

CONTROL FISCAL - Concepto / CONTROL FISCAL - Objeto / CONTRALORÍA - Función de establecer la responsabilidad derivada de la gestión fiscal / CONTROL FISCAL - Quiénes la ejercen / CONTROL FISCAL POSTERIOR EXCEPCIONAL / JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Es independiente del proceso penal y del proceso disciplinario

El control fiscal es una función pública que ejerce la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Esta vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados. En casos excepcionales, la Contraloría puede ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. Precisamente entre las funciones que la Constitución asigna al Contralor General de la República, se encuentra la contenida en el numeral 5 del artículo 268 según la cual le corresponde “ Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma”. Por su parte, el artículo 4 de la Ley 42 de 1993 consagra que el control fiscal será ejercido, en forma posterior y selectiva, por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, los auditores, las auditorías y revisorías fiscales de las empresa públicas municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la citada ley. Esta responsabilidad fiscal es independiente de la responsabilidad penal y disciplinaria que pudiera caberle a un servidor público y cada proceso es autónomo e independiente del otro, correspondiéndole igualmente a cada uno consecuencias diferentes.

CADUCIDAD DE LA ACCION FISCAL - Inaplicación del artículo 38 del C.C.A. por no tratarse de una sanción / CADUCIDAD DE LA ACCION FISCAL - Inaplicación: levantado el fenecimiento por operaciones fraudulentas o irregulares se puede iniciar el juicio fiscal / CADUCIDAD - Se refiere al término para iniciar la acción y no para imponer sanción

La Ley 42 de 1993, no se ocupó en parte alguna del tema de la caducidad de la acción fiscal, aspecto que ha sido necesario esclarecer a través de la vía jurisprudencial. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sede de tutela y mediante sentencia T-973 de 1999, manifestó: “El código contencioso administrativo establece en su artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, los términos de caducidad de las acciones, que para el caso de la acción de reparación directa, se fija en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Y es este mismo término el que, por la remisión expresa que hace el artículo 89 de la ley 42 de 1993 a las normas del código contencioso administrativo, y dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa, se aplica para el proceso de responsabilidad fiscal. En consecuencia, el proceso de responsabilidad fiscal sólo podrá iniciarse contra los funcionarios del erario a más tardar dentro de los dos años siguientes, contados a partir de la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta”. (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-973 de 1999. M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis). Enfrentada a esta posición, se encuentra la consignada en fallo de abril 2 de 1998, de esta Sección, con ponencia del Dr. Libardo Rodríguez en el que se manifestó: “Examinado el texto de la Ley 42 de 1993, la Sala encuentra que la misma no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal y no obstante que el artículo 89 de la citada ley dispone que “En los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso

Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso”, la Sala considera que el artículo 38 del C.C.A. no es aplicable, pues, de una parte, el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción, y, de otra parte, porque del contenido del artículo 17 de la citada ley se desprende que dicho juicio de responsabilidad fiscal puede ser iniciado en cualquier momento, lo cual implica que su ejercicio no está limitado en el tiempo”. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 4438. Abril 2 de 1998. .P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez). Teniendo en cuenta, la naturaleza de la función fiscal y el objeto sobre el que recae, que son los bienes del Estado, y de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la prevalencia del interés general, tiene mayor aceptabilidad y responde mejor a los mandatos constitucionales la última tesis sostenida por esta Corporación. Inclusive, el artículo 17 de la Ley 42 de 1993, en forma implícita adopta esta misma postura al señalar que “ Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal”. Esta norma no establece un límite en el tiempo a partir del cual se haga imposible iniciar el juicio fiscal cuando, con posterioridad al fenecimiento, aparecieren pruebas de operaciones irregulares, disposición que permite entonces, hablar de que en estas materias de juicios por responsabilidad fiscal no puede aceptarse la figura de la caducidad. Debe aclararse, además, que el término de caducidad tiene que ver con el inicio de la acción, en este caso, la acción fiscal, y no con el término dentro del cual puede imponerse la sanción. Por lo tanto el cargo formulado carecía de fundamento.

PAGO DEL ANTICIPO - Legalidad de la amortización y ajuste / PREVISION DE PRECIOS – Reajustes / PRECIOS UNITARIOS - Aplicación del artículo 86 del Decreto 222 de 1983 / FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Falsa motivación por inexistencia de desequilibrio financiero por entrega de anticipos y ajuste de precios unitarios que los sobrevaloraran / DESEQUILIBRIO FINANCIERO - Inexistencia / ACCION CONTRACTUAL - Procede cuando se controvierte la legalidad de cláusulas de un contrato

