

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente, MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000232400020050002901

Actor: JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL

Demandado: AUTORIDADES DISTRITALES-CONTRALORÍA DE BOGOTÁ

Referencia: INDEPENDENCIA DEL PROCESO FISCAL DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS ADOPTADAS POR LA EMPRESA CONTRATANTE. EXCEDENTES FINANCIEROS PRODUCTO DEL ANTICIPO PERTENECEN A LA ENTIDAD CONTRATANTE A MENOS QUE CONTRACTUALMENTE SE PACTE LO CONTRARIO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección B, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda contra los autos que declararon la responsabilidad fiscal del accionante, proferidos por la Contraloría de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

El actor por conducto de apoderado judicial, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho tipificada en el artículo 85 CCA¹, contra la Contraloría de Bogotá D.C., con el fin de que se reconozcan las siguientes:

1.1. Pretensiones:

-Que son nulos los actos administrativos proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° 43299 adelantado por la Contraloría de Bogotá contra el actor, contenidos en los **Autos N° 0001 del 30 de enero de 2004; Auto sin número del 25 de mayo de 2004 y Auto sin número del 30 de agosto de 2004**, proferidos todos por profesionales de la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva del ente de control distrital, por medio de los cuales se falló con responsabilidad fiscal el proceso adelantado en la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, en cuantía de \$194.411.572,00.

En escrito de corrección de la demanda², el apoderado del demandante precisó que a título de restablecimiento del derecho, se ordene el retiro de su nombre del Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República; que se le restituya la suma de \$194.411.572,00 o el valor que Seguros del Estado S.A. haya pagado a la Contraloría de Bogotá D.C. como consecuencia del Fallo con Responsabilidad Fiscal en cumplimiento de la póliza N° 041805014 del 19 de febrero de 2004.

-Que se ordene al ente de control demandado, reparar el daño que le infringió al accionante que estima en la suma de (\$4.459.620,00) indexada y con el interés del 6% hasta cuando el pago se concrete, por concepto del valor de la póliza N° 041805014. Solicita también que se le reconozca la suma de \$211.734.123,85 que el demandante tuvo que depositar en dos certificados de depósito a término N° 0356279 y 035278 a su nombre del Banco de Crédito y que endosó en garantía a Seguros del Estado para la expedición de la póliza 041805014, previo dictamen pericial que estime cuál es el costo de oportunidad de la mencionada suma. Solicitó igualmente el reconocimiento de 1.000 s.m.m.l.v. por concepto de indemnización de los perjuicios morales que el actor ha padecido como consecuencia de los actos administrativos demandados.

¹ La demanda obra a folios 2-22 del Cuaderno 1

² Visible a folios 58-61

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

1.2. Hechos:

Narró el apoderado del accionante, que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB suscribió el 9 de agosto de 1994 el contrato N° 3405 con el ingeniero Jairo Enrique Varela Fiholl, cuyo objeto era la construcción de la central telefónica “Marruecos” ubicada en la calle 51 N° 48-82 sur de Bogotá, contrato que no se ejecutó debido a la oposición de la comunidad del sector.

Indicó que el 17 de septiembre de 1997 se firmó el acta de iniciación del contrato 3405, luego de llevada a cabo la conciliación sobre el reajuste del monto del contrato en la suma de \$1.042.757.398,00, fecha en la que le fue entregado al actor el valor del anticipo que ascendió a la suma de \$521.378.699,00. Transcribió el contenido de las cláusulas 5, 17, 21, 25 y 30 del citado contrato, las cuales consideró interesan al proceso.

Relató que el 24 de septiembre de 1997 la comunidad del sector “Marruecos”, impidió el adelantamiento de la obra contratada, motivo por el que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, dio por terminado en forma unilateral el contrato 3405 mediante la expedición de la Resolución Administrativa N° 11491 del 29 de diciembre de 1997 y procedió a la liquidación final del mismo también de forma unilateral, mediante la Resolución Administrativa N° 11927 del 10 de agosto de 1998, que quedó ejecutoriada y es de obligatorio cumplimiento, luego de ser confirmada mediante Resolución 11974 del 28 de septiembre de 1998.

Advirtió que el artículo 2° de la Resolución 11927 del 10 de agosto de 1998, le impuso al actor la obligación de devolver de la suma del anticipo recibido, el valor de \$479.668.403,10 como consecuencia de la liquidación del contrato, valor que procedió a entregar el día 11 de noviembre de 1998 a la ETB, mediante la entrega del cheque N° 946606 del Banco Industrial Colombiano.

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

Señaló el apoderado del accionante que la Contraloría de Bogotá D.C, el día 10 de mayo de 2000, abrió investigación fiscal al considerar que la administración (Empresa de Teléfonos de Bogotá), a través de sus funcionarios no había exigido la devolución de los rendimientos financieros que el anticipo había producido en cuantía de \$143.885.204,85 según informe de la Fiducia del Banco de Colombia FIDUCOLOMBIA.

La investigación concluyó con el Auto del 31 de octubre de 2002, en el que se le imputó responsabilidad fiscal al demandante, por la no devolución de la suma de \$143.885.204,85 monto a que ascendieron los rendimientos financieros de la suma de \$521.378.699,00 durante los 420 días en que este monto permaneció en Fiducia y a nombre del actor, ya que según el artículo 84 del Decreto 714 de 1996 le pertenecen al Distrito, norma que aclaró el apoderado del actor, fue expedida con posterioridad a la suscripción del contrato y por consiguiente no estaba incorporada al mismo.

Afirmó que para cuando se suscribió el contrato 3405 de 1994, tampoco se había expedido el Decreto Nacional 2170 de septiembre de 2000, que reguló y fijó las características del anticipo y la suerte de sus rendimientos financieros, por tanto ni este decreto ni el 714 de 1996 sustentó de los actos administrativos acusados, hacían parte del contrato ni lo regían como lo afirmó la actuación fiscal. Por tanto advirtió que al demandante, la entidad demandada no lo investigó conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputó, puesto que el contrato 3405 data de agosto de 1994, violándose de esta manera las citadas disposiciones invocadas ya que se hicieron valer a pesar de no ser aplicables a la responsabilidad fiscal investigada.

De otra parte, sostuvo que en los actos acusados se invocaron disposiciones de la Ley 610 de 2000, a pesar de que los hechos materia de investigación datan del periodo 1994-1998, acudiendo a la definición de gestor fiscal extendiéndose al actor, legislación que no le era aplicable y que trajo como perjuicio la inclusión del nombre del actor en el Boletín de Responsables Fiscales vulnerándole los derechos al buen nombre, honra y trabajo.

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

Indicó que los actos acusados violaron los artículos 29 y 209 de la Constitución Política, ya que la Contraloría no coordinó su actuación fiscal violando además los artículos 69, 73, 74 y 136-7 del CCA, como quiera que desconoció las resoluciones N° 11927 y 11974 ambas de 1998 expedidas por la ETB, que declararon la liquidación unilateral del contrato 3405 y ordenaron la devolución del valor del anticipo recibido, previa deducción de la utilidad prevista en la oferta, actos administrativos que crearon una situación jurídica de carácter particular del actor.

Destacó que la presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la ETB, fue desconocida por la Contraloría de Bogotá al expedir los actos acusados, pues en la práctica lo que hizo fue revocar –sin facultad ni competencia para ello-, las resoluciones 11927 y 11974 de 1998, sin la observancia del debido proceso y desconociendo las normas del CCA, por lo que se extralimitó en sus funciones ya que le correspondía a la ETB revocar sus propios actos que aún siguen amparados con la presunción de legalidad.

Adujo que de forma equivocada la entidad de control consideró que el anticipo que recibió el contratista, debía permanecer aislado de su patrimonio pues no lo integraba, como si se tratara de un bien no perecedero ni fungible o que se le hubiera entregado en fiducia y no a título de anticipo, como se le entregó, sin que los contratantes hubieran determinado nada sobre sus rendimientos.

Manifestó el apoderado del actor, que su representado para levantar e impedir embargos, se vio en la obligación de constituir en favor de la entidad demandada, la póliza judicial N° 041805014 del 19 de febrero de 2004 con Seguros del Estado S.A. por valor de \$194.411.572 monto fijado por la Contraloría, constituyendo dos CDT en el Banco de Crédito por la suma total de \$211.734.123, 85, que el actor endosó a la aseguradora y cuyos títulos se encuentran en su poder.

