



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 050012331000200401667
01

AUTORIDADES NACIONALES

Actora: Sociedad BAAN COLOMBIA Ltda.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Contraloría General de Antioquia, contra la sentencia de julio 6 de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual declaró la nulidad de los Autos N° 793 del 22 de octubre y 880 del 18 de noviembre ambos de 2003, expedidos ambos por el Contralor General de Antioquia.

I. ANTECEDENTES



1. LA DEMANDA

La sociedad actora por conducto de apoderado judicial, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 CCA, contra la Contraloría General de Antioquia, con el fin de que se reconozcan las siguientes:

1.1. Pretensiones:

-Que se declare la nulidad del Auto N° 793 del 22 de octubre de 2003 mediante el cual se pronunció el Despacho del Contralor General de Antioquia, al desatar el grado de consulta del proceso fiscal número 27-008-99 adelantado por la Dirección de Responsabilidad Fiscal en el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA.

-Que se declare la nulidad del Auto N° 880 del 18 de noviembre de 2003 expedido por el Despacho del Contralor General de Antioquia, mediante el cual aclaró el artículo segundo del Auto 793 del 22 de octubre de 2003, en el sentido de proferir fallo con responsabilidad fiscal en contra de DELTA C.V. Ltda. solidariamente con BAAN COLOMBIA Ltda., por la suma de \$1.370.786.508,00 y en forma individual en contra de DELTA C.V. LTDA. por la suma de \$20.016.627,00.



-Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene levantar el registro de BAAN COLOMBIA Ltda. en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva; que se termine el proceso coactivo que se hubiera iniciado en contra de la actora y la cancelación de las medidas preventivas que se hubieran practicado. Finalmente solicitó el levantamiento del registro que se hubiera hecho de la actora en el Sistema de Información de Registro de Actuaciones y Causas de Inhabilidad "SIRIS" que maneja la Procuraduría General de la Nación.

1.2. Hechos:

Afirmó el apoderado de la demandante que el 14 de julio de 1997 el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, abrió el concurso público N° 01 de 1997 con el fin de obtener ofertas para la "implantación de un sistema de información que proporcionara una solución integral para facilitar la toma de decisiones gerenciales", por lo que la empresa actora el 6 de agosto del mismo año, presentó una oferta de acuerdo con los términos de referencia del concurso.

El 24 de octubre de 1997, la Gerencia General del IDEA mediante Resolución N° 98 de 1997 adjudicó el contrato a la actora, quedando perfeccionado el 23 de diciembre de ese mismo año, con la suscripción



entre las partes del respectivo contrato de implantación y el pago de las respectivas pólizas, cuyo valor fue de (US\$285.900) que se pagaría de forma mensual y el objeto sería realizado por el contratista conjuntamente con la colaboración del IDEA.

Señaló que el contrato de implantación lo ejecutó BAAN COLOMBIA Ltda. desde el 23 de diciembre de 1997 hasta el 3 de julio de 1998 en forma ininterrumpida, pero el IDEA le expresó a la contratista la necesidad de que hicieran “un paréntesis por unos días”, por lo que el 3 de agosto de ese año, la actora le manifestó al IDEA la necesidad de reconsiderar la suspensión de la propuesta del IDEA al considerarla inconveniente.

Adujo que el 4 de agosto de 1998, el IDEA le remitió a la demandante un borrador de acta de suspensión temporal del Contrato de Implantación aduciendo la existencia de acuerdos previos entre las partes, lo cual no era cierto, pero que en todo caso a partir de esta fecha y de manera intempestiva, ilegal y contraria a lo estipulado en el contrato, el IDEA suspendió de manera unilateral la ejecución del contrato, impidiendo a los consultores de BANN COLOMBIA Ltda. el ingreso a las instalaciones del Instituto incumpliendo las obligaciones consagradas en las cláusulas cuarta numeral cuarto y séptima del contrato.

Comentó el apoderado de la demandante, que el IDEA declaró la caducidad del Contrato de Implantación mediante Resolución N° 1403 del



1º de febrero de 1999, decisión frente a la cual la actora interpuso recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución N° 1487 del 28 de abril de 1999, confirmando en su integridad la Resolución N° 1403.

El Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, mediante Resolución N° 1592 del 27 de agosto de 1999, declaró liquidado el Contrato de Implantación de un sistema de información y deudora a BAAN COLOMBIA Ltda., por la suma de \$289.251.240,00, acto frente al cual se interpuso el respectivo recurso de reposición que fue confirmado mediante Resolución N° 1680 del 1º de diciembre de 1999.

Refirió que la sociedad BAAN COLOMBIA LTDA. presentó demanda de responsabilidad contractual en contra del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia. Que el 15 de mayo de 1999, el Gerente del IDEA denunció ante la Dirección Seccional de Fiscalías los hechos que fueron objeto de investigación por responsabilidad fiscal, constituyéndose como parte civil dentro del proceso penal, proceso éste en el que resultó absuelto el representante legal de la ahora demandante.

Señaló el apoderado de la actora que la Unidad Especial de Investigaciones de la Dirección de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Antioquia, por medio de Auto N° 006 del 5 de mayo de 1999, abrió la investigación fiscal 27-008-99 por presuntas irregularidades en la



contratación celebrada por el IDEA con la firma BAAN Colombia Ltda., siendo vinculada mediante Auto 004 del 5 de febrero de 2002 por el incumplimiento de los contratos celebrados con el IDEA, porque supuestamente causó un daño patrimonial a la contratante en la suma de (\$814.006.240,00). Mediante Auto N° 046 del 14 de marzo de 2003, le imputaron responsabilidad fiscal a la representante legal de la actora y luego del periodo probatorio, mediante Fallo N° 181 del 9 de septiembre de 2003, la Dirección de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Antioquia resolvió Fallar sin Responsabilidad Fiscal el proceso adelantado contra BAAN COLOMBIA LTDA.

Informó que esta decisión fue remitida al Despacho del Contralor General de Antioquia en virtud del grado de consulta previsto en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, dependencia que expidió el Auto N° 793 del 22 de octubre de 2003 mediante el cual revocó parcialmente el Auto 181 del 9 de septiembre de 2003 para en su lugar, proferir Fallo con Responsabilidad Fiscal en contra de BAAN COLOMBIA LTDA., por la suma de \$1.370.786.508 y como tercero civilmente responsable a seguros del Estado en virtud de las pólizas 97332406 y 97332405. Posteriormente el Despacho del Contralor expidió el Auto N° 880 del 18 de noviembre de 2003, que declaró solidariamente a BAAN COLOMBIA LTDA. y en forma individual en contra de DELTA C.V. LTDA. por la suma de \$20.016.627,00.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación:



A juicio de la parte demandante los actos administrativos acusados vulneran las siguientes normativas: los artículos 29, 267, 268 numeral 5º y 272 de la Constitución Política; 1º, 4º, 5º y 59 de la Ley 610 de 2000; 75 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 19 y 170 del Código de Procedimiento Civil.

Afirmó que en el caso de la empresa actora, la Contraloría General de Antioquia en los actos demandados, hizo una indebida aplicación de los elementos de la responsabilidad fiscal por cuanto en el adelantamiento del proceso siempre se hizo referencia en forma permanente al incumplimiento contractual, sin que se expusieran los hechos relacionados con la supuesta gestión fiscal que BAAN COLOMBIA Ltda, pudo haber realizado en todo el proceso contractual que llevó a cabo con el IDEA.

Adujo el apoderado de la actora que la Ley 610 de 2000 exigió para imputarle a un servidor público o a un particular, que haya desplegado una conducta determinante de responsabilidad fiscal y que ésta sea consecuencia del ejercicio de gestión fiscal o con ocasión de ella, tal y como lo prescriben los artículos 267, 268 numeral 5º y 272 de la Constitución Política, desarrollados por los artículos 1º, 4º y 5º de la Ley 610 de 2000, exigencia que para el caso de BAAN COLOMBIA Ltda. no se cumplió como quiera que no realizó una gestión fiscal.



De acuerdo con el vocero de la demandante, la empresa en su calidad de contratista para la ejecución y desarrollo de los contratos de implantación de un sistema de información y de Licencia y de Uso de Software suscritos con el IDEA, no realizó gestión fiscal alguna, teniendo en cuenta que no fue de su responsabilidad u obligación el administrar recursos públicos.

Adujo que los contratos suscritos por BAAN COLOMBIA Ltda. con el IDEA, al ser uno de suministro de software y el otro de prestación de un servicio, no encajan en los fundamentos expuestos en los considerandos de la Sentencia C-563 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz según la cual, en los contratos de concesión, de administración delegada, de recaudo de fondos públicos, de encargo fiduciario, el objeto del contrato es el de manejar o administrar el patrimonio público, circunstancia que convierte al particular o contratista, en un gestor fiscal y por supuesto lo somete a la respectiva responsabilidad fiscal.

Destacó igualmente que la demandante no recibió dineros como anticipo en los contratos suscritos con el IDEA, dinero que se entrega al contratista para la ejecución de lo contratado y no como retribución, caso en el cual esas sumas de dinero entregadas son de la entidad pública, por cuanto según la cláusula segunda del Contrato de Implantación que estableció el valor y la forma del contrato, BAAN COLOMBIA Ltda. presentaba mensualmente las facturas discriminando el detalle de las personas y horas vinculadas al proyecto, junto con la autorización de



dichas horas por parte de la gerente interna del proyecto siendo pagadas de conformidad con las órdenes de pago citadas en la Resolución 1592 del 27 de agosto de 1999.

