

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Competencias constitucionales y legales / CONTROL FISCAL - Objeto y alcance / GESTION FISCAL - La constituye inversiones efectuadas por el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica I CEL / INVERSIONES EN CDT'S - Son objeto de control fiscal / RESPONSABILIDAD FISCAL - Derivada de culpa. Elementos de la culpa

El texto de las normas que ha quedado transcrito [Constitución Política, artículos 119 y 267; y Ley 42 de 1993, artículos 8 a 14, 83 y 86] pone de manifiesto que la Contraloría General de la República cumplió con las atribuciones que le asignó la Constitución y la Ley, pues estaba en la obligación de vigilar la gestión fiscal del ICEL para determinar si hubo o no detrimento patrimonial de la entidad de Estado al haber autorizado los miembros del Comité de Inversiones la constitución de los CDT'S; si tal recomendación fue adecuada o no en cuanto recayó la inversión en una sociedad que estaba en malas condiciones financieras; quiénes debían asumir la responsabilidad de la decisión adoptada; y si tal decisión fue precedida de culpa, fenómeno este en el que pueden intervenir la negligencia, imprudencia o impericia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 119 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 267 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 8 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 9 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 10 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 11 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 12 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 13 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 14 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 83 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 86

INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA ICEL - Funciones del Comité de Inversiones Financieras / INVERSIONES FINANCIERAS DE ENTIDAD PUBLICA - Supone actividad minuciosa de estudio y análisis de las entidades financieras en las cuales se va a invertir / RECAPITALIZACION DE ENTIDAD FINANCIERA - Como medida previa a su toma de posesión / MEDIDA PREVIA A TOMA DE POSESION - Recapitalización de entidad financiera / INVERSION FINANCIERA DE ENTIDAD PUBLICA - Riesgo de detrimento patrimonial / MEDIDA PREVIA A TOMA DE POSESION - En entidad financiera. Indicativa de posible riesgo en futura inversión / COMITE DE INVERSIONES FINANCIERAS DEL ICEL - Negligencia al no prever riesgo de detrimento patrimonial

Conforme se advierte en el acervo probatorio recaudado, el actor, para la época en que se produjeron los hechos que dieron lugar a la investigación que culminó con los actos acusados era el Jefe de la División de Tesorería y miembro del Comité de Inversiones Financieras del ICEL. A folios 365 a 366 del cuaderno principal obra la Resolución 000728 de 25 de abril de 1997, emanada del Director del ICEL, conforme a la cual las funciones del Comité de Inversiones Financieras son, entre otras, las siguientes: 1.- Diseñar la política financiera institucional que permita optimizar las inversiones de los recursos propios del Instituto. 2.- Cotizar ante las entidades financieras las tasas de más alto rendimiento para colocación de la inversión, de conformidad con los vencimientos o la disponibilidad existente en caja, bancos, cuenta de ahorros y UPACS. 3.- Evaluar trimestralmente el resultado de las inversiones y con base en las tasas existentes determinar la permanencia o continuidad de las inversiones en las entidades previamente constituidas. De las funciones que se destacan se colige que para el cabal ejercicio de las mismas a los miembros del Comité de Inversiones les correspondía desplegar una actividad minuciosa de estudio y análisis de las entidades financieras en las cuales se buscaba invertir los recursos de la entidad,