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 2, 6, 15, 21, 25, 29, 83 y 209 de la Constitución

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

Política; 69, 73, 74 y 136 del CCA; 663, 713 y 717 del C. C. y el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Afirmó que las normas invocadas como vulneradas, entre ellas el debido proceso, fueron desconocidas por la Contraloría de Bogotá D.C., en la medida en que tenía el deber de coordinar sus actuaciones fiscales con las administrativas desplegadas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., para que se revocara como lo establecen las normas del CCA, los actos administrativos mediante los cuales se liquidó de manera unilateral el contrato suscrito entre la empresa y el actor, acto que desde el comienzo de la investigación fue conocido por la demandada.

Señaló que debido a la violación del debido proceso, la Contraloría concluyó que el investigado infringió la ley por lo que lo declaró responsable fiscal afectándolo no solo económicamente, sino también en sus derechos constitucionales como el buen nombre y honra, al verse reportado en el Boletín de la Contraloría General de la República, con lo cual se le impidió ejercer su profesión como medio de trabajo.

Adujo que la presunción de la buena fe fue desconocida por la contraloría demandada, puesto que dio por sentado que el actor omitió intencionalmente información sobre la constitución de la fiducia a la ETB, cuando lo cierto es que el dinero producto del anticipo entregado hacía parte del patrimonio del contratista, pues se trataba de dinero, aunado al hecho de que sobre los rendimientos de ese anticipo, las partes nada expresaron.

Respecto de la transgresión de los artículos 69, 73, 74 y 136 del CCA, que consagran la revocatoria directa de los actos administrativos, afirmó que resultaron violentados en la medida en que las resoluciones 11927 y 11974 del 10 de agosto y 28 de septiembre de 1998 de la ETB, crearon una situación jurídica de carácter particular y concreto respecto del actor, como lo es la de devolver el anticipo que había recibido previa deducción de la utilidad ofertada.

A juicio del apoderado del demandante, la presunción de legalidad de las resoluciones expedidas por la ETB fue flagrantemente violada por la Contraloría

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

de Bogotá D.C. en los actos acusados, al revocar sin tener competencia para ello, dichas resoluciones sin la observancia de las reglas del CCA y con violación del debido proceso.

En cuanto a la violación del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, norma que establece que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, afirmó el vocero del accionante que se evidencia porque el contrato 3405 se celebró en 1994 y se concilió en 1997, época en la que el Decreto Distrital 714 de 1996 aún no se había expedido, como tampoco el Decreto Nacional 2170 de septiembre de 2002. En este sentido consideró que estas dos legislaciones, que sirvieron de sustento a los autos acusados, no hacían parte del contrato ni lo regían como lo hicieron valer en la resolución de apertura de la investigación fiscal y los demás actos acusados. Apoya las anteriores posturas, citando apartes de fallos proferidos por la Corte Constitucional relacionados con la protección al debido proceso en las actuaciones administrativas y la presunción de legalidad de los actos administrativos.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Contraloría de Bogotá D.C. por conducto de apoderado judicial, presentó memorial en el que se opuso a las pretensiones de la demanda³, al considerar que las causales de anulación que se estructuran para desvirtuar la legalidad de los actos acusados, carecen de la relevancia jurídica que permitan su prosperidad.

En cuanto al cargo relativo a la violación de la presunción de legalidad y revocatoria directa de las resoluciones expedidas por la ETB S.A. ESP, manifestó que no comparte la postura del demandante según la cual, la Contraloría estaba imposibilitada para adelantar investigación fiscal por la omisión del actor en devolver los rendimientos financieros del anticipo que había recibido por la suscripción del contrato 3405 de 1994, en vista de que este tema lo había definido la ETB al expedir las resoluciones 11927 y 11974 de 1998.

Lo anterior, al afirmar que es la propia Carta Política la que reconoce expresamente la función de control fiscal, como una actividad independiente y

³ Figura a folios 67-80 del CCA.

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

autónoma diferenciada de las que corresponde a las clásicas funciones estatales, razón que justifica la independencia de la contraloría frente a las ramas del poder público, tal y como lo establecen los artículos 267 y 268 superiores, normas que establecen que independientemente de la naturaleza del organismo o persona que ejecute, administre o recaude recursos públicos, el ejercicio del control fiscal frente a tales sumas es un imperativo constitucional que deben cumplir las contralorías.

Mencionó que en vigencia de las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, las contralorías tienen competencia para ejercer control fiscal frente a todas las personas que manejen bienes o fondos de la Nación, elemento que permite establecer si una persona está o no sujeta al control fiscal.

Destacó que el ente de control distrital, en ningún momento adoptó una decisión que era propia de la administración distrital respecto de la terminación o liquidación unilateral del contrato, ya que es consciente y reconoce la autonomía que para ello tenía la ETB, la cual tampoco limitaba el ejercicio del control fiscal.

Según el apoderado de la Contraloría de Bogotá D.C., la revocatoria directa en el presente caso no se constituía en presupuesto o requisito previo para ejercer el control fiscal y determinar la responsabilidad del demandante, ya que la independencia de la responsabilidad fiscal y de la administrativa, permiten que por una misma conducta se deriven diferentes tipos de responsabilidad, de allí que la ETB podía o no establecer las reglas de la revocatoria directa.

Respecto de la aplicación de las normas del anticipo contenidas en los decretos 714 de 1996 y 2170 de 2002, que a juicio de la parte actora no estaban vigentes en el año 1994 fecha en que se suscribió el contrato 3405, sostuvo el apoderado de la demandada que no comparte este cargo, toda vez que carecen de realidad sustancial en cuanto no es cierto que los actos administrativos acusados hayan derivado la responsabilidad fiscal del actor en los decretos citados y, menos aún que el contrato sea completamente omiso respecto de la figura del anticipo.

Lo anterior, al considerar que no es cierto que únicamente los decretos 714 y 2170 establecen que los dineros dados a título de anticipo, tienen naturaleza pública y pertenecen a la entidad pública contratante, razón por la que se le solicita al

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

contratista que garantice su inversión y manejo, amortizándose su pago posterior según la ejecución del contrato.

Indicó que no es cierto que en el contrato de obra 3405 de 1994, no se hubiera pactado que el anticipo hubiera pasado al patrimonio del demandante junto con los rendimientos financieros que se generaron durante el periodo que el contratista lo tuvo, pues las cláusulas quinta, décima quinta y décima séptima del contrato, reconocieron que se trata de un dinero que recibía el contratista única y exclusivamente para la realización del objeto del contrato, por tanto pertenece a la ETB, entidad que dispone, controla, vigila, exige y sanciona la utilización indebida del anticipo.

En cuanto a la transgresión del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 -y no 1987 como lo indicó el demandante-, anotó el vocero de la Contraloría que la omisión en que incurrió el actor y que determinó la responsabilidad fiscal cuestionada, no se apoyó exclusivamente en los parámetros del Decreto 714 de 1996, ya que la irregularidad endilgada al actor lo es por haber infringido los presupuestos normativos de los artículos 267 y 268 de la Constitución Política; 10, 13 y 14 de la Ley 42 de 1993 y el artículo 5 de la Ley 610 de 2000.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante providencia del 16 de septiembre de 2010 denegó las pretensiones de la demanda⁴.

Desestimó el primer cargo de la demanda relativo a la violación de las normas superiores por el hecho de que en el sentir del actor, le correspondía a la Contraloría de Bogotá D.C. coordinar su actuación dentro del proceso de responsabilidad fiscal con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, para poder revocar las resoluciones administrativas que declararon la terminación y liquidación unilateral del contrato 3405 de 1994.

⁴ El fallo figura a folios 253-278 del C.1

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

A la anterior determinación arribó, luego de efectuar algunas precisiones sobre el ejercicio del control fiscal y la autonomía e independencia de las contralorías para adelantar los procesos que determinen esta responsabilidad, citando para ello el contenido de los artículos 267, 268 numeral 5 y 272 de la Carta Política; del artículo 4 de la Ley 42 de 1993 y de algunos fallos jurisprudenciales que se han pronunciado sobre el tema.

Bajo esta perspectiva, el a quo consideró que las decisiones adoptadas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá en las resoluciones N° 11927 y 11974 el 10 de agosto y 28 de septiembre ambas de 1998, son totalmente independientes de los actos administrativos expedidos por la entidad demandada y que son ahora objeto de estudio, como quiera que dichas resoluciones fueron expedidas como consecuencia de la terminación unilateral del contrato 3405 del 19 de agosto de 1994, mientras que los actos impugnados hacen parte del ejercicio del control fiscal que realizó la Contraloría demandada, al determinar que el demandante no había devuelto la totalidad del dinero entregado por la empresa como anticipo del contrato.