De las cláusulas transcritas se puede deducir que en el texto del contrato estaba previsto el pago de anticipos que no excedieran del 40% del valor total del contrato, los cuales iban amortizándose en el curso del mismo y no generaban intereses a favor del Estado, manteniéndose simultáneamente la posibilidad de hacer ajustes de acuerdo con la fórmula consignada en la Cláusula Décima Primera, es decir, que lo uno no excluía lo otro, tal como lo permitía el Decreto 222 de 1983. Como el contrato se celebró por el sistema de precios unitarios, era aplicable lo dispuesto en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983 que no previó ningún tipo de intereses por el valor de los anticipos entregados. Mal puede aceptarse, entonces, que el haber entregado anticipos y dado aplicación a la cláusula de ajustes, en consonancia con la fórmula consignada en el propio contrato, haya producido el desequilibrio contractual a que alude la Contraloría en su juicio fiscal, máxime cuando no se demuestra en los antecedentes administrativos en qué consistió tal desequilibrio, ni aparece en las actas que se hubieran reconocido valores por fuera de lo pactado. La Contraloría General de la República insiste en que, mediante los fallos demandados, el ente fiscalizador protegió los intereses del Estado, evitando que se causara un deterioro en detrimento del erario público, pues el mecanismo contractual resulta inequitativo para la entidad contratante. Pero tal argumentación, para la Sala, apunta a la legalidad de las cláusulas contractuales que debieron ser demandadas mediante el ejercicio de la acción contractual. Se deduce, entonces, que los fallos 065 del 20 de agosto de 1991, 109 del 15 de noviembre del mismo año, proferidos por el Jefe Territorial de Juicios Fiscales de Cundinamarca, y el 0347 del 11 de octubre

de 1996 del Jefe de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, son nulos por falsa motivación, lo que llevará a confirmar el fallo de primera instancia.

ACTO DE LEVANTAMIENTO DEL FENECIMIENTO - Difiere de la revocatoria directa / REVOCATORIA DIRECTA - Se refiere a un acto administrativo en firme que afecta una situación jurídica particular / LEVANTAMIENTO DEL FENECIMIENTO - Acto que no crea ni modifica situación jurídica alguna al no decidir en forma definitiva

En cuanto al cargo planteado en la demanda, consistente en que el levantamiento del acto de fenecimiento equivale a una revocatoria directa que, por lo tanto, debía cumplir con los requisitos del artículo 73 C.C.A., encuentra la Sala que la figura del levantamiento del fenecimiento difiere sustancialmente de la revocatoria directa, pues, en esta última se está frente a un acto administrativo en firme, que ha creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, mientras que el fenecimiento es un acto que, como su nombre lo indica, pone fin a algo, pero no crea ni modifica una situación jurídica particular. Cuando se levanta el fenecimiento, por encontrarse pruebas de operaciones irregulares o fraudulentas, no se está con ello desconociendo un acto administrativo de carácter particular que esté afectando en forma directa a una persona y, por ello, no son aplicables a esta figura los requisitos que el artículo 73 C.C.A. para revocar los actos creadores de situaciones subjetivas, pues, además; el acto de fenecimiento no tiene la virtualidad de decidir, en forma definitiva, en juicio fiscal, ya que es la misma ley la que permite que, ante nuevas pruebas, se proceda a su levantamiento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO

Bogotá D. C. Julio 12 de 2001

Radicación número: 25000-23-24-000-1997-9266-01(6733)

Actor: JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ MORALES

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por el señor Jorge Eliécer Fernández Morales y por la Contraloría General de la República, contra la providencia de fecha 28 de septiembre de 2000, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante la

cual se declaró la nulidad de los fallos números 065 del 20 de agosto y 109 del 15 de noviembre de 1991, proferidos por el Jefe Territorial de Juicios Fiscales de Cundinamarca y del fallo 0347 del 11 de octubre de 1996, del Jefe de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, por medio de los cuales se profirió y confirmó el fallo de responsabilidad fiscal contra el señor Jorge Eliécer Fernández Morales, y denegó las demás pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

Se solicitó la nulidad de los fallos 065 del 20 de agosto de 1991 y 109 del 15 de noviembre del mismo año, proferidos por el Jefe Sección Territorial Juicios Fiscales de Cundinamarca, por medio de los cuales se falló con responsabilidad fiscal en contra de Jorge Eliécer Fernández y Rosa Pérez de Camon, en su condición de Gerente y Tesorera de la Cooperativa de Intendencias y Comisarías CÓNICO, respectivamente. Igualmente la nulidad del fallo 0347 del 11 de octubre de 1996, proferido por el Jefe de juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, por el cual se confirmó el fallo con responsabilidad Fiscal N° 065 del 20 de agosto de 1991.

Como consecuencia de lo anterior se solicitó ordenar a la Contraloría General de la República cancelar todos los antecedentes y registros que impliquen la responsabilidad fiscal de Jorge Eliécer Fernández, y el reconocimiento y pago, a título de indemnización como daño moral, por los perjuicios causados, estimados en la cantidad de dos mil gramos oro.

Los hechos que dieron origen a estos fallos, fueron los siguientes:

El 19 de Diciembre de 1985, se celebró el contrato número 026 de 1985, suscrito entre el Presidente de la República de Colombia y el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías DAINCO, que para efectos del contrato se denominan LA NACIÓN-DAINCO, por una parte, y por la otra parte, Juan José Rodríguez, quien, en su calidad de Gerente de la Cooperativa de Intendencias y Comisarías CÓNICO LTDA., en el contrato se denomina EL

ADMINISTRADOR DELEGADO, con el objeto de construir el puente sobre el Río Cusiana, en la Intendencia Nacional de Casanare.

El 8 de abril de 1986 se llevó a cabo el contrato N° 205 de 1986 entre el Gerente de la Cooperativa de Intendencias y Comisarías Ltda.. CONICO LTDA., por una parte, y, por la otra, Hernán Duarte Esguerra, “Para la Construcción del Puente sobre el Río Cusiana en la carretera Rio Humea- Aguazul- en la Intendencia Nacional del Casanare, concreto reforzado y postensado”.

Se le efectuaron cuatro contratos adicionales, llevándose a cabo el acta de liquidación el 14 de agosto de 1989, teniendo en cuenta que “mediante resoluciones N° 04565 y 0656 de Mayo 5 y Junio 9 de 1989, respectivamente, del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, se ordenó la liquidación del contrato N° 026 de 1985, por haber cumplido el contratista sus compromisos contractuales en forma satisfactoria”.

El 24 de agosto de 1989, se aprobó el acta de liquidación del contrato N° 205 de 1986, cuyo valor total ascendió a la suma de \$ 501´827.823.73.

En relación con el acta de liquidación del contrato N° 026 de 1985, la Contraloría General de la República, por medio de la Unidad Fiscal de DAINCO, mediante oficio del 6 de septiembre de 1989, dijo: “Cordialmente me permito manifestarle que esta Unidad Fiscal una vez realizado el control posterior al Acta de Liquidación en referencia, procede a fenecerla de plano, por ajustarse al contenido contractual, actas parciales de recibo de obra y a las disposiciones administrativas y fiscales vigentes”.

Con el visto bueno anterior, el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, profirió la Resolución 0955 del 6 de septiembre de 1989, por la cual reconoció y pagó el saldo definitivo a CONICO LTDA., por la suma de \$57´315.772.37. El mismo auditor de la Contraloría General de la República, quien había realizado el control posterior al Acta de Liquidación del contrato 026 de 1989, sin haber revocado este acto, emitió el Aviso de Observaciones N° 012 de octubre 6 de 1989, argumentando que se quebró el equilibrio financiero entre las partes, causado por la amortización de anticipos con sobrevaloración de los pagos respectivos. El valor del Aviso de Observaciones es

de \$53'447.010.78, el cual fue notificado personalmente a los interesados, Jorge Eliécer Fernández y Rosa de Camon, en calidad de Gerente y Tesorera de COINCO Ltda., respectivamente.

En virtud de estos hechos, inicialmente se produjo el fallo N° 065, con responsabilidad fiscal, de la Sección Territorial de Juicios Fiscales de Cundinamarca, en el cual se resolvió fallar con responsabilidad fiscal en contra de estas personas antes citadas, por no cumplir con lo estipulado en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, al quebrantarse el equilibrio financiero entre las partes. Interpuesto el recurso de reposición contra esta decisión, en fallo N° 109 del 15 de noviembre de 1991 se mantuvo la decisión inicial y, posteriormente, en fallo 0347 del 11 de octubre de 1996, la Unidad de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, confirmó el 065.

1. Normas Violadas y Concepto de la Violación.

Se estiman como violados los artículos 29 y 209 de la Constitución Política; 28, 38, 69, 73, 74, 84, 14, 15 y 35 del C.C.A.; 86 y 295 del Decreto 222 de 1983 y 8 y 48 de la Ley 153 de 1887.

Primer cargo.

Se aduce vulneración de los artículos 29 y 209 de la Constitución Política, toda vez que la administración falló cuando ya había vencido el término para sancionar, careciendo, entonces, de competencia para hacerlo. No existe en nuestra legislación penas u obligaciones imprescriptibles. Desde la Ley 153 de 1887, ante falta de norma aplicable, se estableció que debe aplicarse, en primer lugar, la analogía y, en segundo, lugar los principios universales que regulen la materia.

No comparte el actor el criterio expuesto por la Contraloría General de la República en memorando interno dirigido a sus subalternos, según el cual, como en el proceso de responsabilidad fiscal no se consagra término de caducidad, este fenómeno no existe en esta materia. En estos casos, debe aplicarse el artículo 38 del C.C.A. según el cual "...la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas".

Si el período se cuenta desde el 8 de septiembre de 1989, los tres años vencían el 7 de septiembre de 1992, de modo que el término para imponer sanciones estaba vencido cuando la Contraloría expidió la Resolución 0347 del 11 de octubre de 1996. Además, dicho fallo no fue notificado a los encartados, sino que le fue comunicado a Jorge Eliécer Fernández el 18 de marzo de 1997, cuando ya la Contraloría había perdido su competencia pues no basta que se produzca un acto sino que es necesario darlo a conocer a los interesados.

Segundo Cargo.

Se violó igualmente el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, que no establece los parámetros de la presunta violación de la igualdad financiera aducida por la Contraloría y, en consecuencia, cuando el legislador no ha establecido las bases del presunto resquebrajamiento del equilibrio financiero entre las partes, no le es dable al intérprete, en este caso a la Contraloría, fijar nuevos tipos no contemplados en la ley. Por ello, el propio ente fiscalizador no se atrevió a analizar las fórmulas matemáticas incorporadas en los contratos y toda su glosa recayó en los anticipos. Además, ningún contrato establece que sobre los anticipos deba cobrarse intereses, y no existe norma expresa que así lo indique.

Es errado aceptar que, “como no se le cobraron intereses al contratista por los anticipos que se le hicieron, entonces, dizque no vaya a operar una revisión de precios por este simple motivo”.

Tercer Cargo.

Se afirma que se revivió el acto fenecido de plano, ya que desde el 6 de septiembre de 1989 se liquidó el contrato 206 de 1985. En efecto, siendo que el acta de liquidación entre COINCO y el ingeniero Hernán Duarte había quedado finiquitada desde el 24 de agosto de 1989, el revivir lo actuado equivale a una revocatoria de acto particular y concreto que, en los términos del artículo 73 del C.C.A., debió contar con el consentimiento expreso del perjudicado. No obra en parte alguna, antes o después del aviso de observaciones de octubre 6 de 1989, que a los encartados en este caso, se les hubiere notificado la revocación de las actas de liquidación de los contratos, con lo que el debido proceso quedó desconocido.

Cuarto Cargo.

En estas materias no opera la solidaridad consagrada en el artículo 1551 del Código Civil, debiendo cuantificarse la presunta responsabilidad particular de cada uno. En materia sancionatoria es inaplicable la solidaridad, por mandato expreso del artículo 295 del Decreto 222 de 1983, vigente para la época, pues un funcionario no puede pagar por la presunta responsabilidad del otro.

2. La oposición.

Señaló el apoderado de la Contraloría General de la República que los actos acusados fueron dictados bajo los parámetros legales vigentes al momento de su pronunciamiento y cumpliendo el debido proceso, donde quedó plenamente probado que el origen de su glosa fue por “no cumplir con lo estipulado en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, al quebrantarse el equilibrio financiero entre las partes, causado por la amortización de anticipos, presentándose sobrevaloración en los pagos respectivos, ya que de conformidad con la cláusula décima del contrato 20186, esta se comprometió a conceder al contratista, libre de interés, anticipos que en total no excedieron el 40% del valor inicial del contrato”. (fl. 121).

La Contraloría General de la República es competente para establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5, artículo 268 de la Carta desarrollado en los artículos 72 y siguientes de la Ley 42 de 1993.

El amortizar en la forma como se hizo, previo el ajuste del valor básico mensual del acta correspondiente, no se justifica por cuanto se trata de dineros entregados anticipadamente al contratista, libres de interés, por la eficiente ejecución del contrato. Esto significaba que el contratista debió invertirlos en el tiempo en que le fueron entregados, por lo que la entidad pública quedó liberada de compensar su depreciación a lo largo de la ejecución del contrato. Esta forma de amortización del anticipo “rompe el equilibrio financiero del contrato” en contra de la administración contratante, al conceder ventajas económicas al contratista que van en detrimento del patrimonio de la entidad, porque, por una parte, el contratista no reconoce ni paga intereses por la suma entregada, y por la otra,

usufructúa, sin compensarlo, ni haber causado el beneficio económico de la actualización de precios sobre el valor total en cada acta.

La amortización del anticipo va más allá de la estipulación contractual, teniendo en cuenta que allí se previó que ésta se haría mediante deducciones de las actas mensuales de pago, no sujetas a reajustes previos, y la base debe ser el valor del acta menos la suma correspondiente a la amortización del anticipo, lo que no se cumplió en el caso que terminó con el fallo de responsabilidad fiscal, por lo cual el mecanismo adoptado para la amortización de los anticipos entregados al Ingeniero Hernán Duarte resultó inequitativo para la entidad contratante, en este caso COINCO LTDA. En el fallo de responsabilidad fiscal, “se establece con plenitud la actitud irresponsable del señor Jorge Eliécer Fernández en el manejo de los anticipos y su amortización, lo que acarreó el perjuicio económico para COINCO, por lo que le asiste culpa al demandante y de ahí las resultas del proceso fiscal administrativo”.

En relación con la caducidad de la acción fiscal, este aspecto resulta inadmisibles por cuanto las acciones fiscales no están cobijadas por este fenómeno. Se preceptúa en el artículo 17 de la Ley 42 de 1993 que, si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario público, aparecen pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares, podrá levantarse el fenecimiento e iniciarse el juicio fiscal, lo que indica que no opera la caducidad ya que, si el levantamiento del fenecimiento puede efectuarse en cualquier momento, el juicio fiscal también puede iniciarse en todo tiempo.

Propone la excepción de “indebida acumulación de pretensiones”, ya que el demandante acumula en una sola acción la de nulidad y restablecimiento del derecho, con la de reparación directa al pedir que se le cancelen todos los antecedentes y registros y el pago de perjuicios morales ya que, según la hermenéutica jurídica, la reparación del daño debe adoptarse cuando a pesar del restablecimiento del derecho, las cosas no quedan en el estado inicial.

II.- FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante el fallo apelado, resolvió declarar la nulidad de los actos 065 del 20 de agosto y 109 del 15 de noviembre de 1991, proferidos por el Jefe Territorial de Juicios Fiscales de Cundinamarca y 0347 del 11 de octubre de 1996, proferido por el Jefe de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, por medio de los cuales se profirió y confirmó el fallo de responsabilidad fiscal contra el señor Jorge Eliécer Fernández Morales, en su condición de Gerente de COINCO, en cuantía de \$53´447.010.78. A título de restablecimiento declaró que la Contraloría General de la República debía cancelar los antecedentes y registros que se hubieren efectuado contra el señor Jorge Eliécer Fernández por el juicio de responsabilidad fiscal. Denegó las demás pretensiones de la demanda.

Los argumentos del Tribunal se sintetizan de la siguiente forma:

Respecto de la excepción de indebida acumulación de pretensiones, no está llamada a prosperar pues, si bien se promueve por el demandante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de dicha acción se puede solicitar la reparación del daño a título de restablecimiento, pues dicha acción no solo persigue la nulidad del acto sino su restablecimiento.