a fin de obtener para ésta el más alto rendimiento. Ahora, según se lee a folio 231, el 19 de mayo de 1997 el Comité del cual formaba parte el actor se reunió y aconsejó invertir el monto de \$2.000'000.000 en la entidad financiera ARFIN S.A.; y consta a folio 231, que además de ésta también ofertaron otras entidades como los Bancos Ganadero, Popular, Villas, Occidente, etc. Se lee a folio 249 que la Superintendencia Bancaria el 27 de diciembre de 1996 había ordenado a ARFIN como medida preventiva de la toma de posesión, la recapitalización en cuantía de siete mil millones de pesos. Estima la Sala que esta sola circunstancia debió ser indicativa para el Comité de Inversiones del ICEL de que ARFIN S.A. no era propiamente la entidad financiera más confiable para hacer inversiones que resultaran beneficiosas para el ICEL; y el hecho de que la Superintendencia Bancaria hubiera expresado que dicha compañía el 7 de enero de 1997 presentó una propuesta de capitalización de tres mil quinientos millones de pesos, no podía ser tenido en cuenta como una circunstancia tranquilizante para recomendar la inversión pues, ante todo, la mencionada recapitalización se dispuso COMO MEDIDA PREVIA DE LA DE POSESIÓN DE LOS BIENES Y HABERES, luego mal puede prevalerse de esta circunstancia el actor para considerar que no era previsible un riesgo de detrimento patrimonial. Todo lo contrario, si la entidad encargada de la vigilancia de las entidades financieras les da una especie de "ultimátum" para no intervenirlas, lo que ello denota es que la situación económica es grave; y tan grave lo fue, que a escasos meses de la medida previa de recapitalización, se produjo la toma de posesión (Resolución 1200 de 20 de noviembre de 1997, folios 292 a 304). De tal manera que la negligencia e imprudencia del actor, como miembro del Comité de Inversión del ICEL está más que demostrada, pues era perfectamente previsible el riesgo de detrimento patrimonial al hacer inversiones en una entidad que estaba ad portas de ser sujeto pasivo de la toma de posesión.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 000728 DE 1997 DEL DIRECTOR DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA

RESPONSABILIDAD FISCAL - Por negligencia e imprudencia en inversión de dineros públicos / INVERSION DE DINEROS PUBLICOS - Responsabilidad fiscal por negligencia / RESPONSABILIDAD FISCAL - Culpa en inversión financiera

Ahora, el hecho de que el actor no fuera la persona que realizara la gestión fiscal tampoco lo exonera de responsabilidad, pues del manual de funciones se infiere, como se dijo precedentemente, que el Comité al cual perteneció tenía a su cargo el diseño de la política financiera institucional que permitiera optimizar las inversiones de los recursos propios del ICEL; cotizar ante las entidades financieras las tasas de más alto rendimiento para colocación de la inversión, de conformidad con los vencimientos o la disponibilidad existente en caja, bancos, cuenta de ahorros y UPACS; y evaluar trimestralmente el resultado de las inversiones y con base en las tasas existentes determinar la permanencia o continuidad de las inversiones en las entidades previamente constituidas, todo lo cual implica necesariamente una actividad vigilante de los recursos que recomienda invertir; y no se requería probar la existencia de una conducta dolosa, pues la responsabilidad también tiene su origen en actuaciones culposas, provenientes de negligencia, imprudencia e impericia y, a juicio de la Sala, el demandante incurrió en las dos primeras de las nombradas.

RESPONSABILIDAD FISCAL - Pago a favor del Estado no desaparece conducta culposa que dio lugar a responsabilidad fiscal /

RESPONSABILIDAD FISCAL - Reducción del monto del detrimento patrimonial

Ahora, cabe destacar que de acuerdo con las certificaciones obrantes a folios 38 y 48 del cuaderno del recurso, de un total de acreencias a cargo de ARFIN S.A. y a favor del IPSE (antes ICEL), por valor de CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$4.247'183.143,62), a la fecha 2 de octubre de 2006 se había pagado el 95.62%, quedando un saldo insoluto de CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CATORCE MIL DOSCIENTOS VEINTITRÉS PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$181.314.223,38), es decir, que a esa fecha estaba cubierto el 95.62% de la obligación. Empero esta circunstancia no tiene vocación de hacer desaparecer la conducta culposa en que incurrió el actor, que dio lugar a los actos acusados que lo declararon fiscalmente responsable. Incide sí en la suma por la cual se tasó su responsabilidad Y PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE JURISDICCIÓN COACTIVA, en la medida en que se redujo el monto del detrimento patrimonial, de ahí que conforme se deduce de los anexos que acompañó la DIRECCIÓN DE JURISDICCIÓN COACTIVA de la CONTRALORÍA, concretamente del proveído visible a folios 306 y 307 del cuaderno anexo 3, la acción ejecutiva se continuó contra el actor por \$19'563.332,41, en virtud de la modificación que se produjo del mandamiento de pago en el expediente J-1041.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00270-02

Actor: ANTONIO FRANCISCO SANCHEZ

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 10 de julio de 2003, proferida por la Sección Primera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. ANTONIO FRANCISCO SÁNCHEZ CABRALES, obrando a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución núm. 07786 de 20 de noviembre de 2000, expedida por el Contralor General de la República; de los fallos núms.000006 de 22 de febrero de 2000, emanado de la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales y 00029 de 4 de agosto de 2000; y el auto núm. 000051 de 5 de febrero de 2001, expedidos por la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, que declararon fiscalmente al actor en cuantía de \$399'945.492,41.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se le exonere de la responsabilidad fiscal que se le endilgó y se le indemnicen los perjuicios causados.

I.2. En apoyo de sus pretensiones, señala, en síntesis, los siguientes hechos:

1.- Que el actor, en su calidad de Jefe de la División de Tesorería del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica- ICEL-, hoy ISPE, era miembro del Comité de Inversiones Financieras, en los términos de la Resolución 000726 de 25 de abril de 1997, junto con el Subdirector Financiero y Jefe de la División de Presupuesto y Contabilidad y recomendaron mediante Acta núm. 8 de 19 de mayo de 1997 invertir y constituir un CDT por valor de dos mil millones de pesos en cualquiera de las entidades escogidas que para la época gozaban de un buen posicionamiento.

2.- Que de acuerdo con esa recomendación, el Director General del ICEL escogió a la Compañía ARFIN S.A., la que, por lo demás, según publicación del Diario El Tiempo de 12 de mayo de 1997 alcanzó un índice de solvencia del 18% duplicando el nivel exigido en Colombia.

3.-Que la Contraloría General de la República, en virtud de la constitución del CDT, inició investigación fiscal contra el actor y otros, que culminó con la declaratoria de responsabilidad fiscal, pues el Superintendente Bancario, previo concepto del Consejo Asesor y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ordenó la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de ARFIN S.A., para proceder a su liquidación.

4.- Enfatiza en que la situación de ARFIN, que la llevó a su liquidación, no fue conocida por nadie y lo que hizo el actor no fue más que dar una recomendación bien fundamentada, pues esa entidad era la que mayor liquidez tenía dentro de las que cotizaban.

I.3. Como fundamento de la demanda, el actor adujo la violación de los artículos 1º, 2º, 6º, 13, 15, 21, 29, 267 y 268 de la Carta Política; y 36 del C.C.A.

Explica el alcance del concepto de la violación, en esencia, así:

1.-Que las normas constitucionales invocadas como violadas establecen las condiciones para el ejercicio del poder público por parte de la Administración Pública, de donde surge la exigencia para las autoridades de la República de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y la responsabilidad

de los servidores públicos cuando infringen la Constitución y la Ley por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones.

Que en el caso del actor se violaron esas normas al endilgarle responsabilidad fiscal y la discrecionalidad de la Administración no escapa al principio de juridicidad.

Estima que los actos acusados excedieron las atribuciones constitucionales de la Contraloría General de la República al controvertir cuestiones jurídicas ajenas al control fiscal, pues el actor al recomendar la constitución del CDT núm. 0007319 de 23 de mayo de 1997 y suscribir el Acta núm. 08 de 19 de mayo de 1997, cumplió estrictamente las normas que regulan la materia sobre inversión, esto es, los Decretos núms. 1013 de 1995 y 798 de 1997, en concordancia con la reglamentación interna del ICEL, como la Resolución núm. 0005 de 10 de enero de 1996, modificada por la Resolución núm. 00726 de 25 de abril de 1997.