Afirmó que en la medida en que los actos administrativos emitidos por la ETB y por el ente de control distrital, son producto de actuaciones independientes, no es posible acoger el argumento según el cual estas dos entidades debían unificar sus actuaciones referentes a la orden de devolución del dinero correspondiente al anticipo del contrato 3405 del 19 de agosto de 1994 y, considerar la revocatoria de los actos expedidos por la ETB. En suma, la Contraloría demandada no podía revocar las resoluciones administrativas de la entidad prestadora del servicio público, como quiera que no fueron expedidos por el ente de control.

De igual forma fue desestimado el segundo cargo de la demanda, relativo al desconocimiento de la presunción de la buena fe del demandante, al dar por cierto la Contraloría la omisión de la información que debió rendir a la ETB acerca de la constitución de la fiducia con el dinero perteneciente al anticipo del contrato por considerar que dicho dinero hacía parte del patrimonio del accionante, al afirmar en forma enfática que tanto la suma inicialmente pactada como anticipo y los rendimientos generados por la fiducia, pertenecen a la administración y

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

constituyen dineros públicos, los cuales no pueden ser enajenados por el contratista ni mucho menos ser considerados parte de su patrimonio.

Aunado a lo anterior, el a quo adujo que no es cierto que el dinero que constituía el anticipo del contrato hiciera parte del patrimonio del demandante, pues en ningún momento se estableció ni garantizó dentro del contrato 3405 de 1994, que dichas sumas generaran algún tipo de rendimiento para el contratista.

Con fundamento en algunas citas jurisprudenciales proferidas por esta Corporación, el tribunal de primera instancia adujo que nunca los dineros recibidos como anticipo de un contrato constituyen parte del patrimonio del contratista, pues este pago se hace con el fin de cubrir los gastos en que se incurra como consecuencia de la ejecución del contrato, mas no como una retribución del servicio prestado por el contratista, por tanto -dice el fallador-, al ser estos dineros de la administración, los rendimientos que generen, harán parte del erario público.

Respecto del cargo de la demanda relativo a la violación de los artículos 39, 73, 74 y 136 del CCA, por el hecho de que según el apoderado del actor, la entidad demandada violó la presunción de legalidad de las resoluciones 11927 y 11974 del 2008 al haberlas revocado sin tener la competencia para ello, el Tribunal de Cundinamarca adujo que el juicio fiscal adelantado por el ente de control bajo el N° 43299 lo que pretendía era determinar la responsabilidad del contratista en su gestión fiscal, entendida en los términos del artículo 3 de la Ley 610 de 2000.

Destacó que el ente demandado lo que hizo fue determinar la responsabilidad fiscal del actor, no por el hecho de que hubiera o no acatado la orden impuesta por la administración en las resoluciones administrativas expedidas por la ETB sino, porque el contratista mantuvo en su patrimonio dinero que le pertenecía al erario público, refiriéndose a los rendimientos financieros causados como consecuencia de la constitución de la fiducia. Por tanto, lo que procuran los actos enjuiciados, es proteger los intereses del Estado evitando el detrimento al erario público.

Llamó la atención en el sentido de que el Contralor de Bogotá D.C. no es el superior jerárquico de las entidades controladas como la ETB, motivo por el que

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

no podía revocar directamente los actos administrativos de la empresa de telecomunicaciones.

En cuanto a la supuesta violación del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que dice que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, motivo por el que según el demandante, los actos acusados no podían invocar como sustento normativo los decretos 714 de 1996 y 2170 de 2002, la primera instancia no lo acogió, al considerar que si bien es cierto estos decretos no se encontraban vigentes al momento de la suscripción del contrato, también lo es que el tema relacionado con la naturaleza del anticipo ha sido desarrollado jurisprudencialmente por esta Corporación.

Aunado a lo anterior, estimó que en los términos en que fue redactada la cláusula quinta del contrato suscrito entre la ETB y el accionante, se pactó que el anticipo pagado era para cubrir la ejecución del contrato y no se dispuso en ninguna otra cláusula que dicho dinero hacía parte del patrimonio del contratista o que dicha suma, generaría algún tipo de rendimiento en su favor.

Advirtió el a quo que en todo caso, los decretos 714 de 1996 y 2170 de 2002, no fueron invocados como sustento de la decisión adoptada por la Contraloría para declarar fiscalmente responsable al demandante, sino que el fundamento principal fue que el contratista desatendió los principios que regulan la actividad contractual consignados en el inciso 2º del artículo 3, en el numeral 2 del artículo 5, en el inciso primero del artículo 13 e incisos 1 al 3 del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1603 del C.C.

Finalmente el fallador de primera instancia afirmó, que en el proceso fiscal en contra del actor, la Contraloría determinó que el Distrito Capital no recuperó los dineros que el actor recibió de la entidad financiera FIDUCOLOMBIA S.A., por concepto de los rendimientos financieros generados por el anticipo no amortizado con ocasión de la celebración del contrato 3405 de 1994, cuya ejecución no se llevó a cabo, decisión que fue adoptada con base en jurisprudencia proferida por esta Corporación según la cual, los rendimientos del anticipo hacen parte del erario público y no del patrimonio del contratista.

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante por conducto de apoderado, presentó dentro del término legal escrito de apelación en el que solicitó la revocatoria del fallo impugnado, para lo cual reiteró los mismos argumentos expuestos en el libelo demandatorio⁵.

Afirmó que como fundamento de la declaratoria de nulidad de los actos acusados, invocó el carácter ejecutivo y la firmeza de los actos administrativos proferidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., contenidos en las resoluciones 11491 del 29 de diciembre de 1997, 11927 del 10 de agosto y 11974 del 28 de septiembre proferidas todas en 1998.

Destacó que en la demanda se reclamó que para la época de expedición de las resoluciones administrativas de la ETB, no había norma vigente que regulara lo relacionado con el anticipo desconociéndose además la calidad de fungible que tiene el dinero recibido que a su vez devolvió el accionante a manera de anticipo.

Refutó la consideración de que a pesar de que el fallo apelado hubiera considerado, que la Contraloría al ser un órgano autónomo e independiente tiene como función principal la de ejercer el control fiscal, en la realidad lo que hizo al expedir los autos que declararon la responsabilidad fiscal en contra del actor, fue revocar las resoluciones administrativas expedidas por la ETB, desconociendo el acuerdo de las partes consignado en las cláusulas 5, 17, 21 y 25 del contrato 3405 de 1994.

El recurrente adujo, que en el expediente se acreditó que la Contraloría de Bogotá, el 10 de mayo de 2000 abrió investigación de responsabilidad fiscal con base en la solicitud de la extinta División de Indagaciones preliminares, en la que se dijo que la ETB, a través de sus funcionarios no había exigido la devolución de los rendimientos financieros que el anticipo había producido en cuantía de \$143.885.204,85 según informe de la Fiducia del Banco de Colombia FIDUCOLOMBIA.

⁵ Figura a folios 279-290 del cuaderno principal

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

Reiteró que el auto del 31 de octubre de 2002 que imputó responsabilidad fiscal al actor, tuvo como fundamento la no devolución de la suma de \$143.885.204,85 por concepto de los rendimientos financieros del anticipo recibido durante los 420 días en que este monto permaneció en fiducia a su nombre, ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 84 del Decreto 714 de 1996, estos dineros le pertenecen al Distrito, desconociendo que esta legislación fue expedida con posterioridad a la celebración del contrato y por consiguiente no estaba incorporada al mismo, resultando también desconocido el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Indicó el censor, que el fallo apelado acudió a jurisprudencia del Consejo de Estado proferida en el año 2001, la cual no se puede aplicar al caso en estudio, como quiera que fue expedida con posterioridad a la celebración del contrato y de los actos de terminación y liquidación del contrato de la ETB, los cuales se profirieron en vigencia de la legislación que regulaba la materia contractual en dicha época.

Señaló que la Ley 610 del 13 de agosto de 2000 no podía ser aplicada por la Contraloría en los actos acusados, además de las consecuencias previstas en sus artículos 60 y 61 del CCA como la de prohibirle a la administración darle posesión, nominar o celebrar algún contrato con el actor, al incluirse su nombre en el Boletín de la Contraloría General de la República, resultando vulnerados los derechos al buen nombre, honra y trabajo.

Reiteró el recurrente que de acuerdo con la decisión impugnada, no tuvo en cuenta ni acogió la tesis de que los actos acusados, violaron los artículos 29 y 209 de la Carta Política, puesto que la Contraloría de Bogotá no coordinó sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, violando además los artículos 69, 73, 74 y 136 numeral 7 del CCA, que establecen las causas y el procedimiento con el que cuenta la administración para revocar sus actos o demandarlos.