No se advierte la indebida acumulación de pretensiones por el hecho de que el demandante hubiera solicitado, a título de restablecimiento del derecho, que se le cancelaran los antecedentes y registros que figuraren como consecuencia del proceso de responsabilidad fiscal, así como el reconocimiento y pago de la suma de 2000 gramos oro. Estas son pretensiones propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida en que son consecuencia de la nulidad de los actos administrativos que solicita.

Respecto de la caducidad de la acción fiscal, advierte el Tribunal que, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución Política y el artículo 4 de la Ley 42 de 1993, el control fiscal es una función pública y se ejerce de modo independiente sobre cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa.

La Sala consideró que si bien el artículo 89 de la Ley 42 de 1993 remite a las normas del Código Contencioso Administrativo, ante los vacíos de la citada ley el artículo 38 del C.C.A. no es aplicable, toda vez que, en primer lugar, el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción y, en segundo lugar, el término

consagrado en el artículo 38 C.C.A. hace referencia al plazo que tiene la administración para ejercer su facultad sancionatoria.

De otro lado, en cuanto a la violación del artículo 86 del Decreto 222 de 1983, en los actos administrativos impugnados la Contraloría General de la República expresa que el procedimiento y resultados en cifras de los anticipos entregados al contratista resultan inequitativos para la entidad pública contratante, por cuanto se amortizó previo el ajuste del valor básico mensual del acta correspondiente; es decir, se reconocieron al contratista intereses de la suma entregada anticipadamente, usufructuando, sin compensarla ni haberse causado el beneficio económico de la actualización de precios, lo cual no se justifica por cuanto se trata de dineros entregados anticipadamente al contratista, libres de interés, que debió invertir en el tiempo en que le fueron entregados, razón por la que la entidad pública quedaba libre de compensar su apreciación a lo largo de la ejecución del contrato.

Se advierte que sí es procedente realizar los reajustes de los precios del contrato bajo la figura del equilibrio financiero, de conformidad con el artículo 86 del Decreto 222 de 1986. Pero se aprecia que la Contraloría General de la República, en el presente caso, tomó el ajuste de precios como intereses, cuando realmente se trata de ajustes efectuados sobre las actas de obra ejecutadas en cada mes, situación diferente de aquella en que el ajuste de precios se hubiese aplicado a un valor superior al contemplado en el contrato 205 de 1986 o en el Decreto 222 de 1983, circunstancia que no se observa en el caso en estudio, pues no está probado dentro del proceso que el porcentaje dado al contratista, a título de anticipos, exceda el 40% del valor inicial del contrato y tampoco que los dineros entregados por este concepto, se hubiesen cancelado al contratista con intereses económicos a cargo de la entidad pública. Los anticipos no son préstamos sino adelantos del valor del contrato. Además, el hecho de que al contratista se le otorguen anticipos no significa que esto le impida acceder a la indemnización o al ajuste de precios.

La Contraloría profirió fallo de responsabilidad fiscal contra el demandante por cuanto canceló al contratista intereses sobre los anticipos dados al mismo, conclusión a la que se llega del acta de liquidación del contrato del 4 de agosto de 1989. No obstante, “ tanto del acta de liquidación del contrato de fecha 4 de agosto de 1989 (fl3 cuadr 2), como del comprobante de egreso N° 5557 del Banco

de Colombia (fl 2 cuadr 2), dentro de los conceptos a pagar no se especifica rubro alguno correspondiente al pago de interés sobre los anticipos (...) Por consiguiente, al no haberse señalado expresamente en el acta de liquidación del contrato 026 de 1985 como en el comprobante de egreso del Banco de Colombia, concepto alguno por pago de intereses sobre los anticipos cancelados por COINCO al Contratista, no podía la Contraloría General de la República, indicar en los fallos de responsabilidad fiscal adelantados contra el demandante, que él mismo reconoció y canceló dineros al contratista por concepto de intereses sobre los anticipos”.

No se precisa tampoco que efectivamente el desequilibrio financiero por valor de \$53'447.110.78, hubiera obedecido al reconocimiento y pago que el demandante, en calidad de Gerente de COINCO, realizó al contratista; tampoco existe prueba en los antecedentes administrativos que demuestre que dichos dineros fueron cancelados al contratista a título de interés, sino, por el contrario, el reconocimiento y pago de los ajustes efectuados al contratista se llevaron a cabo sobre las actas de obra ejecutada cada mes, de conformidad con la cláusula décima primera del contrato 205-86.

Se negaron los perjuicios morales por cuanto no se probaron en el proceso los daños morales y síquicos causados al demandante con la expedición de los actos demandados.

III.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El accionante, Jorge Eliécer Fernández, apeló el fallo en cuanto al no reconocimiento de los perjuicios morales. Al demandante se le ha privado de ejercer cualquier cargo público, puesto que, por disposición legal, no puede ejercerlo y, además, su nombre figura en los registros. Cuando se ha actuado de buena fe, se siente angustia ante una sanción. En este orden de ideas, él considera que es imposible probar los perjuicios psíquicos o morales con peritos.

Por su parte, la Contraloría General de la República apeló el fallo con el fin de que se revoquen los puntos primero y segundo del mismo, y se confirme el tercero. Ante la acusación del demandante en el sentido de que esta entidad transgredió

las normas constitucionales y legales, manifestó que ella realiza la vigilancia de la gestión fiscal de acuerdo con competencias previamente definidas.

En desarrollo de esa gestión fiscal, se hallaron incongruencias e irregularidades en la ejecución el desarrollo del contrato 205 de 1986 y, en tal virtud, se enjuició al señor Fernández Morales, actuación que no logró controvertir y, por ende, se lo declaró responsable fiscal. En este caso, la Nación ha salido perjudicada al haberse roto el equilibrio financiero del contrato, al establecerse que al contratista se le hizo entrega de un anticipo para la eficiente ejecución del contrato, quedando COINCO liberada de compensar cualquier depreciación que se presentara en el lapso de la ejecución del contrato.

El hecho de compensar al contratista con dineros por depreciación, rompió el equilibrio financiero del contrato, afectándose la entidad contratante, ya que al contratista se le concedieron ventajas económicas no previstas en el contrato. Por esto, la entidad fiscalizadora determinó que se habían presentado irregularidades en relación con la amortización de los anticipos.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Excepción de indebida acumulación de pretensiones.

Manifestó el apoderado de la Contraloría General de la República que se habían acumulado indebidamente prestaciones de restablecimiento del derecho con la de la acción de reparación directa por haberse pedido la cancelación de todos los antecedentes y registros, así como el pago de los perjuicios morales, los cuales debieron ser objeto del ejercicio de la acción de reparación directa imputable a hechos, omisiones u operaciones de la Administración.

Para la Sala, como lo decidió el a quo, esta excepción no está llamada a prosperar por cuanto el propio artículo 85 C.C.A., al consagrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, establece que, dentro de ésta, puede solicitarse también la reparación del daño, como una consecuencia lógica de lo que se denomina **restablecimiento del derecho**. En consecuencia, el hecho de que el demandante solicitara la cancelación de los antecedentes y registros que

existieren en su contra, así como el pago de los perjuicios morales, busca restablecer las cosas a su estado original, pretensión característica de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo tanto, la excepción de indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar.

En primer lugar, precisa la Sala que el actor apeló solo lo relativo a la denegación de la pretensión de perjuicios morales. Pero, como quiera que la Contraloría General de la República también apeló el fallo, se analizará la totalidad de sus motivaciones.

Señala el accionante que la Administración actuó por fuera de tiempo ya que no disponía de competencia para proferir el fallo fiscal en razón a que la acción se encontraba caducada. Al no establecer la Ley 42 de 1993 un término de caducidad, es aplicable, en su criterio, lo dispuesto en el artículo 38 del C.C.A., según el cual “...la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”.

I
Entra la Sala a analizar el cargo formulado, a la luz de las disposiciones constitucionales, según las cuales, el control fiscal es una función pública que ejerce la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Esta vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados. En casos excepcionales, la Contraloría puede ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Precisamente entre las funciones que la Constitución asigna al Contralor General de la República, se encuentra la contenida en el numeral 5 del artículo 268 según la cual le corresponde “ Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma”.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 42 de 1993 consagra que el control fiscal será ejercido, en forma posterior y selectiva, por la Contraloría General de la República,

las contralorías departamentales y municipales, los auditores, las auditorías y revisorías fiscales de las empresa públicas municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la citada ley.

Esta responsabilidad fiscal es independiente de la responsabilidad penal y disciplinaria que pudiera caberle a un servidor público y cada proceso es autónomo e independiente del otro, correspondiéndole igualmente a cada uno consecuencias diferentes.

La Ley 42 de 1993, no se ocupó en parte alguna del tema de la caducidad de la acción fiscal, aspecto que ha sido necesario esclarecer a través de la vía jurisprudencial.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sede de tutela y mediante sentencia T-973 de 1999, manifestó:

“Ahora bien, dada la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, y teniendo en cuenta que la ley 42 no fijó término de caducidad de la acción, es preciso acudir para ello, según lo dispuesto por el artículo 89 de la ley 42 de 1993, a las disposiciones del código contencioso administrativo que se refieren a la caducidad de las acciones. En efecto, éste precepto establece que “en los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el código contencioso administrativo o de procedimiento penal, según el caso”. Además, si bien es cierto que las normas del código contencioso administrativo son aplicables a las Contralorías por disposición del artículo 1º ibídem, también lo es que lo serán en la medida en que no exista norma especial al respecto, y que además no existiendo norma especial, la situación encuadre dentro del respectivo precepto.

El código contencioso administrativo establece en su artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, los términos de caducidad de las acciones, que para el caso de la acción de reparación directa, se fija en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Y es este mismo término el que, por la remisión expresa que hace el artículo 89 de la ley 42 de 1993 a las normas del código contencioso administrativo, y dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa, se aplica para el proceso de responsabilidad fiscal.

En consecuencia, el proceso de responsabilidad fiscal sólo podrá iniciarse contra los funcionarios del erario a más tardar dentro de los dos años siguientes, contados a partir de la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta”. (Cfr. Corte

Constitucional. Sentencia T-973 de 1999. M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis).

Enfrentada a esta posición, se encuentra la consignada en fallo de abril 2 de 1998, de esta Sección, con ponencia del Dr. Libardo Rodríguez en el que se manifestó:

“En el presente caso no se cita norma especial alguna que regule la caducidad en materia de juicios fiscales, razón por la cual debe examinarse el artículo 38 del C.C.A., que cita el actor como violado.

Como bien lo afirmó el fallador de primera instancia, el artículo 38 del C.C.A. se refiere a la caducidad de las sanciones, teniéndose que el fallo con responsabilidad fiscal no es una sanción, pues éstas son, de conformidad con el artículo 99 de la Ley 42 de 1993, la amonestación, la multa, la remoción y la suspensión, todas ellas consecuencia de un proceso disciplinario, en tanto que el fallo con responsabilidad fiscal es el resultado del juicio fiscal, el cual es definido por el artículo 79 de la Ley 42 de 1993, en los siguientes términos:

“Artículo 79. - El juicio fiscal es la etapa del proceso que se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación”.

Examinado el texto de la Ley 42 de 1993, la Sala encuentra que la misma no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal y no obstante que el artículo 89 de la citada ley dispone que “En los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso”, la Sala considera que el artículo 38 del C.C.A. no es aplicable, pues, de una parte, el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción, y, de otra parte, porque del contenido del artículo 17 de la citada ley se desprende que dicho juicio de responsabilidad fiscal puede ser iniciado en cualquier momento, lo cual implica que su ejercicio no está limitado en el tiempo”. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 4438. Abril 2 de 1998. .P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez).

Teniendo en cuenta, la naturaleza de la función fiscal y el objeto sobre el que recae, que son los bienes del Estado, y de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la prevalencia del interés general, tiene mayor aceptabilidad y responde mejor a los mandatos constitucionales la última tesis sostenida por esta Corporación. Inclusive, el artículo 17 de la Ley 42 de 1993, en forma implícita adopta esta misma postura al señalar que “ Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el feneamiento y se iniciará el juicio fiscal”. Esta norma no establece un límite en el

tiempo a partir del cual se haga imposible iniciar el juicio fiscal cuando, con posterioridad al fenecimiento, aparecieren pruebas de operaciones irregulares, disposición que permite entonces, hablar de que en estas materias de juicios por responsabilidad fiscal no puede aceptarse la figura de la caducidad. Debe aclararse, además, que el término de caducidad tiene que ver con el **inicio** de la acción, en este caso, la acción fiscal, y no con el término dentro del cual puede imponerse la sanción. Por lo tanto el cargo formulado carecía de fundamento.

3. Violación del artículo 86 del Decreto 222 de 1983.

Para entrar al análisis del cargo formulado, es menester transcribir el texto del artículo 86 del Decreto 222 de 1983 que establecía:

“Artículo 86. De la revisión de precios. En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento.

En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato”.

Examinado el Aviso de Observación N° 012 del 6 de Octubre de 1989, se encuentra que este hace referencia al “Comprobante de egreso 5557 a nombre del Banco de Colombia, por no cumplir con lo estipulado en el artículo 86 del Decreto 222/83, al quebrantarse el equilibrio financiero entre las partes, causado por la amortización de anticipos, presentándose sobrevaloración en los pagos respectivos. Valor total del aviso de observaciones \$53´447.010.78”.

Se giró a nombre del Banco de Colombia, en razón a endoso que hizo el contratista a favor de esa entidad bancaria (Fl. 4).

El citado comprobante de egreso N° 5557 contiene los siguientes conceptos:

Valor acta Definitiva # 31 de feb/89 por	\$ 531.119.63	
Abono Acta Definitiva # 32 de Marzo/89	\$4'931.828.57	
Acta Provisional # 31 de Feb /89	\$26'338.952.25	
Menos abono C.E: # 5176	<u>\$13'786.304.67</u>	<u>\$12'552.647.58</u>
TOTAL.....		\$54'015.595.78
Descuento 1%	\$56'858.521	
Neto a pagar.....		\$53'447.010.78

Si se revisa el primero de los actos demandados, se encuentra que la glosa que motivó la investigación fiscal contra el demandante establece:

“Por no cumplir con lo estipulado en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, al quebrantarse el equilibrio financiero entre las partes, causado por la amortización de anticipos, presentándose sobrevaloración en los pagos respectivos”.

En el mismo documento se transcriben apartes de un concepto de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el cual se dijo:

“Se amortiza, previo el ajuste del valor básico mensual del acta correspondiente, la cual no se justifica por cuanto se trata de dineros entregados anticipadamente al contratista, libres de interés, para la eficiente ejecución del contrato. Lo anterior quiere decir, que el contratista debió invertirlos en el tiempo en que le fueron entregados, razón por la cual, la entidad pública quedó liberada de compensar su depreciación a lo largo de la ejecución del contrato.

Esta forma de amortización del anticipo, rompe el equilibrio financiero del contrato, en contra de la administración contratante, por cuanto, conceden al contratista ventajas económicas que van en detrimento del patrimonio financiero de la entidad, puesto que de una parte el contratista no reconoce, ni paga intereses por la suma entregada y por la otra usufructúa sin compensarla ni haberse causado el beneficio

económico de la actualización de precios sobre el valor total de cada acta.

De otra parte, esta forma de amortización del anticipo, va más allá de la estipulación contractual, en razón a que allí se previó que este se haría mediante deducciones de las cuentas mensuales de pago, no sujetas a reajustes previos.

Antes de concluir, la Oficina Jurídica quiere aclarar que su pronunciamiento no se refiere a la fórmula de reajuste matemático en sí; sino a la base que se debe tomar para aplicar la misma en cada acta. La base debe ser el valor del acta menos la suma correspondiente a la amortización del anticipo....". (subrayado fuera de texto).

Al respecto, es pertinente traer la Cláusula Décima del Contrato 295 de 1986, que establecía:

"Cláusula Décima. Anticipos. Tan pronto haya quedado perfeccionado el contrato y constituídas las respectivas fianzas que lo amparen, COINCO podrá conceder, libres de interés, si el CONTRATISTA lo requiere, anticipos que en total no excedan del cuarenta por ciento (40%) del valor inicial del contrato de acuerdo con las apropiaciones presupuestales correspondientes y con lo señalado en el Pliego de condiciones sobre naturaleza, manejo, uso y destinación de los anticipos. Parágrafo Primero. Amortización. La amortización de los anticipos se hará mediante deducciones de las cuentas mensuales de pago. La cuota de amortización se determinará multiplicando el valor de la respectiva acta por la relación que existe entre el saldo de los anticipos y el saldo del valor del contrato".

Por su parte, el parágrafo segundo de la Cláusula Décima Primera, consagra:

"Parágrafo Segundo. Ajustes. El valor del acta por la obra ejecutada cada mes, se ajustará para cada grupo de acuerdo con la siguiente fórmula: $P1 = Po \cdot I/Io$. En el cual los componentes de la fórmula tienen los siguientes significativos o significados: P= Valor ajustado del acta para cada grupo de obra. Po= valor básico del acta para cada grupo de obra calculado según las cantidades de obra ejecutada a los precios

unitarios consignados en la “Lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la Propuesta; I= Valor del “índice de costos de construcción para carreteras” en respectivo grupo de obra, tomado del Boletín del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y correspondiente al mes anterior al cual se pague el acta de la Licitación. lo = Valor de I para cada grupo de obra correspondiente al mes de cierre de la Licitación (Febrero 1986). (...)”.

De las cláusulas transcritas se puede deducir que en el texto del contrato estaba previsto el pago de anticipos que no excedieran del 40% del valor total del contrato, los cuales iban amortizándose en el curso del mismo y no generaban intereses a favor del Estado, manteniéndose simultáneamente la posibilidad de hacer ajustes de acuerdo con la fórmula consignada en la Cláusula Décima Primera, es decir, que lo uno no excluía lo otro, tal como lo permitía el Decreto 222 de 1983. Como el contrato se celebró por el sistema de precios unitarios, era aplicable lo dispuesto en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983 que no previó ningún tipo de intereses por el valor de los anticipos entregados.

Mal puede aceptarse, entonces, que el haber entregado anticipos y dado aplicación a la cláusula de ajustes, en consonancia con la fórmula consignada en el propio contrato, haya producido el desequilibrio contractual a que alude la Contraloría en su juicio fiscal, máxime cuando no se demuestra en los antecedentes administrativos en qué consistió tal desequilibrio, ni aparece en las actas que se hubieran reconocido valores por fuera de lo pactado.

En el alegado de conclusión ante esta instancia, la Contraloría General de la República insiste en que, mediante los fallos demandados, el ente fiscalizador protegió los intereses del Estado, evitando que se causara un deterioro en detrimento del erario público, pues el mecanismo contractual resulta inequitativo para la entidad contratante. Pero tal argumentación, para la Sala, apunta a la legalidad de las cláusulas contractuales que debieron ser demandadas mediante el ejercicio de la acción contractual.

Se deduce, entonces, que los fallos 065 del 20 de agosto de 1991, 109 del 15 de noviembre del mismo año, proferidos por el Jefe Territorial de Juicios Fiscales de Cundinamarca, y el 0347 del 11 de octubre de 1996 del Jefe de Juicios Fiscales

de la Contraloría General de la República, son nulos por falsa motivación, lo que llevará a confirmar el fallo de primera instancia.

En cuanto al cargo planteado en la demanda, consistente en que el levantamiento del acto de fenecimiento equivale a una revocatoria directa que, por lo tanto, debía cumplir con los requisitos del artículo 73 C.C.A., encuentra la Sala que la figura del levantamiento del fenecimiento difiere sustancialmente de la revocatoria directa, pues, en esta última se está frente a un acto administrativo en firme, que ha creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, mientras que el fenecimiento es un acto que, como su nombre lo indica, pone fin a algo, pero no crea ni modifica una situación jurídica particular.

Cuando se levanta el fenecimiento, por encontrarse pruebas de operaciones irregulares o fraudulentas, no se está con ello desconociendo un acto administrativo de carácter particular que esté afectando en forma directa a una persona y, por ello, no son aplicables a esta figura los requisitos que el artículo 73 C.C.A. para revocar los actos creadores de situaciones subjetivas, pues, además; el acto de fenecimiento no tiene la virtualidad de decidir, en forma definitiva, en juicio fiscal, ya que es la misma ley la que permite que, ante nuevas pruebas, se proceda a su levantamiento.

Finalmente, en cuanto a que no se reconocieron perjuicios morales derivados de la expedición de fallos anulados, y que el demandante traduce en el hecho de la imposibilidad de volverse a vincular laboralmente, la Sala no accederá a tal pretensión pues tal evento debió probarse para posibilitar indemnización, no por daño moral, sino por daños materiales directamente derivados de la expedición de los actos demandados. De otra parte, la cancelación de los registros y antecedentes puede obrar, de manera suficiente, como prueba de su inocencia frente a los hechos.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE el fallo apelado.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de la Sección Primera, en su sesión de fecha 12 de julio del año 2001.

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO

Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Aclara Voto

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

MANUEL S. URUETA AYOLA

NOTA DE RELATORIA: Octubre 5 de 2001: Hasta la fecha no se ha recibido la aclaración de voto del Dr. Camilo Arciniegas Andrade.