Fue enfático en sostener que el IDEA nunca objetó las facturas de cobro presentadas por la actora, no expuso su inconformidad con el servicio prestado ni objetó las cuentas correspondientes a los pagos efectuados por parte de la contraloría, al ejercer el control fiscal posterior según el artículo 65 de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, con fundamento en la cláusula segunda del contrato de Licencia de Uso y Soporte de Software, que estableció el valor y la forma de pago, BAAN COLOMBIA Ltda. entregó el software al IDEA el día 23 de diciembre de 1997 en medio magnético y con base en ello, el IDEA canceló las sumas pactadas, motivo por el que los recursos públicos que el Instituto le entregó a la contratista como pago de la obligación, perdieron su naturaleza pública y se convirtieron en un recurso privado de la contratista, que en caso de haber incumplido con sus obligaciones contractuales la haría incurso en una responsabilidad contractual mas no de carácter fiscal, al dejar de ser recursos públicos por ser de los particulares, situación prevista por el artículo 52 de la Ley 80 de 1993.

Destacó la parte actora que el particular contratista no puede ser sujeto de responsabilidad fiscal, así haya causado un daño al patrimonio público



por la inexecución o incumplimiento del contrato, como lo refirió el Contralor General de Antioquia en los autos demandados.

A juicio de la demandante además de las anteriores consideraciones, BAAN COLOMBIA Ltda. no realizó conducta dolosa o culposa alguna contrario a lo afirmado en los actos demandados, por tanto las descalificaciones de tipo penal relativas a que la actora había engañado al IDEA -que fueron objeto de investigación por la jurisdicción penal y que absolvieron a los funcionarios de la empresa actora-, no son más que imputaciones irresponsables que no corresponden a la realidad, que al haber sido tenidas en cuenta por el Contralor demandado al expedir los autos acusados, hicieron incurrir en violación al debido proceso de la actora y al desconocimiento del principio de la cosa juzgada.

Finalmente advirtió el apoderado de la demandante que esta empresa, había instaurado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, acción contractual derivada del incumplimiento del contrato contra el IDEA, por lo que resultaría excesivo cuestionar por aparte el incumplimiento de los contratos y, condenar como se hizo a través de los autos acusados a la empresa siendo que no realizó gestión fiscal alguna.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA:



La Contraloría General de Antioquia a través de apoderado judicial, presentó escrito en el que se opuso a las pretensiones de la acción por lo que solicitó se denegaran las súplicas de la demandada¹.

Inicialmente hizo una relación de los hechos que antecedieron la expedición de los autos demandados, mediante la cual pretende acreditar que se trató de hechos generadores del daño patrimonial en contra de los intereses del IDEA, con fundamento en los cuales la Contraloría declaró fiscalmente responsable a la actora.

Es así como relató que se trató de dos contratos suscritos entre las partes, cuyos objetos fueron: i) adquisición de la licencia de uso de un sistema de información que proporcione una solución integral, para facilitar la toma de decisiones gerenciales cuyo valor fue de US\$250.000,00 y, ii) el segundo contrato tenía por objeto la implementación de un sistema de información que proporcionara una solución integral para facilitar la toma de decisiones gerenciales por valor de US\$285.000,00.

Indicó el apoderado del ente de control demandado, que mediante Resoluciones 1592 y 1593 ambas de agosto 27 de 1999, el IDEA decretó la liquidación unilateral de los contratos. Adujo que estas medidas excepcionales adoptadas por la contratante y que condujeron al fallo con

¹ Memorial visible a folios 309-321 Cuaderno de Anexos



responsabilidad fiscal cuestionado, tienen respaldo en la amplia prueba documental, pericial y testimonial que obra en el expediente, mediante las cuales se evidencia el incumplimiento de BAAN COLOMBIA Ltda. con el objeto contractual pactado, motivo por el que no cabe duda alguna acerca de la responsabilidad fiscal de la actora.

Desestimó la supuesta violación al debido proceso de la contratista endilgada en la demanda, al afirmar que el apoderado judicial hizo esta afirmación de manera general pero sin especificar en qué etapa del proceso fiscal fue que se le violó esta garantía fundamental a la actora, como quiera que la actuación fiscal se adelantó conforme a las solemnidades prescritas en la Ley 610 de 2000.

En cuanto al argumento de la demanda según el cual, la accionante no ejerció gestión fiscal con ocasión de la contratación con el IDEA, el representante de la Contraloría de Antioquia afirmó no estar de acuerdo con esta tesis exponiendo como fundamento el contenido de los artículos 3º, 5º y 52 de la Ley 80 de 1993 relativos a los fines de la contratación estatal, a los derechos, deberes y responsabilidad de los contratistas y apartes de citas jurisprudenciales según las cuales la contratación por parte del Estado no puede concebirse como un instrumento independiente del cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.



De acuerdo con lo anterior, para la Contraloría la responsabilidad en materia contractual no sólo recae en los funcionarios estatales sino en los contratistas como colaboradores de la administración pública, por lo que su deber es el de obrar de buena fe para lo cual deberá ofertar y suministrar productos que cumplan con los objetivos contractuales. De allí, que si el contratista sabe que su producto no cumple con las connotaciones a las que se comprometió en el objeto contractual, debe responder al entregar a la contratante algo que no le va a ser eficaz.

Con fundamento en los anteriores argumentos, para el apoderado del ente de control, queda desvirtuada la teoría de la parte demandante relativa a la ausencia de competencia de la Contraloría para establecer la responsabilidad fiscal en su contra, por el incumplimiento contractual.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante providencia del 6 de julio de 2010 el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda, motivo por el que declaró la nulidad de los Autos N° 793 del 22 de octubre y 880 del 18 de noviembre ambos de 2003, al tiempo que dispuso que estos actos no podrían servir de soporte para instaurar la jurisdicción coactiva, ni para el registro en el Boletín de Responsables Fiscales.



En primer lugar, efectuó un recuento de los supuestos fácticos de la acción, afirmando que la Contraloría de Antioquia inició el proceso de responsabilidad fiscal en contra de las sociedades Delta C.V. Ltda. y BAAN COLOMBIA Ltda. a raíz del incumplimiento de ésta última, en los contratos celebrados con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, cuyo objeto era comprar la licencia de uso y soporte de software y la implantación de un sistema de información.

Por lo anterior, el IDEA expidió la Resolución N° 1402 de febrero 1° de 1999, mediante la cual declaró el incumplimiento del contrato de licencia de uso y soporte del software, ordenando su liquidación y mediante Resolución N° 1403 de la misma fecha, declaró la caducidad del contrato.

Indicó el a quo que adelantado el proceso de responsabilidad fiscal, mediante fallo N° 181 del 9 de septiembre de 2003, la Dirección de Responsabilidad Fiscal del ente acusado, absolvió a la empresa BAAN COLOMBIA Ltda. al considerar que el tema del incumplimiento contractual no era de competencia de la Contraloría sino del Tribunal Administrativo de Antioquia en el que cursa la demanda contractual instaurada por la actora contra el IDEA.

Adujo que una vez surtido el grado de consulta contra dicho fallo, el Contralor expidió el Auto del 22 de octubre de 2003 aclarado por auto del 16 de noviembre del mismo año, mediante los cuales estableció la



responsabilidad fiscal de la demandante en la suma de (US\$1.370.786.508,00), cuyos fundamentos fueron los mismos aducidos por el IDEA para expedir los actos administrativos que condujeron a decretar el incumplimiento, la liquidación y la caducidad de los contratos con la actora.

En este sentido el fallo cuestionado consideró, que del acervo probatorio se estableció que el contratista generó las causas objetivas reales y ciertas para que el IDEA tomara la medida excepcional de decretar el incumplimiento y caducidad de los contratos suscritos con la actora, por lo que era inocultable que la prestación objeto de los negocios jurídicos no se cumplió, lo que ocasionó el detrimento por la suma de \$814.006.240, de acuerdo con las deducciones establecidas en las resoluciones 1592 y 1593 de liquidación de contratos. Por tanto para el ente de control, de acuerdo con este comportamiento la contratista actuó a título de culpa grave, lo que da lugar a que la administración diera aplicación a las cláusulas excepcionales prescritas en los artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993, debido al daño patrimonial causado al Estado.

Bajo este panorama, destacó el a quo que la controversia se debe centrar en dilucidar si la empresa BAAN COLOMBIA Ltda. podía o no ser sujeto de responsabilidad fiscal, por las acciones y omisiones surgidas en desarrollo de los contratos suscritos con el IDEA.



El Tribunal Administrativo de Antioquia tuvo como fundamento legal de su decisión, el contenido de los artículos 3º y 5º de la Ley 610 de 2000 que establecen la definición de gestión fiscal y que los elementos exigidos para predicar la responsabilidad fiscal son: la existencia de un daño patrimonial producto de una conducta dolosa o culposa desplegada por parte de una persona que realiza gestión fiscal y, el nexo de causalidad entre los dos elementos anteriores.

Destacó el a quo, con fundamento en apartes de la Sentencia C-840 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, que para la Corte Constitucional, los particulares para ejercer gestión fiscal deben tener poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Que en el caso de los objetos y la forma de pago de los contratos suscritos entre el IDEA y BAAN COLOMBIA Ltda., no aparece que la contratista hubiera realizado gestión fiscal alguna porque no manejó recursos públicos producto de anticipos, tanto así que en el valor y en la forma de pago, no se estableció este tipo de pagos que pudieran llevar a señalar que la firma contratista hubiera manejado estos recursos en forma tal, que frente a los mismos se hiciera un mal manejo, lo cual podría derivar la responsabilidad fiscal en cuanto se acreditara fehacientemente su mala utilización.

Advirtió el Tribunal Administrativo de Antioquia que no desconoce el importante papel, las obligaciones y deberes que asumen los contratistas de entidades estatales según lo dispone la Ley 80 de 1993, pero advirtió



que esta sola circunstancia no conlleva el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal, como sí acontece en los contratos de concesión, de administración delegada y de encargos fiduciarios.

Según lo anterior, para la primera instancia, resulta suficiente para declarar la nulidad de los actos acusados, la circunstancia de que los hechos por los cuales se trata de deducir responsabilidad fiscal a la sociedad BAAN COLOMBIA Ltda., no comportan el ejercicio de gestión fiscal. No obstante lo anterior, advirtió que en el adelantamiento del proceso fiscal, la Contraloría no podía como lo hizo, determinar la responsabilidad fiscal con fundamento en las liquidaciones efectuadas por el IDEA en la suma de \$814.006.240,00, cuando lo que tenía que hacer era determinar conforme a sus propias investigaciones, estimar el alcance de los daños ocasionados al patrimonio público.

Finalmente advirtió que no resulta lógico que paralelo al juicio de responsabilidad fiscal, se formule en contra de la actora acción contractual por la suma de \$814.006.240,00 cifra igual a la fijada en el juicio de responsabilidad fiscal, tal y como aparecen en la demanda de reconvención, por cuanto lo que se está demostrando es que el IDEA con esta demanda en el fondo lo que demuestra es que el juicio de responsabilidad fiscal, no era la vía indicada para determinar las responsabilidades de la sociedad BAAN COLOMBIA Ltda.



III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La Contraloría General de Antioquia, por conducto de apoderado judicial, interpuso y sustentó recurso de apelación², mediante el cual solicitó la revocatoria de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, al considerar que la sociedad BAAN COLOMBIA Ltda. sí era sujeto de responsabilidad fiscal por las conductas surgidas en la ejecución de la contratación con el IDEA, cuyo objeto era la licencia de uso y soporte de software y la implantación de un sistema de información.

Afirmó que según los artículos 123 y 210 de la Constitución Política, los particulares están autorizados para ejercer funciones públicas, por lo que en virtud de esta delegación están sometidos a los controles y responsabilidades propios de sus desempeños, para garantizar la aplicación de los principios de la función administrativa del artículo 209 superior.

Sostuvo que de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, los actos de los particulares tendientes a la ejecución de los recursos públicos, son actos de gestión fiscal, característica que denota la responsabilidad fiscal del contratista cuando adquiere la potestad de decisión respecto a los recursos entregados para ejecutar un proyecto, obra o respecto de aquellos que reciba producto de la explotación de los bienes públicos.

² Figura a folios 600 al 607 del Cuaderno Principal



La apoderada del ente de control demandado afirmó, que la responsabilidad fiscal de los contratistas deviene no sólo del texto constitucional y de la definición legal de gestor fiscal, sino de la misma Ley 610 de 2000 que en su artículo 61 prevé que un contratista investigado, puede ser declarado responsable fiscalmente, evento en el que la contraloría solicitará a la autoridad administrativa que declare la caducidad del contrato investigado.

Destacó que el artículo 8º de la Ley 42 de 1993 señala que los particulares también pueden realizar actos de gestión fiscal y que la vigilancia se debe dirigir hacia el manejo de los recursos del Estado para verificar que éstos cumplen con los objetivos previstos por la administración, por lo que debe tenerse en cuenta la abundante jurisprudencia en materia de competencia de las Contralorías según la cual donde quiera que haya recursos públicos estará presente el ente de control, concluyendo que en materia de control fiscal no depende en manos de quién estén los recursos públicos, por cuanto siempre los órganos de control están habilitados constitucionalmente para verificar que los mismos se destinen a los fines legales para los cuales fueron dispuestos.

Mencionó que en la sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993, la Corte Constitucional precisó que para el ejercicio del control fiscal, no tiene trascendencia la naturaleza o el régimen que asuma la entidad



privada que esté administrando los recursos públicos, por cuanto éstos siempre quedarán bajo vigilancia de las contralorías.

Bajo la anterior perspectiva, el apoderado de la Contraloría General de Antioquia señaló que el control fiscal es aplicable al régimen de contratación pública de cualquier persona que contrate con recursos del erario o que reciba los mismos. Insistió que la contratación pública que configura gestión fiscal, comprende la ordenación del gasto y también otros actos de disposición de los bienes o intereses de la persona jurídica, motivo por el que la contratación de los entes del Estado generadora de gestión fiscal tiene dos sentidos: uno restringido relacionado con la ejecución de recursos y uno amplio, dado que existen diversas formas de disponer de los recursos públicos. Citó el caso de la fiducia mercantil, en la que la capacidad de disposición que le es propia, la convierte en gestora fiscal si a través de ella se están ejecutando recursos asignados a proyectos del Estado.

Afirmó que no puede concebirse que exista una sola forma o tipología contractual que limite o impida el ejercicio del control fiscal, pues ello haría que la finalidad del interés común de un contrato, sea a la vez contrario a las finalidades del interés general del Estado y a los fines del control fiscal que lo inspiran, entre ellos, que la responsabilidad fiscal se configura en todo contrato o proyecto que involucre el manejo de recursos públicos, de manera directa por la administración, por el contratista o por un tercero designado por los dos para que cumpla los compromisos contractuales.



Insistió en que de acuerdo con la sentencia C-840 de 2001, según la cual los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario públicos puestos a su cargo, el control fiscal sobre la contratación estatal habrá de dirigirse a quienes administren o manejen dichos recursos, teniendo de presente que en el marco del contrato público no es posible hacer un listado de actividades o eventos en que el contratista actúa como gestor fiscal, pues esto depende de la forma del contrato y de las cláusulas insertas en el texto contractual.

Mencionó que existen ciertos casos en que de manera clara el contratista puede actuar como gestor fiscal, tal y como sucede en el contrato de obra que se pacta por el sistema de administración delegada. No obstante lo anterior, en todo caso en que el contratista desarrolle con recursos públicos alguno de los verbos insertos en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000 o alguna otra conducta que implique el manejo o administración de estos recursos, se está ante la gestión fiscal.

El apoderado de la Contraloría General de Antioquia señaló que la labor de BAAN COLOMBIA Ltda., durante la ejecución del contrato con la implantación y soporte frente al software que se pretendía instalar, estaba haciendo labor de planeación, administración y disposición de ciertos bienes públicos de propiedad del IDEA, motivo por el que si desempeñó gestión fiscal y, con su actuar poco diligente ocasionó daños de diversa índole al Instituto, al punto tal que éste se vio en la obligación de liquidar unilateralmente el contrato, por lo que si hubiera sido diligente



la actora y hubiera dado aplicación oportuna a sus deberes, el detrimento patrimonial no se hubiera producido.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto durante esta etapa procesal el Delegado de la Procuraduría General de la Nación ante esta instancia judicial.

V. ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada judicial de la Contraloría General de Antioquia presentó escrito de alegatos de conclusión³, en el que reiteró los argumentos de inconformidad frente al fallo del a quo expuestos en el recurso de apelación, por lo que insistió en la revocatoria de la sentencia impugnada.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Los Actos Administrativos demandados

El contenido de los actos objeto de nulidad es del siguiente tenor literal:

“CONTRALORIA GENERAL DE ANTIOQUIA

³ Obra a folios 8-15 del Cuaderno de Segunda Instancia



DESPACHO DEL CONTRALOR

AUTO N° 793

22 de octubre de 2003

GRADO DE CONSULTA

PROCESO 27-008-99 IDEA BAAN DE COLOMBIA LTDA

COMPETENCIA

En cumplimiento de lo estipulado en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, reglamentado por la Resolución Interna 2668 de marzo 18 del año 2002, se pronuncia el Despacho sobre la determinación de la Dirección de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Antioquia de archivar el proceso 27-0008-99, adelantado en INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA, (fol. 1572 a 1610)

HECHOS ORIGEN DE LA INVESTIGACION

La investigación se origina en las irregularidades de orden técnico presentadas en la ejecución de dos contratos que, suscritos entre el INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA, BAAN DE COLOMBIA Ltda. Y DELTA C.V. LTDA. cuyos objetos se discriminan así:



1. Adquisición de la licencia de uso de un sistema de información que proporcione una solución integral, para facilitar la toma de decisiones gerenciales, incluyendo un año de mantenimiento de dicha licencia a partir de la implantación definitiva del Software, por un valor de doscientos cincuenta mil dólares US (250.000) fol 94-97 cuaderno uno.

2. Implementación de un sistema de información que proporcione una solución integral para facilitar la toma de decisiones gerenciales, por un valor de doscientos ochenta y cinco mil dólares US (285.000) fol 114 a 118 cuaderno uno.

3. Interventoría del Software por un valor de diez y ocho mil dólares US (18.000) fol. 133 a 134.

Ante el incumplimiento del contratista en la ejecución de estos negocios, la entidad declara el incumplimiento y la caducidad respectivamente de estos negocios, mediante las Resoluciones, sin número legible fol. 112; Resolución número 1403, fol. 127; y Resolución número 1412 fol. 157, respectivamente.

(...)

HECHOS QUE GENERAN LA INSTRUCTIVA

(...)

Ante la apremiante necesidad de dotar al Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, de tecnología de punta que le permitiera contar con la información de manera ágil y oportuna, inicia el proceso de contratación para la adquisición de nuevas tecnologías tanto de Hardware como de Software



operativo y Gerencial que soportara la operatividad del negocio.

(...)

Cumplido el anterior procedimiento, seguidamente se formalizan los términos del contrato, pactándose para tal efecto dos negocios jurídicos así:

Contrato por valor de US 285.900, cuyo objeto lo constituye la implantación de un sistema de información, con un plazo de ejecución, estimado en 12 meses fol 114 a 124; y contrato por valor de US250.000 cuyo objeto lo constituye el uso y soporte de licencia Software con un plazo de 10 días hábiles.

(...)

Iniciada la ejecución de los anteriores negocios jurídicos, se presenta por parte de BAAN COLOMBIA Ltda. innumerables irregularidades relacionadas con el incumplimiento de las condiciones establecidas en los términos de referencia, del contrato por valor de US 250.000 cuyo objeto lo constituye el uso y soporte de licencia Software con un plazo de 10 días hábiles lo que obliga al Instituto para el Desarrollo de Antioquia a decretar el incumplimiento mediante Resolución de febrero 1 de 1999 fol 112-114, previo intento de un proceso de negociación con la firma contratista, conforme al cruce de comunicaciones que se presenta entre funcionarios del IDEA y BAAN COLOMBIA fol. 219 a 241.



Entre las causas objetivas que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia cita para declarar el incumplimiento del contrato para el suministro de la licencia de uso y soporte de software, mediante Resolución de febrero 1 de 1999 citan las siguientes:

(...)

Similar situación se presenta con respecto al contrato que por la suma de US 285.000 suscribe el IDEA con BAAN COLOMBIA Ltda., cuyo objeto lo constituye la implantación de un sistema de información, en efecto no siendo posible haber llegado a un acuerdo para orientar por el sendero pactado en el contrato, y los términos de referencia del contrato, el IDEA se ve en la obligación de decretar la caducidad del contrato, citando entre otras las siguientes motivaciones:

(...)

CONCEPTUALIZACION SOBRE LA DECISION DE FONDO

Es inocultable para el despacho que las medidas excepcionales tomadas por el IDEA, encuentran su fundamento tanto en la Ley 80 de 1993, en efecto el artículo 4º numeral primero faculta a las entidades del Estado exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado; está plenamente demostrado en el plenario conforme a la radiografía de todo el proceso de contratación y que obran a fol. 036 a 045 elaborado por los doctores, SERGIO A CARDONA GARCIA, Subgerente General de Planeación (E) y MARIA DEL PILAR AGUILAR E. Jefe de la División de Sistemas que la firma BAAN COLOMBIA, engañó al Instituto para el Desarrollo de Antioquia, con el ofrecimiento del objeto de las prestaciones



pactadas en los contratos para la implantación de un sistema de información y el contrato de licencia de uso y soporte de software.

(...)

Todas estas pruebas evidencian el incumplimiento de BAAN COLOMBIA con el objeto contractual pactado; las pruebas obrantes en el proceso conducen inequívocamente a concluir que el fracasado proceso de tecnificación del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, es responsabilidad en primer término de la Directora de Sistemas del IDEA, funcionaria encargada de la Gerencia del Proyecto; en segundo lugar el ingeniero encargado de la realización de la Interventoría a los contratos, Claudio Osorio Atehortua y en tercer lugar la firma BAAN COLOMBIA, como la firma encargada de ejecutar el objeto del contrato, la cual de una manera hábil engaña a los funcionarios del IDEA.

En consecuencia y retomando lo decidido en las Resoluciones 1593 de agosto 27 de 1999 y Resolución 1592 de la misma fecha, el despacho encuentra fiscalmente responsable a BAAN COLOMBIA, como contratista, y serios indicios para vincular a CARIDAD CEPEDA como gerente del proyecto, y CLAUDIO OSORIO A. como interventor por la suma de \$814.006.240, estas dos personas no han sido vinculadas al proceso.

(...)

Ante la claridad absoluta acerca del detrimento sufrido por el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA el despacho en esta instancia falla con responsabilidad fiscal, y en consecuencia de acuerdo a las anteriores consideraciones no se confirma el auto 181 de septiembre de 2003, que archiva el



proceso procediendo en su lugar a adecuar la responsabilidad en los siguientes términos:

1. Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza la gestión fiscal:

(...)

Del acervo probatorio arrimado al proceso se establece inequívocamente, que el contratista generó las causas objetivas reales y ciertas para que el IDEA, tomara la medida excepcional de decretar el incumplimiento y caducidad de los contratos suscritos con la firma BAAN COLOMBIA, es inocultable para el despacho que la prestación objeto de los negocios jurídicos no se cumplió, lo que ocasiona el detrimento por la suma de \$814.006.240, de acuerdo a las deducciones establecidas en las Resoluciones 1592 y 1593 de liquidación de contratos.

Con el anterior comportamiento no queda el menor asomo de duda que estas personas actuaron a título de culpa grave, lo que da lugar para que la administración le de aplicación a las cláusulas excepcionales prescritas en los artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993.

Un daño patrimonial al Estado, de acuerdo a lo deducido por el IDEA en la Resolución de Liquidación de estos negocios jurídicos.

Nexo causal entre los dos elementos. No cabe la más absoluta duda del nexo causal entre la conducta y el daño, el



incumplimiento por parte de BAAN COLOMBIA da lugar a que se ordene la caducidad y la terminación de los citados contratos.

Como se puede apreciar, se dan los requisitos exigidos por los artículos 5 y 53 de la Ley 610 de 2000, para proferir fallo con responsabilidad fiscal en contra de la empresa BAAN COLOMBIA Ltda., conforme la adecuación de responsabilidad.

(...)

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Revocar parcialmente lo resuelto en el Artículo Primero de Auto 181 de septiembre 9 de 2003, emanado de la Dirección de Responsabilidad Fiscal, en el sentido archivar a favor de BAAN COLOMBIA Ltda. representada legalmente por RODRIGO ORLANDO BENITEZ y DELTA C.V. Ltda. representada legalmente por CLAUDIO OSORIO A. y CARIDAD DEL SOCORRO CEPEDA.

ARTICULO SEGUNDO: Proferir Fallo con Responsabilidad Fiscal en contra del BAAN COLOMBIA Ltda., representada legalmente por el doctor RODRIGO ORLANDO BENITEZ I. por la suma de \$1.340.786.508, conforme se motiva en los considerandos de esta providencia, y como tercero civilmente responsable a Seguros del Estado en virtud de pólizas números 97332406 y 97332405.

ARTICULO TERCERO: Confirmar parcialmente lo resuelto en el artículo primero del Auto 181 en el sentido de ordenar el



archivo del proceso 27-008-99 adelantado en el IDEA a favor de: JORGE ENRIQUE SALDARRIAGA GONZALEZ y MARIA MERCEDES GOMEZ MARTINEZ.

(...)

ARTICULO DECIMO: Contra la presente providencia no procede ningún recurso.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

RODRIGO FLOREZ RUIZ

Contralor General de Antioquia"

La parte resolutive del otro acto administrativo objeto de demanda, es del siguiente tenor literal:

"CONTRALORIA GENERAL DE ANTIOQUIA

DESPACHO DEL CONTRALOR

PROCESO 27-008-99 INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE
ANTIOQUIA

AUTO ACLARATORIO N° 880



18 de Noviembre de 2003

(...)

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Aclarar el artículo segundo del Auto 793 de octubre 22 de 2003 el cual quedará así: en el Proceso de Responsabilidad Fiscal número 27-008-99, adelantado en el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA en el sentido de proferir Fallo con Responsabilidad Fiscal en contra de DELTA C.V. LTDA. representada legalmente por CLAUDIO OSORIO A. solidariamente con BAAN COLOMBIA Ltda, representada legalmente por RODRIGO ORLANDO BENITEZ, o por quien haga sus veces al momento de la notificación por la suma de \$1.370.786.508, y en forma individual en contra de DELTA C.V. LTDA. por la suma de \$20.016.627.

ARTICULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de esta providencia a: BAAN DE COLOMBIA LTDA. representada legalmente por el doctor PABLO SALAH A. a la calle 12 N° 7-32 oficina 1304 teléfono 334-81-27 Bogotá D.E; DELTA C.V. LTDA., representada legalmente por CLAUDIO OSORIO A. o a quien haga sus veces a la carrera 50 N° 40-74 Medellín; a JORGE ENRIQUE SALDARRIAGA GONZALEZ a la calle 7 N° 83-32 casa 116 teléfono 341-35-70 y MARCIA CECILIA GOMEZ MARTINEZ, a través de su apoderada, ORFIDIA CADAVID VELASQUEZ, Carrera 50 N° 50-14 teléfono 512-68-35 y a Seguros del Estado.



ARTICULO TERCERO: Por tener origen esta aclaración en un Auto que desata el grado de Consulta, no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

RODRIGO FOLREZ RUIZ

Contralor General de Antioquia"

6.2. Planteamiento del debate jurídico

Corresponde a la Sala pronunciarse acerca de la prosperidad o no de los argumentos de inconformidad esgrimidos por la apoderada judicial de la Contraloría General de Antioquia, mediante los cuales solicitó la revocatoria del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia que declaró la nulidad de los Autos N° 793 del 22 de octubre y 880 del 18 de noviembre ambos de 2003, expedidos por el ente de control departamental.

Mientras que para el a quo la empresa BAAN COLOMBIA Ltda. contratista del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, de acuerdo con el material probatorio allegado al expediente que acreditan el objeto y la forma de pago de los contratos suscritos con la entidad pública



descentralizada del orden departamental, no realizó gestión fiscal pues no manejó ni administró recursos públicos, motivo por el que no se le podía declarar responsable fiscal como así lo dispusieron los actos acusados, para la entidad apelante, tal decisión debe revocarse en la medida en que durante la ejecución de los contratos, para la implantación y soporte del software que se pretendía instalar, BAAN COLOMBIA Ltda. sí ejerció gestión fiscal, al afirmar que en todo caso en que el contratista desarrolle con recursos públicos alguno de los verbos del artículo 3º de la Ley 610 de 2000 o alguna otra conducta que implique el manejo o administración de estos recursos, se está ante la gestión fiscal.

Teniendo de presente las anteriores consideraciones, la Sala encuentra que el centro del dilema jurídico lo constituye el determinar si en el caso **sub judice**, la sociedad BAAN COLOMBIA Ltda., al contratar con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA ejerció o no gestión fiscal, requisito exigido para poderle reprochar juicio de responsabilidad fiscal.

Para dirimir este dilema, resulta necesario previamente tener de presente el marco normativo que regula quienes son sujetos pasivos de control fiscal, para de esta manera, de acuerdo con la prueba documental arrimada al expediente, verificar si la empresa actora en su condición de persona jurídica de derecho privado, podía ser o no sujeto de imputación de responsabilidad fiscal como lo dispusieron los actos administrativos demandados.

6.3. Marco normativo que señala los sujetos pasivos de control fiscal. Consideraciones previas

El artículo 267 de la Constitución Política dispone que la Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación.

La anterior cláusula general de competencia, en cabeza no sólo de la Contraloría General de la República sino también de las contralorías territoriales, está sometida al desarrollo legal consagrado en un principio en la Ley 42 de enero 26 de 1993 *"Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen"* y, posteriormente en la Ley 610 de agosto 15 de 2000 *"por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías"*.

El artículo 4º de la Ley 42 de 1993 dispone que el control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los



particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

Por su parte, el Decreto Ley 267 de febrero 22 de 2000 *"Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones"*, en el artículo 4º establece que son sujetos de vigilancia y control fiscal 12. Los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación.

A su vez, la Ley 610 de agosto 15 de 2000 *"por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías"*, no establece como tal quiénes son sujetos de vigilancia y control fiscal pero sí regula los elementos de la responsabilidad fiscal y la definición de gestión fiscal, en los siguientes términos:

"Artículo 5º. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Artículo 3º. Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes



a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

De acuerdo con el marco normativo transcrito, para deprecar responsabilidad fiscal a un particular, caso que ocupa la atención de la presente apelación⁴, se requiere que éste haya cometido una conducta dolosa o culposa en el ejercicio de su gestión fiscal, que ocasionó un daño patrimonial al erario público, producto del nexo causal entre la conducta y el daño.

Se observa también que son varios los verbos consignados en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000 que definen el alcance de gestión fiscal, llamando la atención que al ser desplegados por particulares, **el presupuesto normativo exigido es que éstos manejen o administren recursos, o fondos o bienes públicos, que le hayan sido entregados.**

⁴ BAAN COLOMBIA Ltda. es una sociedad comercial de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 17 de marzo de 2004, visible a folios 2-4 del Cuaderno Principal



Resultan ilustrativos los apartes jurisprudenciales trazados en la Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, en la que estableció el alcance de “gestión fiscal”, en los siguientes términos:

“Con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados.

Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas.

Se podría agregar que: el servidor público o el particular - dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera



contemplación de unos haberes “completos” pero inertes.”
(subrayas fuera de texto)

En cuanto al control y la gestión fiscal, el citado fallo de la Corte Constitucional expuso lo siguiente:

“Cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. La esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.” (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con los apartes destacados de la cita jurisprudencial, se podría afirmar que la gestión fiscal, como elemento determinante de la responsabilidad fiscal, **se cumple siempre y cuando el particular, maneje o administre fondos o bienes del Estado que le hayan sido asignados o confiados, en el presente caso por la entidad**

contratante Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA⁵, en los estrictos términos de la relación contractual cuestionada por el ente de control departamental, de manera tal que se está en presencia de un contrato estatal⁶.

No obstante lo anterior, la Sala observa que el apelante le dio un alcance interpretativo distinto a la sentencia C-840 de 2001, al afirmar que en el marco del contrato público no es posible hacer un listado de actividades en las que el contratista actuó como gestor fiscal, por cuanto en criterio de esta Sala, para ello lo que procede es recurrir al texto contractual para determinar con base en el objeto y la forma de pago de la actividad o servicio pactados, si el particular asumió o no la administración y el manejo de recursos públicos que lo eleven a la condición de gestor fiscal.

Es así como la Contraloría General de Antioquia en el presente caso, tenía que verificar si a la contratista BAAN COLOMBIA Ltda. le habían sido puestos a su disposición recursos o fondos públicos de la contratante, en este caso del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA. Era pues ésta

⁵ Según la prueba documental, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, es una entidad de carácter público del orden departamental creada por la Ordenanza N° 13 del 31 de agosto de 1964 expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia

⁶ El **Artículo 32 de la Ley 80 de 1993** establece que *los Contratos Estatales* son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación. Entre los contratos estatales se encuentran: los de obra; consultoría; prestación de servicios; Contrato de concesión y los encargos fiduciarios y fiducia pública.



la premisa a partir de la cual debió actuar la Contraloría General de Antioquia al desatar el grado de consulta que revocó el Auto 181 del 9 de septiembre de 2003 proferido por la Dirección de Responsabilidad Fiscal de la misma entidad, que sea la oportunidad destacar, había archivado el proceso 27-008-1999 adelantado en el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA⁷, al considerar que no se cumplieron las exigencias para imputar esta responsabilidad y en vista de que ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, la sociedad BAAN COLOMBIA Ltda. había instaurado una acción contractual en contra del IDEA por el incumplimiento del contrato.

En todo caso, la Sala quiere advertir que con la anterior afirmación, no es que se esté desconociendo o poniendo en tela de juicio la vigilancia de la gestión fiscal que le correspondía adelantar a la Contraloría General de Antioquia, en vista de que se estaba ante una realidad incuestionable como lo era que por tratarse de un contrato estatal pagado por el IDEA con recursos públicos del Departamento, el ente de control debía cumplir su cometido constitucional y legal. En el presente caso lo que se analiza es si la parte contratista, según las cláusulas contractuales, se comportó como “gestor fiscal”.

⁷ A folios 29 al 67 del cuaderno de anexos figura el Fallo 181 que en el artículo 1º dispuso: Fallar sin responsabilidad fiscal el proceso radicado N° 27-008-1999, adelantado en el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, a favor de la doctora MARIA CECILIA GOMEZ MARTINEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N° 21.330.181 de Medellín; del doctor JORGE ENRIQUE SALDARRIAGA GONZALEZ, con cédula de ciudadanía N° 70.035.123 de Medellín; **de la Compañía BAAN COLOMBIA LTDA., representada legalmente por el señor RODRIGO ORLANDO BENITEZ INFANTE (o quien haga sus veces al momento de la notificación)** y de la firma DELTA C.V. LTDA, representada legalmente por el señor CLAUDIO OSORIO ATEHORTUA (o quien haga sus veces), previas las consideraciones anteriores.



Acerca del alcance de la definición de gestión fiscal, resultan ilustrativos los siguientes apartes jurisprudenciales proferidos por esta Sección:

“El contenido de la gestión fiscal está delimitada en su definición legal, jurisprudencial y doctrinaria, en la que se destaca que lo sustancial es que dicha gestión está referida a recursos o fondos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, tal como se lee en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, a saber: “Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”. (Sentencia del 23 de septiembre de 2007. Radicado 25000-23-24-000-2001-01039-01 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta)

Respecto del alcance de la expresión gestión fiscal, se ha dicho:

“El concepto de gestión fiscal, cuyo contenido va más allá del simple comportamiento fiscal apegado al principio de legalidad, comprende igualmente la verificación de los resultados que se quieren alcanzar con ella. En ese sentido, quienes tengan bajo



su responsabilidad el manejo de los recursos presupuestales, están llamados a orientar dicha actividad hacia la consecución efectiva de los fines del Estado, con un apego estricto e incondicional a las normas vigentes, buscando alcanzar de manera exacta y puntual los objetivos a los cuales apunta el manejo de tales recursos” (Sentencia del 15 de abril de 2010 radicado 66001-23-31-000-2006-00102-01 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta) (subrayas del Despacho)

De igual manera, se llama la atención en el sentido de que no es que se esté desconociendo la responsabilidad fiscal que le puede llegar a asistir a un particular; lo que se debe destacar es que no se pueden hacer juicios generalizados como lo hizo la apelante, en el sentido de que siempre que un particular suscriba un contrato estatal -que *per se* debe involucrar la ejecución de recursos públicos de lo contrario no tendría esta condición-, por este sólo hecho, el particular desplegó gestión fiscal y por ende estaría incurso en este tipo de responsabilidad.

Lo anterior, por cuanto para que tenga acogida esta afirmación, se debe mirar cada caso en particular para determinar con fundamento en el tipo de contrato cuestionado, si el particular que manejó o administró bienes o recursos públicos, se desempeñó como gestor fiscal.



Siendo ello así, no es compartido el argumento de la apelación según el cual, en virtud de los planteamientos sentados en la Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993, mediante la cual la Corte Constitucional afirmó que para el control fiscal no se tiene en cuenta el régimen que asuma las entidades que manejen recursos estatales bien sean de naturaleza pública o privada, pues al estar involucrados recursos públicos –interpretó el apelante- lo que interesa es la vigilancia fiscal por parte del ente de control, afirmación que no es desconocida por la Sala.

Lo anterior, por cuanto ésta no puede ser una afirmación absoluta, ya que la responsabilidad fiscal tiene como requisito *sine qua non*, el ejercicio de una conducta que causó un daño al patrimonio Estatal producto de la gestión fiscal, que como se ha advertido, para que le pueda ser imputada a un particular, debe tener bajo su órbita de desempeño, la administración o manejo sobre los recursos públicos que le hayan sido entregados, de lo contrario no procede.

6.4. Resolución del caso concreto

El apoderado de la Contraloría General de Antioquia esgrimió como argumento de apelación, la siguiente interpretación que le dio al artículo 3º de la Ley 610 de 2000 en los siguientes términos: "*Esta norma resalta*



*que los actos de los particulares tendientes a la ejecución de los recursos públicos, son actos de gestión fiscal, característica que denota la responsabilidad fiscal del contratista, cuando adquiere la potestad de decisión respecto de los recursos entregados para ejecutar un proyecto, obra o respecto de aquellos que reciba producto de la explotación de los bienes públicos. Es decir, se está en presencia de **gestor fiscal.**”*

La Sala comparte esta afirmación, sin embargo lo que se observa es que no es coherente con la postura de la entidad demandada, al evidenciar que el apelante es consciente de la realidad de que los particulares contratistas son responsables fiscales pero cuando administren recursos públicos, condición que según se examinará en seguida, no aconteció en el caso de la actora.

La postura del ente de control de Antioquia, es la de considerar que la sociedad BAAN COLOMBIA Ltda. actuó como gestor fiscal, en la medida en que, en virtud de la contratación que suscribió con el IDEA, adquirió la potestad de decisión respecto de los recursos que le fueron entregados para la ejecución de los respectivos objetos contractuales.

La anterior afirmación no es compartida por la Sala, motivo por el que desde ya se anuncia la confirmación del fallo impugnado, como quiera que lo que se observa es que la Contraloría General de Antioquia se equivocó al afirmar en términos absolutos, que la responsabilidad fiscal se



configura en todo contrato o proyecto por el hecho de que éste involucre recursos públicos, por cuanto se insiste lo que en el caso en estudio se debió verificar previamente fue si la contratista ejerció o no gestión fiscal. Igualmente se observa que la demandada, confundió el incumplimiento de los contratos en que según la documental aportada incurrió la actora, con el hecho de que producto de dicha contratación, la actora hubiera realizado gestión fiscal para haberle imputado en su contra fallo con responsabilidad fiscal, cuando lo cierto es que se trata de dos supuestos de hecho completamente distintos.

Por tanto, lo que procedía determinar era si en el sub judice, la actuación desplegada por la demandante en la contratación que suscribió con el IDEA, la puso en una situación tal que pudiera afirmarse, asumió la titularidad jurídica en el manejo de los fondos o bienes que la entidad contratante le hubiera entregó⁸ y, que por tratarse el Instituto de una

⁸ El supuesto fáctico analizado en la presente oportunidad, es muy distinto al verificado en la sentencia 2007-00458-01 del 23 de julio de 2015 Actor: Banco COLPATRIA M.P. María Elizabeth García González, pues en aquella oportunidad se reiteraron fallos de esta Sección de fechas 28 de abril de 2005 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta y del 22 de enero de 2015 M.P. Guillermo Vargas Ayala, relativos a la responsabilidad fiscal que le asiste a las entidades bancarias por el hecho de que al suscribir contratos con entidades públicas, el contrato adquiere la naturaleza de un contrato estatal y en consecuencia, la Contraloría General de la República tiene competencia para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal.

En aquella oportunidad los hechos se remontaron al día 30 de enero de 1995 cuando el extinto Instituto de Seguros Sociales y el Banco Colpatria suscribieron un convenio de “prestación de servicios de recaudo y depósito de aportes”, cuyo objeto era recaudar pagos por concepto de aportes al régimen social integral y, depositar y transferir estos recaudos a las cuentas que el ISS determinara. En virtud del citado contrato, la Universidad de los Llanos consignó en dichas cuentas del Banco Colpatria a favor del ISS, la suma de \$3.576.223.898, dineros que se desviaron a cuentas particulares. La Contraloría profirió Fallo con responsabilidad Fiscal contra unos funcionarios del Banco, por la



entidad pública del orden departamental, resultó afectado el patrimonio estatal debido a la declaratoria de incumplimiento y caducidad de los contratos.

Y no es que la Sala esté desconociendo el hecho, de que el control fiscal puede recaer sobre contratos ya terminados o liquidados como lo ha reconocido la Corte Constitucional, sino que lo que se quiere destacar es que este supuesto fáctico opera siempre y cuando la entidad o persona jurídica declarada responsable fiscal, hubiera desplegado actos de gestión fiscal, supuesto fáctico que en el presente caso no aconteció con la conducta asumida por la demandante, por cuanto esta entidad no manejó ni administró recursos de la parte contratante Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA como se verá enseguida, sino que asumió unas obligaciones contractuales que no cumplió en su integridad.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-623 del 25 de agosto de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en la sentencia C-917 del 21 de noviembre de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, acerca de la procedencia del control fiscal sobre contratos terminados o liquidados,

pérdida de los aportes parafiscales consignados por UNILLANOS que ascendió a más de \$6.000 millones de pesos.

Repárese que en el presente caso, la sociedad BAAN Colombia Ltda. no tuvo bajo su potestad de dominio el manejo de fondos o recursos públicos que le hubieran sido entregados por el IDEA, como si los tuvo en el fallo analizado el Banco Colpatria.



supuesto normativo consignado en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, dejó sentado lo siguiente:

“Que el control fiscal se pueda ejercer también sobre los contratos *liquidados o terminados* no viola el Ordenamiento Superior pues, como ya se ha explicado, la función fiscalizadora que el constituyente le ha atribuido a las Contralorías no es sólo la de vigilar la *gestión fiscal* de las entidades públicas y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, en forma *posterior y selectiva*, esto es, cuando los procesos u operaciones respectivos se han ejecutado, sino también evaluar los resultados obtenidos con el gasto o la inversión, como claramente se señala en los artículos 267 y 272, para lo cual deberán aplicarse los procedimientos, métodos y principios que establece la ley (42/93)

El control fiscal sobre los contratos *liquidados o terminados* tiene trascendental importancia ya que permite analizar aspectos como éstos: determinar y calificar el grado de economía y eficiencia con que la administración ha obrado, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la calidad de las obras, bienes y servicios objeto del contrato, el control de las cuentas y la evaluación de los resultados obtenidos con la inversión, todo ello en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 267 y 272 de la Carta. De acuerdo con los resultados de este examen, y en caso de existir fundamento para hacerlo, las autoridades fiscales deberán iniciar las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en extralimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las



investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

En síntesis: el control fiscal sobre los contratos estatales se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, y después de su liquidación o terminación.

(...)

Así las cosas, el aparte acusado del artículo 65 de la Ley 80/93 al establecer el control fiscal sobre los contratos liquidados y terminados, no infringe los artículos citados por el actor, pues ella misma ordena que se realice en forma posterior y selectiva, y que además de la vigilancia de la gestión fiscal se avalúen los resultados obtenidos con el gasto o la inversión. (...)"

Repárese que el anterior precedente jurisprudencial, reconoce que vienen a ser sujeto pasivo del control fiscal de este tipo de contratos, los servidores estatales o los particulares que hubieran manejado fondos o bienes públicos, por violación de las normas que rigen la materia, o porque se extralimitaron u omitieron el cumplimiento de sus funciones. Del mismo modo, el inciso final transcrito es enfático en señalar que este control no viola la Carta Política pues es posterior, selectivo y *recae sobre la vigilancia de la gestión fiscal*. Para el caso **sub judice**, el control fiscal era procedente hacerlo a la entidad contratante Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, pero no era pasible de vigilancia fiscal la



contratista BAAN Colombia Ltda., como quiera que no ejerció actos de gestión fiscal.

Ahora bien, una vez revisadas las cláusulas contractuales que dan cuenta de la siguiente realidad fáctica, se observa lo siguiente:

-A folios 1 al 4 del Anexo 1, figura copia del contrato fechado 10 de noviembre de 1997 suscrito entre el Gerente del IDEA y el representante legal de la sociedad BAAN COLOMBIA Ltda. en adelante contratista, cuyo objeto era:

“CLAUSULA PRIMERA. OBJETO. El objeto del presente contrato lo constituye: la adquisición de la licencia de uso de un sistema de información que proporcione una solución integral, para facilitar la toma de decisiones gerenciales, incluyendo un año de mantenimiento de dicha licencia a partir de la implantación definitiva del software. Lo anterior de acuerdo con la propuesta presentada por el CONTRATISTA dentro del concurso público 01 de 1997, adjudicado mediante la resolución de gerencia N° 98 de octubre de 1997.

CLAUSULA SEGUNDA. VALOR Y FORMA DE PAGO. El valor total de este Contrato es la suma de doscientos cincuenta mil dólares (USD\$250.000) más el IVA., equivalentes al valor de doscientos doce mil dólares (USD\$212.000) por concepto de la licencia de uso y treinta y ocho mil dólares (USD\$38.000) por concepto del mantenimiento. Que el IDEA se compromete a pagar al CONTRATISTA una vez se entregue el software a



entera satisfacción del IDEA. El valor no incluye gastos de viaje, hotel y alimentación que se puedan genera en su ejecución y que excedan aquellos estimados en el aparte 18 de la propuesta del CONTRATISTA, y la sección 5.2. del anexo con los términos del contrato presentado por el CONTRATISTA, los cuales serán asumidos directamente por el IDEA”

Como se acredita, el objeto de este primer contrato fue la adquisición de la licencia de uso de un sistema de información, por valor de USD\$250.000, que el IDEA le pagaba a la contratista BAAN COLOMBIA Ltda., una vez recibiera la implantación definitiva del software a entera satisfacción. Repárese que no se estipuló pago de anticipo.

-A folios 5 al 9 del Anexo 1, figura el CONTRATO PARA LA IMPLANTACION DE UN SISTEMA DE INFORMACION, fechado también 10 de noviembre de 1997 suscrito entre el Gerente del IDEA y el representante legal de la sociedad BAAN COLOMBIA Ltda. en adelante contratista, cuyo objeto era:

“CLAUSULA PRIMERA. OBJETO. El objeto del presente contrato lo constituye la implementación de un sistema de información que proporcione una solución integral, para facilitar la toma de decisiones gerenciales. Lo anterior de acuerdo con la propuesta presentada por el CONTRATISTA dentro del concurso público 01 de 1997, adjudicado mediante la resolución de gerencia N1 98 de octubre 24 de 1997.

CLAUSULA SEGUNDA: VALOR Y FORMA DE PAGO. El valor estimado de este contrato es la suma de doscientos ochenta y



cinco mil novecientos dólares (USD\$285.900) más el IVA, de conformidad con lo previsto en el aparte 19 de la propuesta del CONTRATISTA. Que el IDEA se compromete a pagar al CONTRATISTA de la siguiente manera: en forma mensual una vez se reciba el detalle de las personas y horas involucradas en el proyecto y sea aprobada por la gerencia del proyecto. Pasados cinco (5) días hábiles de la presentación de dicho detalle sin que el IDEA se pronuncie sobre su contenido, dicha liquidación se entenderá aprobada. En cualquier caso podrá haber aceptación y pago parcial de las facturas respecto de aquellos conceptos y sumas sobre los cuales no exista controversia alguna. Todos los pagos se realizarán dentro de los 30 días calendario, siguientes a la fecha de recibo de la cuenta de cobro correspondiente. El valor no incluye los gastos de viaje, hotel y alimentación que se puedan generar en su ejecución, los cuales serán asumidos directamente por el IDEA. Tales gastos se estiman en setenta y nueve mil cien dólares (USD\$79.100), según los cálculos que aparecen en el aparte 18 de la propuesta del CONTRATISTA y en la sección 5.2. del anexo con los términos del contrato presentado por el CONTRATISTA. Dicho cálculo no exime al IDEA de la obligación de asumir el valor adicional que se pueda generar por este concepto.”

Según las anteriores cláusulas contractuales, el objeto de este contrato era la implementación de un sistema de información por valor de USD\$285.900 que el IDEA le pagaba a la contratista de forma mensual, previa presentación de las respectivas facturas y cuentas de cobro. No se estipuló el pago de anticipo.



De acuerdo con la anterior prueba documental, se tiene acreditado que el objeto de los contratos suscritos entre el IDEA y la sociedad BAAN COLOMBIA Ltda., en ningún momento lo constituyó la transferencia de recursos o de fondos o de bienes de propiedad de la contratante a la contratista para que ésta los administrara, de tal manera que se le pudiera reconocer el ejercicio de la gestión fiscal.

Por el contrario, lo que se observa es que los contratos suscritos se agotaban con la simple ejecución material de unas labores específicas y el suministro de equipos a cargo de la contratista, con tal de dar cumplimiento a los objetos contractuales, pero por manera alguna en el caso **sub judice**, la contratista asumió actividades propias para el logro de los cometidos estatales del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, situación hipotética que sí hubiera comportado gestión fiscal en cabeza de BAAN COLOMBIA Ltda.

De tal suerte que lo que se tiene probado, es que en virtud de la relación contractual suscrita entre las partes en conflicto, la contratante se obligaba a pagar a la contratista las facturas de cobro presentadas por BAAN COLOMBIA Ltda., motivo por el que los dineros pagados por el IDEA lo fueron a título de pago por la retribución de una obligación cumplida por la actora, pero no lo fueron porque la contratista hubiera recibido estos dineros a título de administradora de fondos o bienes públicos.



En armonía con la anterior interpretación de la Sala, no es acogida la inconformidad de la apelación en la que el apoderado de la Contraloría General de Antioquia señaló, que la labor de BAAN COLOMBIA Ltda. durante la ejecución del contrato para la implantación y soporte del software que se pretendía instalar, estaba haciendo labor de planeación, administración y disposición de ciertos bienes públicos de propiedad del IDEA, razón que corroboraba que si desempeñó gestión fiscal y, que con su actuar poco diligente ocasionó detrimento patrimonial a la contratante.

No le asiste razón al apelante en la anterior manifestación de inconformidad, como quiera que el detrimento patrimonial que se le pudo causar al IDEA, fue como consecuencia de los pagos que se le hicieron como retribución por el pago de los objetos contractuales, pero no porque se le hubieran entregado recursos públicos para su administración.

Tan cierto es lo anterior, que en el cuaderno Anexos 1 folios 187 al 207, obra prueba documental que acredita la relación de pagos realizados durante la ejecución de los contratos cuestionados, entre ellas distintas facturas y relaciones de pagos por concepto de gastos de viaje de los consultores; órdenes de pago y varias facturas para pago de capacitadores y consultorías, así como la compra de equipos para la implementación del sistema de información.



Un hecho indicador que llama la atención, es que de acuerdo con la Resolución N° 1592 del 27 de agosto de 1999 expedida por el Gerente General del IDEA⁹, *"Por medio de la cual se liquida un contrato"*, se declaró a la firma BAAN COLOMBIA Ltda. deudora del IDEA por la suma de \$289.251.240, por los siguientes conceptos:

"5.1. IMPLEMENTACIÓN (Comprende Consultoría y Capacitación)

Nº Orden de Pago	Valor
55336	\$22.703.668
55343	\$39.504.569
55356	\$71.364.749
55359	\$52.645.749
55353	\$13.177.735
Total	\$199.396.470
VALOR TOTAL IMPLEMENTACIÓN Y CAPACITACION ACTUALIZAD	

Doscientos sesenta y un millones seiscientos doce mil ochenta y un pesos (\$261.612.081) a 31 de julio de 1999

5.2. GASTOS DE VIAJE

⁹ Obrante a folios 344 al 348 del cuaderno de anexos sin número

**No Orden de Pago****Valor**

55324	\$1.539.288
55335	\$3.459.537
55341	\$10.043.796
55352	\$3.919.747
55358	\$5.589.695

Por un total de veinticuatro millones quinientos cincuenta y dos mil sesena y tres pesos (\$24.552.063).

VALOR ACTUALIZADO GASTOS DE VIAJE CON BASE EN EL IPC

Veintisiete millones seiscientos treinta y nueve mil ciento cincuenta y nueve pesos (\$27.639.159).

TOTAL PAGOS EFECTUADOS POR EL IDEA A BAAN QUE DEBEN SER REINTEGRADOS

Doscientos veintrés millones novecientos cuarenta y ocho mil quinientos treinta y tres pesos (\$223.948.533), suma que actualizada a 31 de julio de 1999, asciende a doscientos ochenta y nueve millones doscientos cincuenta y un mil doscientos cuarenta pesos (\$289.251.240).



VALORES RECLAMADOS POR BAAN COLOMBIA LTDA.

El contratista solicita el reconocimiento de pagos por consultoría por valor de cincuenta y cinco millones trescientos trece mil novecientos sesenta y ocho pesos (\$55.313.968), causados a partir del 8 de julio de 1998.

Igualmente, factura gastos de viaje a partir del 15 de julio del mismo año por valor de cuatro millones doscientos sesenta y seis mil seiscientos sesenta y ocho pesos (\$4.266.668).

Todos estos cobros carecen de soporte alguno en razón de las actividades de ejecución del contrato (sic) se encontraban paralizadas y adicionalmente se cobra consultoría para desarrollo del software que no hacía parte del objeto contractual y por tanto no hay lugar a su reconocimiento.

En razón de las consideraciones precedentes, el Gerente del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA.

RESUELVE

1.Declarar liquidado el contrato para la implementación de un sistema de información celebrado con la firma **BAAN COLOMBIA LTDA.**



2. Declarar a la firma **BAAN COLOMBIA LTDA.**, deudora del Instituto para el Desarrollo de Antioquia, por la suma de doscientos ochenta y nueve millones doscientos cincuenta y un mil doscientos cuarenta pesos (\$289.251.240).

3. Contra el presente acto administrativo procede el recurso de reposición que debe interponerse ante la gerencia del Instituto dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

El Gerente General

BERNARDO E. POSADA VERA"

Lo anterior indica que la demandante incurrió en irregularidades o anomalías en la ejecución de los contratos, frente a las cuales la entidad contratante IDEA expresó su inconformidad no por la totalidad del valor de la contratación, sino por unos valores inferiores, lo que evidencia que se está ante un incumplimiento contractual, tema ajeno al de responsabilidad fiscal.

Según la prueba documental allegada al expediente, lo que se observa es que el ente de control demandado fundamentó la responsabilidad fiscal en cabeza de la actora, teniendo como justificación las mismas irregularidades que sirvieron a su vez de apoyo para que el IDEA



declarara el incumplimiento y la caducidad del contrato. En suma, la responsabilidad fiscal la fincó en el incumplimiento contractual.

Tan cierto es lo anterior, que el Auto 793 del 22 de octubre de 2003 objeto de demanda, transcribió en el aparte denominado “HECHOS QUE GENERAN LA INSTRUCTIVA”, las que denominó causas objetivas invocadas por el IDEA para declarar el incumplimiento del contrato de licencia de uso y soporte de software y para declarar la caducidad del contrato para la implementación de un sistema de información, resultando ser las mismas de las razones consignadas en las resoluciones N° 1402 y 1403 ambas del 1º de febrero de 1999 expedidas por el Gerente General¹⁰.

En el Auto 793 de 2003, la Contraloría General de Antioquia consignó lo siguiente:

“Entre las causas objetivas que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia cita para declarar el incumplimiento del contrato para el suministro de la licencia de uso y soporte de software, mediante Resolución de febrero 1º de 1999 citan las siguientes:

¹⁰ Visibles a folios 19 al 20 y 21 al 26 del Anexo 1



1. Que BAAN COLOMBIA Ltda. no hizo entrega de la documentación incumpliendo así, con el numeral 2.2. del anexo de los términos del contrato de licencia y soporte de software.
2. Que el software entregado por BAAN COLOMBIA Ltda. corresponde a una versión estándar para empresas manufactureras, el cual no cuenta con las especificaciones funcionales y técnicas exigidas por el IDEA en los términos de referencia, ni con lo que BAAN COLOMBIA se comprometió a entregar tal como consta en la propuesta.
3. Que en dicha cinta tampoco se encuentra la integración del software, el cual no ha sido entregado oficialmente al IDEA.
4. Que el software que se encuentra instalado en el computador del IDEA corresponde a una versión de prueba y no al software definitivo y acoplado a las necesidades y finalidades del IDEA.
5. Que el software de prueba instalado se venció el derecho de utilización y que en el momento no se puede operar, es decir que aunque se tiene una licencia de uso del software de BAAN COLOMBIA este no puede ser utilizado por el IDEA.
6. Que el contratista BAAN COLOMBIA Ltda. constituyó a favor del IDEA la póliza N° 97332406 para garantizar las diferentes obligaciones, con la compañía de seguros del Estado S.A.”



La Resolución N° 1403 del 1º de febrero de 1999 "*por medio de la cual se declara la caducidad de un contrato*" expedida por el Gerente General del IDEA, fue reproducida en idénticos términos en el Auto 793 de 2003 demandado, tal y como se constata con la siguiente transcripción:

"Similar situación se presenta con respecto al contrato que por la suma de USD\$285.000 suscribe el IDEA con BAAN COLOMBIA Ltda., cuyo objeto lo constituye la implantación de un sistema de información, en efecto no siendo posible haber llegado a un acuerdo para orientar por el sendero pactado en el contrato, y los términos de referencia del contrato, el IDEA se ve en la obligación de decretar la caducidad del contrato, citando entre otras las siguientes motivaciones:

1. Que la ejecución del contrato empezó el 11 de febrero de 1998.

2. Que el IDEA solicitó en los términos de referencia un software que reuniera determinadas características funcionales y técnicas, destacándose las siguientes: software que cumpliera con la funcionalidad del IDEA; software integrado; con sistema operativo, etc.

3. Que la empresa contratista BAAN COLOMBIA Ltda. presentó una propuesta en la que expresaba cumplir con todos los requisitos esenciales enunciados en el numeral anterior.

4. Que la empresa BAAN COLOMBIA Ltda. realizó una presentación en vivo a los funcionarios del instituto los días 18



y 19 de septiembre de 1997 previa a la adjudicación del contrato, en la que mostraba la funcionalidad de un software con las condiciones exigidas por el Instituto, **el cual comprobó posteriormente que no era real.**

5. El IDEA en desarrollo del proceso de selección de los proponentes escogió a la firma BAAN COLOMBIA Ltda. adjudicándole el contrato por ser la empresa que ofreció el producto según los términos de referencia, la que realizó la demostración en vivo acreditando la funcionalidad para el Instituto, cumpliendo así las expectativas del IDEA y las adicionales en la propuesta, lo que le otorgó suficiente mérito para calificarla como la mejor oferta.

6. Que en la ejecución del contrato el grupo de trabajo asignado al proyecto encontró que la firma BAAN COLOMBIA Ltda. no estaba cumpliendo las características funcionales y técnicas enunciadas en los numerales tercero y quinto de esta resolución.

7. Que las fallas encontradas permiten afirmar que el software a implantar no fue el que ofreció BAAN COLOMBIA Ltda., que es inoperante para el IDEA, que perjudicó ostensiblemente su avance tecnológico impidiendo que el Instituto optimizara sus procesos, redujera sus costos operacionales y compitiera más...”

No cabe duda que en el presente caso, la Contraloría confundió el incumplimiento contractual con la responsabilidad fiscal por el perjuicio económico que no se cuestiona bien pudo haber soportado la contratante,



el cual fue producto de las irregularidades en la ejecución del contrato, que en todo caso no se puede equiparar con el daño patrimonial -con fundamento en el cual le imputó la responsabilidad fiscal a BAAN COLOMBIA Ltda.-. Aun así bajo este contexto no se le puede ubicar a la demandante como gestora fiscal.

De allí que podría afirmarse que en el sub lite, se confundió la responsabilidad fiscal que procura el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa causada por una persona jurídica pública o privada que ejerció “gestión fiscal”, como quiera que lo que aconteció fue un incumplimiento contractual por parte de la contratista BAAN COLOMBIA Ltda., supuesto hipotético que no obstaba para que se diera lugar a la compensación por los perjuicios causados a la contratante, haciendo efectivas las pólizas de Seguros del Estado N° 97332406 y 97332405.

Afianza la tesis de que en el **sub judice** se estaba ante el incumplimiento de un contrato y, que el perjuicio de la contratante IDEA se mitigaría haciendo efectivas las pólizas de seguros, partiendo del presupuesto según el cual la jurisprudencia de esta Sección ha dejado sentado que la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal lo es a título de responsabilidad civil mas no fiscal, es decir, por razones inherentes al objeto contractual.

“Aplicabilidad del artículo 1081 del C. Co. al sub lite. Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, debiéndose responder que sí, puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. (Sentencia del 18 de marzo de 2010 radicado 25000-23-24-000-2004-00529-01 M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta)

Según los objetos contractuales relacionados en precedencia, en el caso **sub judice** se estaba en presencia de un contrato estatal, dada la naturaleza jurídica de la contratante y de los recursos económicos con que se pagaron de lo cual no cabe duda alguna, pero dichos recursos se pagaron por las prestaciones periódicas de bienes o servicios a cambio de una remuneración, pero no le fueron transferidos a la demandante para que administrara tales recursos públicos, en cuyo caso, sí se podía endilgar que dicha conducta le causó un detrimento patrimonial al IDEA, bajo el presupuesto de que fue producto del ejercicio de la gestión fiscal desempeñada por BAAN COLOMBIA Ltda. lo cual como se ha insistido no aconteció.



En vista de que los argumentos del recurso de apelación no fueron acogidos, la Sala confirmará la decisión de la primera instancia tal y como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. CONFIRMASE la sentencia proferida el 6 de julio de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Segundo. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmpalase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
PRESIDENTE

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ



ROBERTO AUGUSTO SERRATO
VALDÉS

GUILLERMO VARGAS AYALA