2.- Afirma que se incurrió en falsa motivación, pues mal podía la Superintendencia Bancaria plantear prelación de créditos en la Resolución 1200 de 20 de noviembre de 1997, cuando no tiene competencia para ello, pues la facultad corresponde al Liquidador en los términos del Decreto 663 de 1993, que tradujo con la expedición de la Resolución 001 de 20 de marzo de 1998, donde se estableció tal prelación.

3.- Estima que es perverso que la Contraloría General de la República sostenga que con la constitución del CDT núm. 007319 el Estado sufrió detrimento patrimonial, ya que las acreencias a favor del ICEL no son de las catalogadas de dudoso recaudo o de las referidos a créditos de la masa que contemplan los artículos 1 y 2 del Capítulo 2 de la Resolución 001 de marzo de 1998.

Insiste en que ARFIN ha reconocido el valor de los créditos a favor del ICEL con su correspondiente indexación a través de la precitada Resolución, lo que debe dar lugar a la cesación de toda responsabilidad.

Se pregunta el actor de dónde salió la responsabilidad fiscal que el Contralor le endilga, siendo que actuó conforme a la ley, por lo que la Procuraduría se abstuvo de formularle cargos.

Destaca que de la deuda de \$4.428.497,367, a la fecha de presentación de la demanda se ha reembolsado un 57.3%.

En el escrito en que solicitó la suspensión provisional de los efectos de los actos controvertidos, adujo que éstos no tienen claridad sobre la fundamentación y especie con que se formula su responsabilidad fiscal pues no se hizo un análisis probatorio para demostrar los factores objetivos y subjetivos de los hechos que se le imputan; y que el incumplimiento de dichas formalidades llevan necesariamente a la existencia de una nulidad por violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Señala que los actos administrativos acusados violan el principio de legalidad, toda vez que están precedidos de una falsa motivación, pues no existe concordancia entre los fallos y los fines legales.

I.4.- La Contraloría General de la República, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de sus pretensiones aduciendo al efecto, esencialmente, lo siguiente:

Que la competencia de la entidad dimana del artículo 268, numerales 1 y 12 de la Carta Política, para revisar y fenecer las cuentas correspondientes y determinar el

grado de eficiencia y economía con que hayan obrado los funcionarios o empleados.

Trae a colación la definición del proceso de responsabilidad fiscal que contienen los artículos 72 a 89 de la Ley 42 de 1993 y la sentencia C-540 de 1997, que alude a dicho proceso.

Resalta que al actor no se le violó el debido proceso, pues tuvo la oportunidad de refutar las pruebas obrantes en el expediente, rendir descargos e interponer recursos; y resalta que su actuación estuvo ajustada a las formalidades legales.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.-

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda, en esencia, por lo siguiente:

Que los cargos de la demanda se refieren a:

1.- La Contraloría General de la República rebasó la órbita de sus competencias, al juzgar los actos de administración de la entidad;

2.- Que no existió responsabilidad en el actor pues al momento de hacer la inversión ARFIN S.A. no atravesaba una mala condición financiera y contable, pues la entidad liquidada ya había pagado el CDT 07319 de 23 de mayo de 1997;

3.- Falsa motivación.

Resalta el a quo que la sentencia se circunscribirá únicamente a la recomendación que hizo el actor para que el ICEL invirtiera \$2.000.000.000 en ARFIN S.A. Que al

demandante no se le cuestiona en los actos acusados sobre el procedimiento para constituir los C DT'S, ni tampoco los valores invertidos, sino porqué se recomendó hacer tal inversión cuando era determinable la pésima condición financiera de ARFIN S.A.

Para establecer la competencia de la Contraloría General de la República el a quo trajo a colación el texto de los artículos 119 y 267 de la Constitución Política, cuyo análisis y alcance se hizo en la sentencia de 16 de octubre de 1997, de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, en la cual también se analizaron los artículos 6º, 29, 90, 121, 123, inciso 2º, 124, 267, 268, numeral 5 y 272, ibídem; 8º a 14, 83 y 86 de la Ley 42 de 1993.

Del análisis que se hizo en la precitada sentencia, el a quo deduce que la Contraloría General de la República no rebasó la órbita de su competencia; no juzgó los actos propios de la administración del ICEL, sino que, cumpliendo su obligación legal y constitucional, realizó un control posterior respecto de las inversiones hechas por una entidad del Estado, las que encontró que no se ajustaban a los mandatos legales sobre el asunto, de lo cual dedujo culpabilidad en contra del actor.

Respecto a la culpabilidad del actor, tuvo en cuenta lo siguiente:

Que el actor, como Jefe de la División de Tesorería y miembro del Comité de Inversiones Financieras del ICEL tenía la obligación de recomendar en qué entidad financiera se podían hacer las inversiones, lo cual hizo.

Empero, tal recomendación careció del debido estudio, tanto de la capacidad financiera de ARFIN S.A., como del estado contable, lo cual allanó el camino para

que se invirtieran recursos en una entidad que carecía de respaldo al punto que al poco tiempo fue intervenida para su liquidación por la Superintendencia Bancaria.

Resalta el a quo que la mala situación de ARFIN S.A. venía consolidándose de tiempo atrás, conforme lo demuestra la Resolución 1200 de 20 de noviembre de 1997 (por la que se intervino aquella por parte de la Superintendencia Bancaria); y los miembros del Comité de Inversiones del ICEL, dada su actividad profesional, eran los más calificados para reconocer tales aspectos.

En relación con el argumento del actor, relativo a que la entidad liquidada pagó el importe total del CDT 0007319 de 20 de mayo de 1997 y dejó insoluto el CDT 0007421 de 18 de junio de 1997, pues realizó un abono total de \$2.577.678.470.62, el a quo advierte que el crédito reconocido respecto al primer CDT en el trámite liquidatorio fue de \$2.233.592.367 y sobre el segundo CDT \$2.194.905.000, que se hicieron exigibles en la fecha en que se declaró la toma de posesión de ARFIN S.A.

Explica que del texto del artículo 293, numeral 1, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se deduce que cuando la Superintendencia Bancaria toma la decisión de liquidar una entidad financiera, lleva aparejada la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida, la terminación automática de los contratos de seguro suscritos por la intervenida y la formación de la masa de bienes de la concursada; y que cuando se reconocen varios créditos a favor de un determinado acreedor y se pacta la manera como se harán sus pagos, de no existir regla expresa en contrario, se entenderá que son imputables a la obligación total y no primero a una y luego a otra y así sucesivamente, luego la única obligación a favor de ICEL, en virtud del crédito reconocido en el trámite liquidatorio era de \$4.428.497.367.

Que por lo anterior, no le asiste razón al actor en cuanto a que el pago hecho en el trámite liquidatorio se debe imputar a una sola obligación (CDT 0007319), dejando de lado a las demás, pues cuando se trata de un solo acreedor respecto de él se crea un todo crediticio que será el que se pague en últimas a pro rata de todas las obligaciones reconocidas.

Que como está demostrado que el actor no guardó el debido cuidado que su investidura le exigía, pues no estudió ni analizó la situación financiera de ARFIN S.A. antes de recomendar al ICEL invertir \$2.000.000.000 en tal firma, y así determinar el riesgo de la misma, se colige que incurrió en la responsabilidad y en la pena que los actos acusados le imputaron e impusieron.

En lo concerniente a la falta de motivación de los actos acusados, el Tribunal no halló probado el cargo, ya que del análisis de los mismos se infiere que la Contraloría General de la República hizo un estudio de fondo de todos los aspectos probados en el trámite del procedimiento administrativo, a fin de establecer si efectivamente el encartado era responsable de la imprudente inversión. La decisión no fue fruto del capricho de la demandada y los motivos fueron reales y suficientemente relacionados con lo resuelto.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

El apoderado del actor, finca su inconformidad con la sentencia apelada, en síntesis, así:

Que en el juicio de responsabilidad fiscal existe falsa motivación, porque del análisis de las pruebas documentales aportadas al expediente se demuestra hasta la

saciedad que las inversiones del ICEL en ARFIN S.A. se rigen no por la Ley 80 de 1993, sino por los artículos 96 del Decreto 111 de 1996, 11 del Decreto 1013 de 1995 y 2º del Decreto 2188 de 1997.

Estima que son apreciaciones personales subjetivas de la entidad demandada y del a quo, las relativas a que en el momento en que se recomendó la inversión ARFIN S.A. no se encontraba en una buena situación económica y financiera, pues tanto la Superintendencia Bancaria como el Diario El Tiempo, publicaron que dicha compañía culminaba con éxito su proceso de capitalización alcanzando un nivel de 3.500 millones de pesos y un índice de solvencia del 18% duplicando el nivel exigido en Colombia.

Que la Superintendencia Bancaria certificó que en el período en que se hizo la inversión (15 de mayo y 19 de junio de 1997), la entidad no adoptó decisiones de conocimiento público que permitieran inferir que existía riesgo para la inversión en ARFIN S.A.

Insiste en la falta de competencia de la Contraloría General de la República para inmiscuirse en asuntos que no son de su competencia.

Resalta que el 12 de diciembre de 1996, ante los problemas de liquidez registrados por ARFIN S.A., la Superintendencia Bancaria le ordenó a ésta abstenerse de realizar nuevas operaciones activas de crédito, hasta tanto no se efectuara una recapitalización por \$7.000.000.0000 y en enero de 1997 ARFIN presentó recapitalización de \$3.500.000.000, lo cual fue aceptado por la Superintendencia, levantándole las restricciones y fue en ese momento en que el ICEL hizo la inversión.

Que la función del actor no fue más allá de una recomendación; **que él no realiza una gestión fiscal** ni tuvo una conducta dolosa u omisiva que cause daño patrimonial al Estado, pues el CDT 007319 fue pagado.

Resalta que frente al CDT 0007421, cuyo valor nominal es de \$2.000.000.000, no participó en la recomendación de su inversión; y que no obstante que los actos acusados lo declararon fiscalmente responsable en cuantía de \$399'945.492,41, esta suma fue modificada en \$19'563.332,41. en el mandamiento de pago de 26 de julio de 2001, habida cuenta que según la certificación de la Tesorería del IPSE, antes ICEL, el valor recuperado a esa fecha fue de \$2.958'060.530,62, que equivale al 80% de la deuda.

Insiste en que no recomendó la inversión de \$2'000.000.000 porque se encontraba en vacaciones.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público, en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo precisó el a quo, los cargos de la demanda se refieren a que la Contraloría General de la República rebasó la órbita de sus competencias, al juzgar los actos de Administración del ICEL; a que no existió responsabilidad en el actor, pues al momento de hacer la inversión ARFIN S.A. no atravesaba una mala

condición financiera y contable, dado que la entidad liquidada ya había pagado el CDT 07319 de 23 de mayo de 1997; y a la falsa motivación.

En lo que respecta a la falta de competencia del ente de control, estima la Sala que no le asistió razón al actor en esta censura, pues los artículos 119 y 267 de la Constitución Política, prevén, en su orden:

“La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la Administración”

“El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial....”.

De otra parte, la Ley 42 de 1993, que se tiene como sustento en los actos acusados (ver folio 30 del cuaderno principal), dispuso, en lo pertinente:

“Artículo 8° La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar

el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos. La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la Administración”.

“**Artículo 9°** Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes.

Parágrafo. Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial”.

”**Artículo 10.** El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General”.

”**Artículo 11.** El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables”.

”**Artículo 12.** El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad”.

”**Artículo 13.** El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida. Los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado”.

”**Artículo 14.** La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones”.

“**Artículo 83.** La responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso, hubieren causado perjuicio a los

intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal”

“Artículo 86. Cuando en un proceso fiscal un contratista resultare responsable, los organismos de control fiscal solicitaran a la autoridad administrativa correspondiente la imposición de la sanción respectiva. Para estos efectos la sanción será causal de caducidad del contrato”.

El texto de las normas que ha quedado transcrito pone de manifiesto que la Contraloría General de la República cumplió con las atribuciones que le asignó la Constitución y la Ley, pues estaba en la obligación de vigilar la gestión fiscal del ICEL para determinar si hubo o no detrimento patrimonial de la entidad de Estado al haber autorizado los miembros del Comité de Inversiones la constitución de los CDT'S; si tal recomendación fue adecuada o no en cuanto recayó la inversión en una sociedad que estaba en malas condiciones financieras; quiénes debían asumir la responsabilidad de la decisión adoptada; y si tal decisión fue precedida de culpa, fenómeno este en el que pueden intervenir la negligencia, imprudencia o impericia.

En orden a establecer si los actos acusados se ajustaron o no a la legalidad, esto es, si el actor incurrió en la culpa que se le endilga, es menester tener en cuenta lo siguiente:

Conforme se advierte en el acervo probatorio recaudado, el actor, para la época en que se produjeron los hechos que dieron lugar a la investigación que culminó con los actos acusados era el Jefe de la División de Tesorería y miembro del Comité de Inversiones Financieras del ICEL.

A folios 365 a 366 del cuaderno principal obra la Resolución 000728 de 25 de abril de 1997, emanada del Director del ICEL, conforme a la cual las funciones del Comité de Inversiones Financieras son, entre otras, las siguientes:

1.- Diseñar la política financiera institucional que permita optimizar las inversiones de los recursos propios del Instituto.

2.- Cotizar ante las entidades financieras las tasas de más alto rendimiento para colocación de la inversión, de conformidad con los vencimientos o la disponibilidad existente en caja, bancos, cuenta de ahorros y UPACS.

3.- Evaluar trimestralmente el resultado de las inversiones y con base en las tasas existentes determinar la permanencia o continuidad de las inversiones en las entidades previamente constituidas.

De las funciones que se destacan se colige que para el cabal ejercicio de las mismas a los miembros del Comité de Inversiones les correspondía desplegar una actividad minuciosa de estudio y análisis de las entidades financieras en las cuales se buscaba invertir los recursos de la entidad, a fin de obtener para ésta el más alto rendimiento.

Ahora, según se lee a folio 231, **el 19 de mayo de 1997** el Comité del cual formaba parte el actor se reunió y aconsejó invertir el monto de \$2.000'000.000 en la entidad financiera ARFIN S.A.; y consta a folio 231, que además de ésta también ofertaron otras entidades como los Bancos Ganadero, Popular, Villas, Occidente, etc.

Se lee a folio 249 que la Superintendencia Bancaria **el 27 de diciembre de 1996** había ordenado a ARFIN como medida preventiva de la toma de posesión, **la recapitalización en cuantía de siete mil millones de pesos.**

Estima la Sala que esta sola circunstancia debió ser indicativa para el Comité de Inversiones del ICEL de que ARFIN S.A. no era propiamente la entidad financiera más confiable para hacer inversiones que resultaran beneficiosas para el ICEL; y el hecho de que la Superintendencia Bancaria hubiera expresado **que dicha compañía el 7 de enero de 1997 presentó una propuesta de capitalización de tres mil quinientos millones de pesos**, no podía ser tenido en cuenta como una circunstancia tranquilizante para recomendar la inversión pues, ante todo, la mencionada recapitalización se dispuso COMO MEDIDA PREVIA DE LA DE POSESIÓN DE LOS BIENES Y HABERES, luego mal puede prevalerse de esta circunstancia el actor para considerar que no era previsible un riesgo de detrimento patrimonial.

Todo lo contrario, si la entidad encargada de la vigilancia de las entidades financieras les da una especie de “ultimátum” para no intervenirlas, lo que ello denota es que la situación económica es grave; y tan grave lo fue, que a escasos meses de la medida previa de recapitalización, se produjo la toma de posesión (Resolución 1200 de 20 de noviembre de 1997, folios 292 a 304).

De tal manera que la negligencia e imprudencia del actor, como miembro del Comité de Inversión del ICEL está más que demostrada, pues era perfectamente previsible el riesgo de detrimento patrimonial al hacer inversiones en una entidad que estaba ad portas de ser sujeto pasivo de la toma de posesión.

Ahora, tampoco es relevante el hecho de que hubiera habido un pago imputable a un CDT, pues, como lo advirtió el a quo, del texto del artículo 293, numeral 1, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se deduce que la decisión de liquidar una entidad financiera, implica la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida y el reconocimiento de varios créditos a favor de un

determinado acreedor y la manera cómo se harán sus pagos se entiende imputable a la obligación total.

Finalmente, no resulta válida la explicación del actor- para tenerla como hecho exonerante de responsabilidad-, que en el momento en que se recomendó la inversión tanto la Superintendencia Bancaria como el Diario El Tiempo, publicaron que dicha compañía culminaba con éxito su proceso de capitalización alcanzando un nivel de 3.500 millones de pesos y un índice de solvencia del 18% duplicando el nivel exigido en Colombia, pues, se repite, la entidad financiera estaba ad portas de la toma de posesión y la capitalización se produjo en cumplimiento de una medida previa tendiente a evitar la intervención que, finalmente se le impuso.

Ahora, el hecho de que el actor no fuera la persona que _realizara la gestión fiscal tampoco lo exonera de responsabilidad, pues del manual de funciones se infiere, como se dijo precedentemente, que el Comité al cual perteneció tenía a su cargo el diseño de la política financiera institucional que permitiera optimizar las inversiones de los recursos propios del ICEL; cotizar ante las entidades financieras las tasas de más alto rendimiento para colocación de la inversión, de conformidad con los vencimientos o la disponibilidad existente en caja, bancos, cuenta de ahorros y UPACS; y evaluar trimestralmente el resultado de las inversiones y con base en las tasas existentes determinar la permanencia o continuidad de las inversiones en las entidades previamente constituidas, todo lo cual implica necesariamente una actividad vigilante de los recursos que recomienda invertir; y no se requería probar la existencia de una conducta dolosa, pues la responsabilidad también tiene su origen en actuaciones culposas, provenientes de negligencia, imprudencia e impericia y, a juicio de la Sala, el demandante incurrió en las dos primeras de las nombradas.

Ahora, cabe destacar que de acuerdo con las certificaciones obrantes a folios 38 y 48 del cuaderno del recurso, de un total de acreencias a cargo de ARFIN S.A. y a favor del IPSE (antes ICEL), por valor de CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$4.247'183.143,62), a la fecha 2 de octubre de 2006 se había pagado el 95.62%, quedando un saldo insoluto de CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CATORCE MIL DOSCIENTOS VEINTITRÉS PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$181.314.223,38), es decir, que a esa fecha estaba cubierto el 95.62% de la obligación.

Empero esta circunstancia no tiene vocación de hacer desaparecer la conducta culposa en que incurrió el actor, que dio lugar a los actos acusados que lo declararon fiscalmente responsable. Incide sí en la suma por la cual se tasó su responsabilidad Y PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE JURISDICCIÓN COACTIVA, en la medida en que se redujo el monto del detrimento patrimonial, de ahí que conforme se deduce de los anexos que acompañó la DIRECCIÓN DE JURISDICCIÓN COACTIVA de la CONTRALORÍA, concretamente del proveído visible a folios 306 y 307 del cuaderno anexo 3, la acción ejecutiva se continuó contra el actor por \$19'563.332,41, en virtud de la modificación que se produjo del mandamiento de pago en el expediente J-1041.

Consecuente con lo que ha quedado reseñado, habrá de confirmarse la sentencia apelada y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 25 de marzo de 2010.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO