDO.- **REVOCAR EL NUMERAL TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia de 3 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que condenó a las entidades demandadas al pago de los salarios dejados de percibir por la actora, y en su lugar exonerar a la Contraloría de Armenia al pago de dicha condena.

TERCERO.- Confirmar, en lo demás, la sentencia de 3 de febrero de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío dentro del trámite de la referencia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS GUILLERMO VARGAS AYALA