Finalmente adujo expresamente lo siguiente: *“Frente a las consideraciones y sustento jurídico del fallo apelado sobre vigencia e invoco y cito a manera de sustentación de este recurso de apelación, para que el fallo sea revocado, lo expresado en la demanda y en el alegato de conclusión sobre las normas violadas*

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

y el concepto de la violación, normas que la sentencia consideró como no violadas –no obstante si haber sido violadas-, y conforme a las cuales con los actos acusados se infringieron y transgredieron”

A renglón seguido el apelante transcribió textualmente, el numeral 4 del texto de la demanda relativo al fundamento de derecho de las pretensiones – normas violadas y concepto de la violación.

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

De acuerdo con los escritos allegados al expediente, tanto el apoderado de la Contraloría de Bogotá D.C. como el del demandante, solicitaron la confirmación o la revocatoria del fallo apelado, para lo cual reiteraron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el escrito de apelación respectivamente⁶.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Los Actos Administrativos demandados

Los apartes del acto objeto de nulidad que interesan al proceso, son del siguiente tenor literal:

“CONTRALORIA DE BOGOTA D.C.

DIRECCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCION COACTIVA
SUBDIRECCION DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL

Proceso de Responsabilidad Fiscal N° 43299

Bogotá D.C. 30 de enero de 2004

⁶ Los memoriales figuran a folios 13-15 y 16-26 del C.1.

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

Proceden los suscritos Subdirectora del Proceso de Responsabilidad Fiscal junto con la profesional asignada y profesional especializado orientador, en ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 268, numeral 5º y 272 de la Constitución Política, la Ley 610 del 15 de agosto de 2000 y la Resolución Reglamentaria 012 del 12 de junio de 2001, a decidir sobre el Proceso de Responsabilidad Fiscal N° 43299, con fundamento en los siguientes,

HECHOS:

Mediante oficio N° PDOI3809 la Personería Delegada para la Vigilancia de los Servicios Públicos Domiciliarios I (folios 5-6 C.1), solicitó investigación por hechos relacionados con irregularidades cometidas por funcionarios de la E.T.B. con ocasión de la reiniciación del contrato 3405 suscrito con JAIRO VARELA FIHOLL, al permitir que éste permaneciera con el anticipo desde el 17 de septiembre de 1997 hasta el 9 de noviembre de 1998, fecha en que lo devolvió, descontando la utilidad del 4%, y por haber publicado las resoluciones 11927 y 11974 de agosto 10 y septiembre 28 de 1998 que se referían a la liquidación del citado contrato, publicación indebida, afirman, por lo que el contratista no efectuó el reembolso a la ETB.

(...)

CONSIDERANDOS:

La imputación de responsabilidad hecha mediante auto N° 032 del 31 de octubre de 2002, tuvo como base que el anticipo entregado al señor JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL por el contrato de obra N° 3405 suscrito entre él y la E.T.B. con el objeto de que se construyera el '*...EDIFICIO DE LA CENTRAL TELEFONICA DE MARRUECOS*' (folios 12-24 C.1), fue recibido por el contratista el día 17 de septiembre de 1997 en cuantía de \$521.378.699,00, fecha en que se suscribió el acta de iniciación (folio 107 C.1) y consignado el mismo día en la cuenta corriente N° 40-007534-64 del Banco de Colombia, según afirmación el doctor PEDRO SANCHEZ CASTILLO, apoderado, en ese entonces, del contratista, quien mediante oficio N° 086/98 de abril 7 de ese año (folio 133 del cuaderno 2) manifestó a la entidad: '*...el valor del anticipo recibido en cuantía de \$521.378.699,00 se depositó el 17 de septiembre pasado en el Banco Industrial Colombiano y a la cuenta corriente N° 040-007534-64*', es de anotar que con el dinero del anticipo el contratista constituyó un fideicomiso el 18 de septiembre de 1997 como se observa a folio 120 del cuaderno 1.

(...)

En consecuencia, se tuvo que la suma correspondiente a los rendimientos pertenece a la Entidad, por constituir rentas obtenidas con dineros públicos y su no devolución se constituyó en detrimento para la ETB, dado que el contratista no entregó ningún servicio a cambio y la entidad no dispuso de esos dineros con lo que se impidió su uso en otras necesidades sociales y económicas a su cargo, que es el fin principal de la administración y de los dineros públicos.

(...)

Por lo anterior, se consideró que con la conducta asumida por el contratista JAIRO E. VARELA FIHOLL, se causó un detrimento al patrimonio de la entidad del cual era presuntamente responsable.

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

(...)

En el auto de imputación se tuvo en cuenta que en el caso del implicado JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL (contratista), hubo desatención de su parte a los principios que regulan específicamente la actividad contractual que se encuentra enmarcada por la Ley 80/93 artículos 3 inciso 2 y 5 numeral 2 que tratan de los fines de la contratación estatal y de los derechos y deberes de los contratistas, concordantes con los artículos 13 inciso 1º y 40 inciso 1 al 3, de la ley en cita, al igual que con el artículo 1603 del C.C., entre otros

(...)

En consecuencia, el Despacho

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- Fallar con Responsabilidad Fiscal el Proceso de Responsabilidad Fiscal radicado con el N° 43299, adelantado en la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, en cuantía de \$194.411.572,00 en contra del señor JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL identificado con la C.C. N° 19.230.995 de Bogotá, residente en la Diagonal 109 N° 31-04 interior 1 apto 402 y para correspondencia en la carrera 13 N 90-36 oficina 402 y, en cuantía de \$4.941.076,35, contra la señora ROSALBA LOPEZ DE MESA con C.C. N° 36.523.412 de Santa Marta (Magdalena), residenciada en la carrera 10 A N° 121-30 apto 302, Barrio Santa Bárbara, independientemente, conforme a lo expuesto en el proveído.

ARTICULO SEGUNDO.- Notificar el presente fallo a las citadas personas, e conformidad con el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y a Eduardo Castillo Castillo apoderado de JAIRO ENRIQUE VARERLA FIHOLL en la calle 38 N° 8-62 oficina 700, Camilo Andrés Murcia Vargas apoderado de la señora ROSALBA LOPEZ DE MESA en la Av. 19 N 5-51 oficina 1007 y a CONFIANZA S.A., Compañía de Seguros en la calle 82 N° 11-37 piso 7. De no ser posible la notificación personal, proceder al tenor de lo previsto por el artículo 45 del mismo Estatuto. Contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deberán interponerse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación, para ante este Despacho el primero y para ante la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva el segundo.

ARTICULO TERCERO.- Remitir copia de esta decisión a la Dirección de Fiscalización Sector Telecomunicaciones de esta Entidad y a la personera delegada para la vigilancia de los servicios públicos.

ARTICULO CUARTO.- Comunicar el resultado del presente proceso al Alcalde Mayor de Bogotá D.C., al Personero y al Concejo, conforme a lo previsto por el Artículo 111 del Decreto 1421 de 1993, a las demás autoridades que señala la ley y comunicarlo al Representante Legal de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

ANA FELIPA SALAZAR ARIAS
Profesional Universitario 340-01

JOSE FELIX DAZA CAMARGO
Profesional Especializado-
Orientador

CARMEN SOFIA PRIETO DUEÑAS
Subdirectora del Proceso de Responsabilidad Fiscal"

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

No se transcriben los autos del 25 de mayo y del 30 de agosto ambos de 2004, expedidos por la Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal y por la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva respectivamente, que al resolver los recursos de reposición y de apelación interpuestos contra el fallo con responsabilidad fiscal contenido en el Auto del 30 de enero de 2004, decidieron confirmarlo en todas sus partes, como quiera que se fundamentaron en los mismos supuestos fácticos y jurídicos consignados en el fallo recurrido.

6.2. Acerca de la legislación aplicable al caso en estudio

De manera muy tangencial, el apelante esgrimió tal y como lo había advertido en la demanda lo siguiente: *“De otra parte, la Ley 610 del 13 de agosto de 2000 no era aplicable al asunto investigado, no obstante lo cual ella se aplicó, además, con las consecuencias previstas en sus artículos 60 y 61, que impiden a la administración en todas sus ramas, nominar, dar posesión o celebrar algún contrato con mi representado, pues su nombre debía incluirse en el Boletín de la Contraloría General de la República, con lo cual se vulneraron sus derechos constitucionales al buen nombre y a la honra así como el del derecho al trabajo”.*

La Sala considera que esta inconformidad no puede ser acogida, con fundamento en el acontecer fáctico de la actuación administrativa adelantada por el ente de control distrital demandado, que da cuenta de lo siguiente.

No obstante los hechos que dieron lugar al proceso de responsabilidad fiscal, datan del año 1994 con la suscripción del contrato 3405 el día 9 de agosto entre el Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá D.C. ETB y el señor Jairo Enrique Varela Fiholl, fecha en la que estaba vigente la Ley 42 de enero 26 de 1993 *“Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”*, lo cierto es que de acuerdo con los antecedentes administrativos de la actuación adelantada por la Contraloría de Bogotá D.C., se tiene acreditado lo siguiente:

Mediante auto del 30 de agosto de 1999 la extinta División de Indagaciones Preliminares, abrió indagación preliminar; el proceso formalmente se abrió mediante auto del 10 de mayo de 2000; el auto de imputación en contra del señor

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

Jairo Varela se expidió el 31 de octubre de 2002 y, luego del periodo probatorio abierto mediante auto del 27 de junio de 2003, la Contraloría de Bogotá profirió el 30 de enero de 2004 Fallo con Responsabilidad Fiscal, dentro del proceso fiscal N° 43299 adelantado en contra del accionante⁷.

Si bien es cierto el Auto que declaró la apertura formal de investigación fiscal en contra del demandante, se profirió el 10 de mayo de 2000 fecha en la que estaba en vigencia la Ley 42 de 1993, igualmente lo es que a partir del Auto del 31 de octubre de 2002 por el cual se profirió imputación de responsabilidad fiscal en contra del actor, la entidad demandada tenía que fundamentar las decisiones que en adelante profiriera con base en el marco legal señalado en la Ley 610 de 2000 *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*, que derogó expresamente los artículos 72 a 89 de la Ley 42 de 1993.

Lo anterior, por cuanto en el presente caso no es posible acoger el régimen de transición previsto en el artículo 67 de la Ley 610 de 2000, que entró a regir el 18 de agosto de 2000, que garantizaba los derechos y garantías fundamentales de quienes habían sido vinculados a investigaciones fiscales en vigencia de la Ley 42 de 1993.

El artículo 67 de la Ley 610 de 2000 dispone:

“Artículo 67. Actuaciones en trámite. En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigencia la presente ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en la etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley 42 de 1993. En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley.⁸

“En todo caso, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. (subrayas fuera de texto)

Por tanto, para la fecha en que entró a regir la Ley 610 esto es, el 18 de agosto de 2000, en la investigación fiscal 43299 no se había proferido Auto de apertura a juicio

⁷ Estas pruebas obran en el cuaderno de antecedentes administrativos 2 que conforman el expediente.

⁸ El inciso 1° de esta norma fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-619 de junio 14 de 2001, Magistrado Ponente Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

fiscal mucho menos el proceso se encontraba en la etapa de juicio, pues apenas se había proferido el auto del 10 de mayo de 2000 mediante el cual se había dado apertura formal de la investigación fiscal, es decir, la actuación fiscal apenas estaba comenzando.

En virtud de las anteriores consideraciones, queda despejado el cuestionamiento del apelante en el sentido de que la Contraloría de Bogotá D.C., había aplicado al sub judice de manera incorrecta la Ley 610 de 2000 en contra del ahora demandante, ya que se encontraba imposibilitada de continuar la investigación bajo las directrices de la Ley 42 de 1993, así hubiera sido ésta la vigente para cuando se dieron los hechos cuestionados.

De otra parte, no es plausible admitir que por la aplicación de esta legislación y su consecuente sanción, la Contraloría de Bogotá D.C. le hubiera violado al actor sus derechos constitucionales como el del buen nombre y trabajo, por el hecho de que el nombre del demandante se incluyó en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República, en vista de que se trata de las consecuencias jurídicas de dicha determinación, aunado al hecho de que el reporte es una obligación legal a cargo de todas las contralorías que se encuentra consignada en el artículo 60 de la Ley 610 de 2000.

6.3. Planteamiento del debate jurídico

De la simple lectura de los argumentos de inconformidad planteados por el apelante, observa la Sala que en estricto sentido no contienen reproches directos respecto de las razones aducidas en el fallo proferido por la primera instancia, con fundamento en las cuales adoptó la decisión de denegar las pretensiones de nulidad incoadas, contra los autos proferidos por la Contraloría de Bogotá D.C. que declararon responsable fiscal al ahora demandante.

No obstante la advertida falencia de discurso confrontativo, la Sala en aras de dar garantía al principio constitucional de la doble instancia consignado en el artículo 31 de la Carta Política, resolverá la apelación partiendo del supuesto de que los cuestionamientos del censor reiteran todos y cada uno de los planteamientos

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

desarrollados por el a quo, los que a su vez, no acogieron ninguno de los cargos de la demanda.

Bajo esta óptica, la Sala encuentra que son dos temas centrales los que deben ocupar la presente resolución de la apelación: i) el primero relativo a la competencia autónoma de la Contraloría de Bogotá D.D, para expedir los actos acusados luego del adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal N° 43299 en contra del demandante y, ii) determinar si el ente de control podía o no declarar responsable fiscal al actor, por el hecho de que no devolvió a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, los rendimientos financieros del anticipo que obtuvo entre el 17 de septiembre de 1997 hasta el 9 de noviembre de 1998 los que posteriormente devolvió descontando la utilidad del 4% pactada, con ocasión del contrato N° 3405 de 1994 que suscribió como contratista de la empresa contratante.

6.3.1. El proceso de responsabilidad fiscal es independiente y autónomo de las actuaciones administrativas adoptadas por la empresa contratante.

Uno de los cargos de la demanda, que fue juiciosamente analizado por la primera instancia y reiterado en la apelación, consistió en que para la parte demandante los autos objeto de nulidad, revocaron las resoluciones administrativas N° 11927 y 11974 del 10 de agosto y 28 de septiembre ambas de 1998, expedidas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, mediante las cuales se declaró la liquidación final y de manera unilateral del contrato 3405 del 19 de agosto de 1994, en la medida en que el ente de control -dice la apelación- no coordinó previamente con dicha empresa la actuación fiscal que condujo a la decisión adoptada en los actos enjuiciados, porque en síntesis lo que contiene es una revocatoria directa de dichos actos.

Tal y como lo consideró el a quo, no es posible acoger la interpretación dada por la parte accionante, como quiera que no se pueden confundir las facultades de las cuales podía hacer uso la entidad contratante en el giro ordinario de sus actividades, en este caso las desplegadas por la ETB al declarar la liquidación unilateral del contrato 3405 de 1994, frente al deber constitucional y legal que le

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

correspondía cumplir a la Contraloría de Bogotá D.C., en sede del ejercicio del control fiscal.

En este sentido, de acuerdo con el epígrafe del Auto del 30 de enero de 2004 que contiene el Fallo con responsabilidad fiscal en contra del actor, el ente de control distrital invocó como fundamento normativo, el ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 268, numeral 5 y 272 de la Carta Política, desarrollados por la Ley 610 de 2000 y por la Resolución Reglamentaria 012 del 12 de junio de 2001 de la Contraloría, que para dicha época regulaban el proceso de responsabilidad fiscal.

El artículo 268 numeral 5º de la Constitución Política establece:

“El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.”

El artículo 272 **idem** al referirse al control fiscal a nivel territorial dispone lo siguiente:

“La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

(...)

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.”

(...)”

Por su parte, la Ley 610 de 2000 *“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*, desarrolló las preceptivas constitucionales transcritas, para lo cual en el Título I reguló entre otros temas los relativos a: la definición del proceso de responsabilidad fiscal; los principios orientadores de la acción fiscal; la definición de gestión fiscal; el objeto de dicha responsabilidad; los elementos que constituyen la responsabilidad fiscal;

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

el daño patrimonial, la iniciación del proceso y las instituciones de la caducidad y de la prescripción de la acción fiscal.

Es bajo esta perspectiva que debe entenderse la actuación adelantada por la Contraloría de Bogotá, que condujo a la expedición de los actos acusados, como la expresión del ejercicio de unas atribuciones constitucionales y legales, que la habilitaban para determinar la responsabilidad fiscal en que incurrió el demandante en su condición de contratista del distrito capital, de tal manera que la interpretación dada por el apelante en el sentido de que la Contraloría debía coordinar su actuación con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP antes de que expidiera los actos acusados, no es admisible desde ningún punto de vista.

Al respecto resulta ilustrativo transcribir el siguiente considerando del Auto del 30 de enero de 2004 objeto de nulidad:

“La imputación de responsabilidad hecha mediante auto N° 032 del 31 de octubre de 2002, tuvo como base que el anticipo entregado al señor JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL por el contrato de obra N° 3405 suscrito entre él y la E.T.B. con el objeto de que se construyera el ‘...EDIFICIO DE LA CENTRAL TELEFÓNICA DE MARRUECOS’, (folios 12-24 C.1), fue recibido por el contratista el día 17 de septiembre de 1997 en cuantía de \$521.378.699,00, fecha en que se suscribió el acta de iniciación (folio 107 C.1) y consignado el mismo día en la cuenta corriente N° 40-007534-64 del Banco de Colombia, según afirmación del doctor PEDRO SANCHEZ CASTILLO, apoderado, en ese entonces, del contratista, quien mediante oficio N° 086/98 de abril 7 de ese año (folio 133 del cuaderno 2) manifestó a la entidad: ‘...**el valor del anticipo recibido en cuantía de \$521.378.699,00 se depositó el 17 de septiembre pasado en el Banco Industrial Colombiano a la cuenta corriente N 040-007534-64’, es de anotar que con el dinero del anticipo el contratista constituyó un fideicomiso el 18 de septiembre de 1997 como se observa a folio 120 del cuaderno 1.**”

(...)

De todo lo anterior se concluyó que el dinero entregado al contratista a manera de anticipo por valor de \$521.378.699,00 era de la entidad, razón por la que tuvo que devolverlo frente a la imposibilidad de ejecutarse el contrato, por lo que tanto la suma correspondiente al mismo como los rendimientos ganados por ella debían ser entregados a la E.T.B. y ello no ocurrió así, ya que sólo devolvió la suma de \$479.668.403,10, una vez descontados los \$41.710.295,92, correspondientes al 4% de utilidad reconocida al contratista mediante la resolución N° 11927 de agosto 10/98, por medio de la cual se realizó la liquidación final del contrato 3405.”

Repárese que es enfático el auto objeto de nulidad en señalar, que al actor se le imputó dicha responsabilidad, por el hecho de que tanto el anticipo como los

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

rendimientos obtenidos con ocasión del fideicomiso constituido por el contratista respecto de dicha suma de dinero, correspondían a dineros de propiedad de la entidad contratante, esto es de la E.T.B. Frente a los anteriores fundamentos fácticos y jurídicos, el apelante nunca los controvertió mucho menos los negó y si en cambio, se preocupó en defender la tesis de que dichos dineros habían ingresado a conformar el patrimonio del contratista. Acerca de la titularidad de los dineros correspondientes a los anticipos y los excedentes de dichos dineros, la Sala se referirá en el siguiente acápite de este proveído.

De otra parte, en el auto demandado también se esgrimió lo siguiente:

“...Por consiguiente, independiente al hecho de que la ETB no hubiese ordenado el reintegro de los rendimientos financieros, la Contraloría en ejercicio de las facultades que le otorgan dichas normas, cuando quiera que a través de sus funcionarios realiza el control posterior y selectivo que ordenan las mismas, bien puede en ejercicio de este control o de los demás que le están autorizados, detectar, como en efecto ocurrió, gestiones que impliquen mermas económicas en el patrimonio Distrital, las cuales está obligada a buscar su resarcimiento”.

Es compartida por la Sala la anterior motivación de la Contraloría para declarar responsable fiscal al actor, por cuanto en ningún momento la actuación desplegada por el ente de control, implicó que se inmiscuyera en las labores propias de la entidad que soportaba el detrimento patrimonial en este caso de la ETB, sino que en cumplimiento de su función constitucional y legal, estaba en la obligación de procurar recuperar el faltante de los dineros obtenidos por el contratista a costa de los dineros del erario distrital, en vista de que la propia entidad perjudicada patrimonialmente no lo había hecho.

De allí, que no se puede admitir que por el hecho de que la ETB hubiera recuperado el dinero del anticipo, la Contraloría de Bogotá carecía de facultad para recuperar el dinero correspondiente a los rendimientos financieros del anticipo y, que al adoptar esta determinación, invadió el ámbito propio de la actuación de la empresa de servicios públicos, revocando las resoluciones que liquidaron el contrato 3405 de 1994, como lo mal interpretó la apelación.

En el mismo sentido, y como consecuencia de la anterior conclusión, no es válida la interpretación del censor en el sentido de que la Contraloría en los actos enjuiciados, lo que hizo fue revocar las resoluciones administrativas de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A. ESP, como quiera que en

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

ningún momento las decisiones adoptadas por el ente de control desconocieron las decisiones administrativas de dicha empresa, pues bien es sabido que las contralorías son entes autónomos e independientes que cumplen como cometido principal una función pública, como lo es el ejercicio del control fiscal, mientras que la empresa ETB en las resoluciones 11927 y 11974 ambas de 1998, lo que hizo fue declarar la liquidación del contrato 3405 de 1994, asunto de carácter administrativo y financiero distinto del fiscal. Así mismo el Contralor de Bogotá, carecía de competencia para revocar las decisiones de la empresa prestadora del servicio público de telecomunicaciones del Distrito, como quiera que no es el superior jerárquico del Gerente de la empresa distrital, situación que perdió de vista el actor.

De aceptarse la tesis esgrimida tanto en la demanda como en la apelación, se desconocería el párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 según el cual el objeto de la responsabilidad fiscal, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes fueron gestores fiscales y, que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad." (subrayas fuera de texto)

Lo anterior, por cuanto el apelante pasó por alto que la responsabilidad endilgada en el fallo con responsabilidad fiscal demandado, es autónoma e independiente, de la responsabilidad administrativa desplegada por la ETB en las resoluciones administrativas de terminación y liquidación del contrato, en las que ordenó la devolución del anticipo, lo cual significa que puede comprometerse una sin que sea necesario la preexistencia de la otra.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, no observa la Sala que en el sub judice la Contraloría de Bogotá D.C. al expedir los actos administrativos demandados, hubiera incurrido en violación de las normas superiores invocadas como vulneradas en la demanda, como tampoco de los artículos 39, 73, 74 y 136 del CCA, pues el fallo con responsabilidad fiscal demandado de nulidad, en ningún momento desconoció la presunción de legalidad de las resoluciones administrativas 11927 y 11974 de 1998 expedidas por la ETB, como quiera que el

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

juicio de responsabilidad fiscal no implicó la revocatoria de dichos actos como equivocadamente se entendió.

6.3.2. Excedentes financieros producto del anticipo pertenecen a la entidad contratante, a menos que contractualmente se pacte lo contrario

Ha sido enfática la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación en señalar, que los dineros que se le entregan al contratista, a título de anticipo, lo son a título de mera tenencia por tanto se trata de recursos públicos que no entran al patrimonio del contratista:

“ANTICIPO - Actualización, no procede. Dineros se entregaron en mera tenencia al contratista

En cuanto a la actualización del anticipo y el lucro cesante derivado de él, el dictamen olvida que los dineros de ese rubro se le entregaron en mera tenencia al contratista y por ende seguían siendo recursos públicos y por consiguiente si se deprecian, valorizan o fructifican, esa disminución o esos incrementos son para su dueño, que en todo caso no era el contratista.” (Sentencia del 20 de octubre de 2014, radicado número: 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809) M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa)”

Con fundamento en la anterior cita jurisprudencial, no cabe duda alguna en el sentido de que los dineros entregados a un contratista a título de anticipo, no pasan a ser de su propiedad, pues apenas lo son a título de mera tenencia como quiera que en el sub iudice, se le entregaron al contratista para que comenzara la ejecución del objeto del contrato, por lo que el contratista los recibió a título de administrador no de propietario.

Al respecto en el auto que contiene el fallo con responsabilidad fiscal objeto de nulidad, la contraloría de Bogotá tuvo entre otras motivaciones para endilgar dicha responsabilidad en contra del actor, las siguientes:

“...frente al dinero dado en anticipo con ocasión del contrato que son dineros públicos con base en que, mientras no se concluya el objeto por el cual se giró, como sería su total inversión en la ejecución del contrato, no tendría razón de ser que un tercero (contratista), se aprovechara de los rendimientos financieros producidos por un anticipo del cual no era dueño, por lo tanto la entidad no podía desprenderse de sus facultades de vigilancia y control del manejo e inversión del anticipo, toda vez que estos dineros le pertenecen, lo cual surge de que la esencia del mismo es financiar al contratista que se compromete a colaborar en el logro de sus fines, razón por la que la entidad Distrital se encuentra especialmente obligada a buscar que el anticipo sea

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

asegurado y a controlar su normal manejo e inversión lo que consta en la cláusula quinta del contrato N° 3405 del 9 de agosto de 1994, en el que se dispuso: *'LA EMPRESA reconocerá y pagará al contratista un anticipo equivalente al 50% del valor del contrato, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato de cobro correspondiente y aprobada por la Empresa la garantía única'*, posteriormente en el párrafo segundo se acordó: *'El total del anticipo se amortizará en cuotas iguales al 50% de cada una de las actas de corte mensual. Las obras adicionales no tendrán anticipo'*, en el párrafo tercero se pactó: *'Si el CONTRATISTA diere al dinero del anticipo usos distintos, la EMPRESA hará efectiva la garantía única en la misma cuantía de los fondos así gastados'*, y en el párrafo cuarto se acordó: *'La EMPRESA efectuará la revisión del correcto manejo del anticipo'*.

Así mismo se consideró, en el auto de imputación que siendo el contrato ley para las partes, es decir de obligatorio cumplimiento para ellas, además de los anteriores parámetros que se habían pactado como condiciones para el pago del anticipo al contratista por parte de la entidad y como limitantes para su manejo; se establecieron 'acuerdos' como los anotados en la cláusula decima quinta que contiene las obligaciones del contratista, entre otras las siguientes: 'EL CONTRATISTA sin autorización del interventor, no podrá disponer de los materiales adquiridos para fines distintos de las obras del contrato, si éstos han sido adquiridos del fondo del anticipo' y 'z) Enviar a la División de Planta Física debidamente conciliado el libro de manejo del anticipo con sus respectivos soportes', en la cláusula décima séptima en que se trata de la Garantía única, en su literal b) se pactó que la misma debía extenderse a la totalidad del anticipo así: **'Para garantizar que el contratista destine los dineros del anticipo en sufragar exclusivamente los gastos que se relacionen en forma directa e inequívoca con los trabajos materia del contrato, por el 100% del valor del anticipo por el término de su duración y cuatro (4) meses más'**, (negrilla nuestra) y en la cláusula vigésima sexta en que al tratar sobre el Plan de Trabajo y Gráficos de Avance e indicar los programas que debía presentar el contratista dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la notificación de adjudicación del contrato, se acordó que también debía presentarse el *'Programa de inversión del anticipo'*. (Algunas subrayas son del Despacho otras del texto original)

De acuerdo con los apartes transcritos del auto demandado, se observa que el contrato 3405 de 1994 fue explícito en señalar la destinación que el contratista Varela Fiholl le debía dar a los dineros que recibió por concepto de anticipo, resultando de bulto el hecho de que el contratista únicamente los podía destinar para el desarrollo del objeto contractual; en ninguna de sus cláusulas se estipuló que el contratista pudiera constituir una fiducia con dichos dineros y, menos aún acordaron que los excedentes que se generaran eran de propiedad del ahora demandante. Podría afirmarse que el manejo dado por el actor a dichos dineros, fue a espaldas de la empresa contratante.

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

En un concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación M.P. Enrique José Arboleda Perdomo de fecha 4 de octubre de 2006 bajo el radicado número 11001-03-06-000-2006-00090-00(1773), decantó lo siguiente:

“En la jurisprudencia y la doctrina es claro que como el pago es uno de los modos de extinguir las obligaciones, cuando la entidad estatal contratante pacta entregar al contratista recursos a título de pago anticipado, ingresan al patrimonio de éste, pudiendo en consecuencia disponer de ellos como propietario, sin restricciones. Por el contrario, cuando los recursos afectos al contrato se entregan al contratista a título de anticipo, se entiende que se trata de un mecanismo de financiación, de modo que siguen siendo dineros públicos que requieren de garantías y reglas para su manejo e inversión. (...) Estima la Sala que por tratarse de recursos públicos, la expresión “tesoro” ha de entenderse como “tesoro público”, que en concordancia con las normas orgánicas del presupuesto, significa también que los rendimientos producidos por los anticipos son recursos de capital tanto en el presupuesto general de la Nación como en el presupuesto de los establecimientos públicos, pues son producidos por recursos que se entregan para su administración y no a título de pago.”

Con fundamento en la anterior cita jurisprudencial y en las cláusulas del contrato 3405 de 1994 analizadas en el Fallo con Responsabilidad Fiscal demandado, la Sala no puede acoger la teoría del apelante en el sentido de que, como quiera que ni en el contrato 3405 de 1994, ni en las resoluciones de liquidación final del mismo, nada se dijo en cuanto a la obligación que tenía el contratista de devolver los rendimientos financieros del anticipo producto del negocio fiduciario, debía de entenderse que dichos dineros habían entrado al patrimonio del contratista.

Lo anterior, por cuanto como ya se anotó, el anticipo lo recibió el ahora demandante a título de administrador de dichos dineros pero no como propietario de los mismos, además que avalar la teoría de que el contratista podía destinar dicho concepto a su libre albedrío, como en el sub judice ocurrió que constituyó una fiducia la cual le generó rendimientos por concepto de \$143.885.204,85 sobre el valor del anticipo que fue de \$521.378.699,00, sería tanto como aceptar un enriquecimiento sin justa causa y en detrimento del erario de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB. Frente a esta situación es que resulta más que oportuna y eficiente la intervención del ente de control demandado, ante la actitud pasiva de la entidad contratante por recuperar dichos excedentes.

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

Sobre el particular, resulta interesante el siguiente análisis efectuado por el ente de control en el acto acusado:

“En consecuencia, se tuvo que la suma correspondiente a los rendimientos pertenece a la Entidad, por constituir rentas obtenidas con dineros públicos y su no devolución se constituyó en detrimento para la ETB, dado que el contratista no entregó ningún servicio a cambio y la entidad no dispuso de esos dineros con lo que se impidió su uso en otras necesidades sociales y económicas a su cargo, que es el fin principal de la administración y de los dineros públicos.” (subrayas del Despacho)

De acuerdo con la Resolución número 11491 del 29 de diciembre de 1997⁹, expedida por la Subgerencia Administrativa de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, la empresa declaró la terminación unilateral del contrato 3405 del 9 de agosto de 1994, cuyo objeto era la construcción del edificio de la Central Telefónica de Marruecos, debido a la oposición de la comunidad habitante del sector, motivo por el que al no ejecutarse el objeto contractual se terminó dicha relación y era obligación del contratista, devolver tanto el anticipo que se le había entregado como los excedentes producidos por el mismo, de los cuales no se había enterado a la contratante.

De allí que no podía pretender el contratista que no obstante la inejecución del contrato, pudiera disponer de los réditos del anticipo que había devuelto a la empresa contratante, pues perdió de vista el principio general del derecho según el cual, lo principal seguía la suerte de lo accesorio, como quiera que se podría configurar en cabeza del contratista un presunto enriquecimiento sin justa causa.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, lo que observa la Sala es que en últimas lo que pretende el apelante, es que se le reconozca prelación al acuerdo de las partes vertido en el contrato 3405 de 1994 -que guardó silencio sobre la devolución de los excedentes obtenidos del anticipo-, cuando lo es cierto es que a pesar de no cuestionarse que todo contrato es ley para las partes, igualmente lo es que dicho acuerdo de voluntades no podía desconocer las normas legales que reglamentaban el proceso de la contratación estatal llevado a cabo entre la ETB y el señor Varela Fiholl para el año 1994, cuando se suscribió el citado contrato. Este aspecto no fue tenido de presente por el apelante.

⁹ Figura a folios 16-24 Cuaderno Anexos de la Demanda, copias

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

Es así como en el Auto con responsabilidad fiscal objeto de nulidad, trayendo a colación los considerandos del auto de imputación proferido dentro de dicha actuación fiscal en contra del señor Varela Fiholl, se dijo lo siguiente:

“En el auto de imputación se tuvo en cuenta que en el caso del implicado JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL (contratista), hubo desatención de su parte a los principios que regulan específicamente la actividad contractual que se encuentra enmarcada por la Ley 80/96 artículos 3º inciso 2º y 5º numeral 2º que tratan de los fines de la contratación estatal y de los derechos y deberes de los contratistas, concordantes con los artículos 13 inc. 1º y 40 inc. 1º al 3º, de la ley en cita, al igual que con el artículo 1603 del CC, entre otros...”

De acuerdo con la anterior transcripción, la Sala encuentra acreditado que en el sub judice la entidad demandada fundó la responsabilidad fiscal cuestionada, por el hecho de que la actitud omisiva del contratista desconoció los presupuestos del Estatuto de la Contratación Pública y de la legislación civil. Sobre este asunto se recabará más adelante.

De otra parte, también pierde solidez uno de los argumentos de la demanda que no fue acogido en el fallo impugnado frente al cual someramente se refirió el apelante, al afirmar que el auto demandado había tenido como fundamento normativo el Decreto 714 de 1996, legislación que no se había proferido para la fecha en que celebraron el contrato la ETB y el señor Varela Fiholl y, que al no estar incorporada esta normatividad al acuerdo, no podía invocarse como violada, pues desconoció el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 que dice: *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (...)”*.

Sobre esta supuesta violación, el Fallo con Responsabilidad Fiscal del 30 de enero de 2004, dijo lo siguiente:

“El Despacho se sustentó además en lo establecido en el artículo 84 del Decreto Distrital 714 de 1996, o régimen de presupuesto de Bogotá, al decir sobre los rendimientos de inversiones financieras obtenidas con recursos del distrito que: *‘... si se causan pertenecen a éste y en consecuencia deberán consignarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de liquidación, en la Tesorería Distrital...’*, (folio 173 vuelto C.1), hecho que en el caso que nos ocupa no se cumplió”.

La Sala precisa que la anterior transcripción no corresponde en estricto sentido a una consideración del Fallo con Responsabilidad Fiscal como lo señaló la parte

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

demandante, sino que en este auto se hizo alusión a lo que a su vez se había dicho en el auto de imputación con responsabilidad fiscal N° 032 del 31 de octubre de 2002.

Es por esta razón, que con acierto el fallo apelado dijo lo siguiente:

“Como el punto central de discusión en el presente caso se circunscribe a que la sanción impuesta en los actos acusados se basó en unas normas que según el demandante no se encontraban vigentes al momento en que se celebró el contrato, esto es los decretos 714 de 1996 y 2170 de 2002, advierte el Tribunal que dichas normas no fueron invocadas como sustento de la decisión que adoptó la Contraloría Distrital de Bogotá para declarar fiscalmente responsable al demandante, sino que, consideró que el contratista Jairo Enrique Varela Fiholl desatendió los principios que regulan la actividad contractual que se encuentran consignados en el inciso segundo del artículo 3, en el numeral 2 del artículo 5, en el inciso primero del artículo 13 e incisos uno a tres del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, al igual que el artículo 1603 del Código Civil. (fls. 61 y 62 cdno. Anexos demanda).

La Sala encuentra que no cabe duda que en el presente caso, la Contraloría de Bogotá, al declarar responsable fiscal al ahora demandante, tuvo como razón principal el hecho del manejo inadecuado que le dio al anticipo, **por el desconocimiento de la legislación vigente para la celebración del contrato, como lo era la Ley 80 del 28 de octubre de 1993** *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”* pero no por la violación del Decreto 714 de 1996, como lo aduce la apelación.

Las normas invocadas por el ente de control como vulneradas de la Ley 80 de 1993, con ocasión de la conducta irregular del contratista, establecen lo siguiente:

“Artículo 3º: De los fines de la Contratación Estatal.

(...)

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

“Artículo 5º: De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta Ley, los contratistas:

(...)

2º. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse.

(...)

Artículo 13.- De la Normatividad aplicable a los Contratos Estatales.- Los contratos que se celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

(...)

Artículo 40.- Del contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración. (...)"

El artículo 1603 del Código Civil, invocado como vulnerado en el acto acusado, establece:

“ARTICULO 1603. EJECUCION DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

De acuerdo con la normatividad transcrita, se observa que en el caso sub lite, **el contratista omitió el deber de actuar con lealtad frente a la ETB** al ocultarle en el Acta de Liquidación del contrato 3405 de 1994, fechada 18 de julio de 1998¹⁰, con fundamento en la cual la empresa expidió las resoluciones 11927 del 10 de agosto y 11974 del 28 de septiembre ambas de 1998, **que el valor a devolver del anticipo no era el correspondiente únicamente al valor del anticipo como tal, sino que a esta suma tocaba agregarle la de los excedentes o rendimientos generados por la fiducia en la que los había depositado.**

Fue por esta razón que en las resoluciones administrativas 11927 y 11974, nunca se hizo referencia a la devolución de los excedentes en cuantía de \$143.835.204,84, sino que solamente el señor Varela Fiholl debía devolver a la ETB lo relativo al valor del anticipo, correspondiente a la suma de

¹⁰ Figura a folios 41 y 42 del Cuaderno copia de anexos

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

\$479.668.403,10. Así lo dice el Acta de Liquidación del Contrato, cuyo texto fue reproducido en las resoluciones administrativas así:

“...g) que el valor final estimado del contrato ascendió a la suma de MIL CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$1.042.757.398,00) M/CTE. h) Que el 17 de septiembre de 1997 se suscribió el Acta de Inicialización del contrato y en la misma fecha el contratista recibió por parte de la E.T.B. el anticipo correspondiente al cincuenta (50%) por ciento del valor estimado del mismo por valor de QUINIENTOS VEINTIUN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$521.378.699,00). i) Que las obras objeto del contrato no pudieron iniciarse por la situación de orden público promovida por la comunidad. (...) m) que la utilidad propuesta por el contratista en su oferta de fecha 23 de marzo de 1994 es del cuatro (4%) por ciento, lo que equivale a la suma de CUARENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$41.710.295,92) M/CTE. n) **Que el contratista en razón del anticipo entregado descontando de éste el valor de la utilidad, debe reintegrarle a la ETB, la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS TRES PESOS CON DIEZ CENTAVOS (\$479.668.403,10) M/CTE** en un término de dos (2) días hábiles contados a partir de la firma de la presente Acta. De no darse cumplimiento a lo aquí previsto, se hará efectiva la garantía N° 38116400 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA por el monto señalado, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar”: (subrayas y negritas fuera de texto)

De suma importancia resultan las pruebas que figuran a folios 365 y 366 del cuaderno de antecedentes 2, relativas a la certificación del 27 de noviembre de 2008 suscrita por el Gerente Regional Bogotá de FIDUCOLOMBIA y, copia del extracto mensual de la FIDUCUENTA correspondiente al encargo N° 0040 300210 a nombre de JAIRO VARELA FIHOLL N.I.T. 800.180.687, que acreditan que durante el periodo comprendido entre el 19970918 y el 19981118, se reportaron como RENDIMIENTOS BRUTOS, la suma de \$143.885.204,84.

La trascendencia de la anterior prueba radica en que para la fecha del Acta de Liquidación del Contrato 3405, el día 18 de Julio de 1998, estaba en plena vigencia la fiducia que se había constituido desde el 18 de septiembre de 1997 y que terminó el 18 de noviembre de 1998, lo cual demuestra que durante más de un año, el contratista Varela Fiholl, obtuvo rendimientos financieros del dinero del anticipo, de los cuales nunca informó a la ETB pues se limitó a devolverle, en acatamiento de la orden impartida en la Resolución 11927 del 10 de agosto de

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

1998, la suma de \$479.668.403,10, mediante cheque N° UB946606 del Banco Industrial Colombiano de fecha 9 de septiembre de 1998 por dicho valor¹¹.

De acuerdo con las anteriores pruebas documentales, encuentra la Sala que la Contraloría de Bogotá no desconoció el ordenamiento jurídico en el Fallo con Responsabilidad Fiscal, al tener como motivación de su decisión, la siguiente:

“Lo anterior llevó al Despacho a sostener que a 9 de noviembre de 1998, el contratista tenía en su poder dineros públicos en cuantía de \$665.263.903,85 conformados por \$521.378.699,00 (anticipo) + \$143.885.204,85 (rendimientos), a lo cual le descontó la suma de \$41.710.295,92 equivalente al 4% de utilidad propuesta por el contratista en su oferta y aceptada por la entidad (fol 41 y 42 Anexo 1) y devolvió la suma de \$479.668.403,10 (folio 72 C2), conforme a lo dispuesto en la resolución por la cual se adoptó la liquidación unilateral, dejando de entregar la suma de \$143.885.204,85, lo cual debería devolver indexándola”.

De tal manera que no se puede admitir la tesis de la supuesta ilegalidad del acto administrativo demandado, pues resultaría un despropósito aceptar que en vista de que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB no reclamó los dineros excedentes del anticipo, partiendo del supuesto de que no tenía conocimiento de esta realidad fáctica, estuviera impedida la Contraloría de Bogotá para recuperar estos dineros vía control fiscal en favor del Distrito, único titular de dichos rendimientos.

En vista de que los argumentos de la apelación no fueron acogidos por esta instancia y de que la presunción de legalidad de los actos demandados no pudo ser desvirtuada por el apelante, el fallo impugnado será confirmado 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 16 de septiembre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.

¹¹ El título valor aparece a folio 132 del cuaderno de antecedentes administrativos 2

Referencia: 25000232400020050002902

Actor: Jairo Enrique Varela Fiholl

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

ROBERTO AGUSTO SERRATO VALDES
PRESIDENTE

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA