



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA
Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ
BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Número: 25000-23-24-000-2011-00214-01

Demandante: FÉLIX BETANCOURT ADUEN

Demandado: CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ

Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Fallo de Segunda Instancia

La Sala procede a resolver el recurso de apelación¹ oportunamente interpuesto por el demandante contra la sentencia de 19 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “B”, por medio de la cual **denegó** las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El señor **FÉLIX BETANCOURT ADUEN** formuló², por conducto de apoderada judicial³, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho⁴ ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de que se declare la nulidad de:

- (i)** El auto 003 de 29 de marzo de 2010, mediante el cual se puso término al juicio de responsabilidad fiscal seguido contra el accionante bajo el radicado 50100-092/06, en el sentido de imponerle el pago de \$ 5.023.513.000.

¹ Folios 382–447 del cuaderno principal.

² 6 de abril de 2011.

³ Folio 84 del cuaderno principal.

⁴ Acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en adelante C.C.A

(ii) La Resolución 1152 de 30 de julio de 2010, con la que se confirmó la anterior decisión, al resolver el recurso de apelación propuesto en su contra.

(iii) “La totalidad del proceso de responsabilidad fiscal N°. 50100-092/06 que nunca debió iniciarse y mucho menos proseguirse y culminarse con fallo de responsabilidad fiscal, porque no se daban los requisitos establecidos en la normatividad vigente que regula la materia.”⁵

1.1. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, la parte actora elevó, a título de restablecimiento del derecho, las siguientes pretensiones:

“Cuarto: Se ordene a La Nación – Distrito capital – Contraloría de Bogotá, pagar al demandante FÉLIX BETANCOURT ADUEN, la totalidad de las asignaciones (sueldos, primas, bonificaciones y demás prestaciones, etc.) que hubiere dejado de percibir como Gerente de Aguas de Bogotá, cargo al que tuvo que renunciar por causa del proceso de responsabilidad fiscal que le adelantó la Contraloría de Bogotá, a partir de la fecha de su retiro, debiéndose considerar para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en los servicios que el actor prestaba en la mencionada entidad.

Quinto: Se ordene el ajuste del pago de los salarios y prestaciones que resulten a favor del actor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia que decreta la nulidad y el restablecimiento del derecho del demandante, dando aplicación a la siguiente fórmula: $R = Rh * IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$.

Sexto: Como consecuencia de la decisión anterior y para RESTABLECER EL DERECHO DEL DEMANDANTE se disponga que La Nación – Distrito Capital – Contraloría de Bogotá restablezcan a mi poderdante los derechos conculcados con los actos administrativos demandados, libre de antecedentes fiscales y de cualquier efecto en detrimento de su buen nombre, su capacidad para contratar y en general se garantice para todos los efectos el respeto a sus derechos fundamentales.

Séptimo: Como consecuencia de la decisión solicitada en los tres primeros puntos⁶, se disponga que La Nación – Distrito Capital – Contraloría de Bogotá paguen a mi poderdante o a quien represente sus derechos, el equivalente a MIL QUINIENTOS (1500) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por los PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES ocasionados por los ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS.

⁵ Folio 382 del cuaderno principal.

⁶ Relativos a la nulidad de los actos administrativos acusados.

Octavo: Como consecuencia de lo anterior, La Nación – Distrito Capital – Contraloría de Bogotá, estarán obligadas a pagarle a mi poderdante o a quien represente sus DERECHOS, LAS COSTAS Y LOS GASTOS OCASIONADOS en la cuantía que previamente se determine.”⁷

1.2. Hechos

En apoyo de sus pretensiones, la representante judicial del demandante señaló, en síntesis, los siguientes:

1.2.1. El Grupo de Investigaciones Forenses de la Contraloría de Bogotá inició indagación preliminar contra el señor Betancourt Aduen, en su calidad de Gerente de Aguas de Bogotá⁸ S.A. ESP., por hechos relacionados con la compra del 80% de la participación accionaria de la empresa GESTAGUAS S.A. y el interés social de las sociedades HIDROS Chía, HIDROS Melgar e HIDROS Mosquera, por valor de \$8.000 millones.

Huelga advertir que el perjuicio imputado al ahora recurrente se hizo consistir en la sobrevaloración de la empresa GESTAGUAS – circunstancia que conllevó un pago excesivo para la adquisición de sus acciones– pues, en sentir de la Contraloría de Bogotá, el monto a sufragar por el 86% de ésta debía ser de \$2.976 millones, y no de \$8.000, como ocurrió.

1.2.2. El 15 de agosto de 2006, la Subdirección de Responsabilidad de la Contraloría de Bogotá abrió procedimiento fiscal 50100-0092-06 contra el accionante por las circunstancias descritas.

1.2.3. El 14 de enero de 2009, la Dirección de Responsabilidad Fiscal⁹ imputó cargos al señor Betancourt Aduen, por daño patrimonial equivalente a \$ 5.023.513.000.

1.2.4. El 29 de marzo de 2010, la autoridad demandada expidió el Auto 003, a través del cual declaró responsable fiscal al señor Betancourt Aduen y lo condenó al pago de \$ 5.023.513.000.

1.2.5. En oportunidad, el accionante¹⁰ y la profesional del derecho que representaba sus intereses en aquella época –aclaración que

⁷ Folios 2 a 3 del cuaderno principal.

⁸ Para el momento de los hechos investigados.

⁹ A quien se asignó el procedimiento por competencia el 9 de abril de 2007.

¹⁰ Quien renunció posteriormente a su poder. Folio 8497 del cuaderno 10.

resulta necesaria si se tiene en cuenta que esta primera apoderada renunció al poder otorgado por el demandante¹¹, lo que conllevó un cambio de defensora– interpusieron recursos de reposición y apelación contra la anterior decisión administrativa.

1.2.6. Con auto de 10 de mayo de 2010, la Dirección de Responsabilidad Fiscal declaró desiertos los recursos de reposición, al considerar que fueron presentados de forma extemporánea y no cumplían con la carga argumentativa establecida en el artículo 52¹² del CCA.

1.2.7. Con auto de 26 de mayo de 2010, la autoridad demandada revoca el auto de 10 de mayo de esa misma anualidad, bajo el entendido de que los recursos de reposición habían sido oportunamente formulados; no obstante, los declara desiertos, al considerar que no cumplen con la carga argumentativa del citado artículo 52 del CCA.

1.2.8. Ante la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría Distrital de Bogotá –competente para la resolución del recurso de apelación– la nueva apoderada¹³ del señor Betancourt Aduen amplió la sustentación de la alzada y solicitó la nulidad de la actuación.

1.2.9. Por Resolución 1152 de 30 de julio de 2010 se negó la nulidad procesal presentada y se confirmó integralmente la decisión de 29 de marzo de esa misma anualidad, con lo que se decidieron los argumentos de la apelación propuestos por la primera apoderada judicial del demandante en el contexto del trámite administrativo¹⁴.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

¹¹ Ver renuncia 8497. La primera apoderada corresponde al nombre de Catalina Barbosa.

¹² “Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido, **y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad**, y con indicación del nombre del recurrente.

¹³ Dra. Esperanza Restrepo Cuervo.

¹⁴ Resolución 1152 de 2010: “(...) ARTÍCULO SEGUNDO.- CONFIRMAR en vía de apelación el Auto 003 del 29 de marzo de 2010 mediante el cual la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá, falló con responsabilidad fiscal el trámite 50100-0092/06, en cuantía de \$5.023.513.000 contra el señor FÉLIX BETANCOURT ADUEN (...). ARTÍCULO TERCERO.- Contra lo decidido en el artículo segundo del presente acto administrativo, no procede recurso quedando agotada la vía gubernativa.”

El demandante adujo la violación de los artículos 1, 2, 6, 13, 29, 53, 124 de la Constitución Política; 170 del CCA; 53 de la Ley 610 de 2000; y de la Resolución CRA 312 de 2005.

El concepto de la violación fue sustentado en los siguientes cargos:

1.3.1. Cargos de naturaleza formal o procedimental

1.3.1.1. Afirmó que no se le permitió conocer y controvertir el informe evaluativo expedido por el Grupo de Investigaciones Forenses de la Contraloría de Bogotá¹⁵, sobre el cual se fundó el fallo con responsabilidad fiscal de 29 de marzo de 2010.

Ello, por cuanto, el informe al que se hace referencia fue aportado al trámite junto al auto de apertura del juicio fiscal –contra el que no procede recurso alguno, a las voces del artículo 40 de la Ley 610 de 2000–.

1.3.1.2. En el procedimiento administrativo que se siguió en su contra, se pretermitió la etapa de los alegatos de conclusión, vulnerándose de esta forma el artículo 29 de la Carta Política.

1.3.1.3. La indagación preliminar 10100-001-06 fue adelantada por contadores y no por profesionales del derecho.

1.3.1.4. Las dilaciones injustificadas en el procedimiento de responsabilidad fiscal deben conllevar la nulidad de los actos censurados, por cuanto, entre el inicio de la indagación preliminar –15 de agosto de 2006– y el acto que definió la responsabilidad fiscal del demandante –29 de marzo de 2010– transcurrieron más de 4 años.

1.3.1.5. Se produjo una valoración sesgada de las pruebas obrantes en el trámite fiscal, pues se dejaron de apreciar aquellas que permitían concluir que la operación comercial de adquisición de acciones fue “...un excelente negocio para Aguas de Bogotá y

¹⁵ Folio 445 del cuaderno principal. Al respecto, el demandante sostuvo: “Esto es que llegó a estas gravísimas instancias [declaración de responsabilidad fiscal] a partir de un documento al que se le dio connotación de dictamen PERO QUE NUNCA PUDO SER CONTROVERTIDO , EN VIRTUD DE LO CUAL SE VULNERÓ EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN Y DEFENSA Y CON ELLO EL DEBIDO PROCESO AL SEÑOR FÉLIX BETANCOURT.” Informe dictado en el contexto de la indagación preliminar.

por tanto en momento alguno se configuraba daño o detrimento patrimonial al Estado.”¹⁶ Con ello se quebrantó el principio de favorabilidad.

1.3.1.6. El recurso de apelación interpuesto en contra del Auto 003 de 29 de marzo de 2002 fue oportunamente presentado, pues el artículo 51 del CCA *“se refiere al término para interponer recursos y no a la sustentación.”¹⁷*

En el asunto de autos, resultaba procedente la aplicación del artículo 212 del CCA, que prescribió, con anterioridad a la modificación operada por la Ley 1395 de 2010, que las partes, en los procedimientos administrativos, debían interponer el recurso ante el inferior y sustentarlo posteriormente ante el superior, como sucedió en el *sub judice*, en el que el medio impugnatorio fue sustentado un día después¹⁸ a la remisión del expediente a la Oficina Jurídica de la Contraloría de Bogotá, dependencia competente para ello¹⁹.

Por otro lado, la parte actora adujo que la sustentación de la alzada, plasmada en 97 páginas, no fue incorporada al expediente administrativo por parte del órgano fiscal accionado.

1.3.1.7. De las 123 páginas que componen el fallo con responsabilidad fiscal de 29 de marzo de 2010, solo dos y media son dedicadas por la autoridad demandada para sustentar su decisión, en las que se limitó a *“cortar y pegar los planteamientos hechos en el auto de cargos.”²⁰*

Por lo anterior, el acto administrativo censurado carece de motivación, desconociendo de esta forma el artículo 170 del CCA,

¹⁶ Folio 70. “Así, el ente fiscal, sin razón alguna, dejó de valorar y de tener en cuenta los análisis efectuados por la Banca Inverlink, por la firma Valora, la oferta de Aguas de Manizales, la debida diligencia realizada por Aguas de Bogotá a petición del señor FÉLIX BETANCOURT, las declaraciones de los miembros de la Junta Directiva de Aguas de Bogotá, que fueron contestes en afirmar que sí hubo una debida diligencia en la valoración de las empresas por adquirir y que se trató de un excelente negocio para aguas de Bogotá.”

¹⁷ Folio 407 del cuaderno principal.

¹⁸ 1º de julio de 2010.

¹⁹ Al respecto, sostuvo: “Ante lo expuesto debemos precisar que fueron presentados oportunamente tanto el recurso de apelación como la sustentación contra el fallo de 29 de marzo de 2010, por las abogadas Catalina Barbosa y Esperanza Restrepo, respectivamente, en virtud de lo cual, la Contraloría nunca pudo haber considerado extemporánea la sustentación del recurso hecha por la segunda de las abogadas, **toda vez que el Código Contencioso Administrativo, como norma de obligada referencia y aplicación ante el vacío existente en la Ley 610 de 2000, establecía en su artículo 212 que los recursos de apelación se podían sustentar ante la segunda instancia.**” (Negrilla fuera de texto)

²⁰ Folio 8 del cuaderno principal.

“porque cuando pretendió argumentar lo que hizo fue transcribir jurisprudencia y ni siquiera sustentó la forma de culpabilidad.”²¹

1.3.2. Cargos de naturaleza sustancial referidos a los elementos de la responsabilidad fiscal

1.3.2.1. En lo que respecta al sujeto pasivo de la investigación: El procedimiento fiscal censurado se inició en contra de una persona que no era el ordenador del gasto, por cuanto sus actuaciones debían estar mediadas de autorización previa de la Junta Directiva de Aguas de Bogotá, lo que así acaeció.

Ello se refuerza si se toma en cuenta que el demandante no era el jefe o máxima autoridad de dicha empresa, ni disponía de la facultad de ejecutar el presupuesto, para lo cual aludió a las funciones compiladas en la escritura de constitución de la misma²².

1.3.2.2. En relación con la culpabilidad del demandante: El órgano fiscal demandado omitió definir la culpabilidad del accionante, requisito *sine qua non* para declarar responsabilidad en su contra. Las consideraciones que, en ese sentido, se plasman en los actos demandados adolecen de contradicciones, pues para sustentar la hipotética culpa del actor, la Contraloría Distrital de Bogotá hace alusión, de manera general, a conceptos de negligencia, imprudencia e impericia sin ser diferenciados²³ y aplicados al caso concreto.

1.3.2.3. En relación con el daño patrimonial: El pretendido daño fiscal, que le fue impuesto no tuvo lugar, ya que la operación comercial censurada²⁴ fue desarrollada de conformidad con los parámetros legales existentes, por un menor valor al establecido en ciertos estudios posteriores²⁵ y ha reportado en la actualidad ganancias en beneficio de Aguas de Bogotá S.A.

²¹ Ibídem.

²² Escritura n.º. 1214 de 2005.

²³ Folio 28 del cuaderno principal: “Ha sido tan abrumador el atropello contra el señor FÉLIX (sic) BETANCOURT que el ente fiscal ni siquiera se ha tomado la molestia de estudiar la forma de culpabilidad que pretende atribuirle y de manera ambigua, imprecisa e irresponsable afirma en un aparte que fue imprudente, luego negligente y que actuó con impericia.”

²⁴ Adquisición de empresas.

²⁵ Banco INVERLINK, VALORA y Aguas de Manizales S.A. ESP.

Explicó que el procedimiento fiscal parte de una divergencia respecto de los métodos de valoración de las empresas, “*dentro de la libertad de interpretación en el mundo de los negocios*”²⁶, sin que exista en el ordenamiento jurídico norma o disposición que determine la aplicabilidad exclusiva de algunos de ellos²⁷, lo que deviene en la ilegalidad de los actos demandados.

En este punto se preguntó: “*Ahora bien, ¿desde cuándo es materia de investigación o de reproche fiscal la discrepancia o diferencia de interpretación de métodos y modelos financieros y contables?*”²⁸.

Asimismo, la parte actora manifestó que el método de valoración de las empresas adquiridas²⁹, utilizado por la Contraloría en los actos demandados, desconoció la tasa de rentabilidad³⁰ establecida en la Resolución CRA 312 de 2005 para las empresas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado, por lo que al determinar su monto³¹ en 20.27%, la Contraloría omitió el porcentaje plasmado en dicha resolución, el cual se eleva 9.80%.

El demandante señaló, igualmente, que el menor precio de la participación accionaria censurada podía acreditarse con la oferta presentada por Aguas de Manizales por \$9.450 millones y los estudios allegados por sociedades expertas en la materia, que fijaban el valor en el rango de los \$9.000 y 13.000 millones³².

Por último, el actor refirió que las sociedades adquiridas por Aguas de Bogotá S.A. habían presentado una tasa de crecimiento del 89% entre el periodo comprendido entre julio de 2005 y junio de 2007, por lo que no podía endilgarse detrimento patrimonial alguno en su contra.

1.3.2.4. En relación con la contradicción de los criterios de cuantificación del daño: sostuvo que el acto administrativo

²⁶ Folio 29 del cuaderno principal.

²⁷ Se hace referencia al método de flujo de caja descontado.

²⁸ Folio 33 del cuaderno principal.

²⁹ GESTAGUAS, HYDROS Chía, Mosquera y Melgar.

³⁰ Valor que se espera al realizar la inversión; en este caso la compra del paquete accionario de que se trata.

³¹ Se hace referencia a la tasa de rentabilidad.

³² INVERLINK, VALORA y el señor Luis Fernando Rico.

atacado omitió dar a conocer los criterios de determinación del daño patrimonial imputado, lo que impidió su contradicción³³.

1.3.3. Cargos varios

1.3.3.1. Destacó que desplegó la debida diligencia que se requería para la compra del paquete accionario al que se hizo referencia en los hechos de esta providencia, a pesar de que debía recaer de manera exclusiva en las empresas HYDROS Chía, Mosquera y Melgar, *“por ser éstas las que representan flujo de ingresos a GESTAGUAS, por cuanto ésta era simplemente un vehículo de inversión.”*³⁴

Dicho en otros términos, la debida diligencia no debía recaer en GESTAGUAS, pues se trataba de una sociedad gestora de las otras compañías, por lo que sus réditos se derivaban de este actuar³⁵.

1.3.3.2. El procedimiento fiscal acusado vulneró el principio de inocencia, pues desde el momento mismo de la evaluación de la indagación preliminar, se empleó por parte de la autoridad demandada la expresión “responsable” para referirse al actor.

1.3.3.3. La Contraloría de Bogotá usurpó las funciones y competencias de los organismos disciplinarios, toda vez que adelantó un procedimiento fiscal con fundamento en *“conductas susceptibles de investigación y valoración disciplinaria.”*³⁶

De allí que la multa impuesta en el trámite fiscal encontró fundamento en posibles irregularidades disciplinarias, pero no de tipo fiscal, pues del negocio cuestionado –adquisición de participación accionaria– no se derivó daño patrimonial alguno.

³³ Folio 44 del cuaderno principal: “Pero, ¿de dónde sacó el operador fiscal estos datos y cuál fue su método de análisis es algo que a la fecha desconocemos, por cuanto en su oportunidad procesal cuando se solicitaron explicaciones en tal sentido para proceder a ejercer el derecho de contradicción y defensa, se consideró impertinente la solicitud y por lo tanto nos quedamos sin saber de dónde había sacado el Grupo Guifo de la Contraloría tales conclusiones”

³⁴ Folio 38 del cuaderno principal.

³⁵ Se hace referencia a la gestión.

³⁶ Folio 423 del cuaderno principal.

Ello vulneró la cosa juzgada, por cuanto por los mismos hechos que dieron origen al procedimiento fiscal, se había adelantado investigación disciplinaria, bajo el radicado 50645-05.

2. Admisión de la demanda

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “B” admitió la demanda³⁷ y ordenó las notificaciones de rigor.

3. Contestación de la Contraloría Distrital de Bogotá³⁸

La autoridad administrativa demandada se opuso a las pretensiones de la demanda en los términos que se reproducen a continuación:

3.1. La sustentación del recurso de apelación allegado por la apoderada que sucedió, en el contexto del juicio fiscal, a la primera profesional del derecho que representó los intereses del ahora demandante, fue presentada extemporáneamente.

3.2. El procedimiento fiscal cuestionado tuvo como finalidad establecer la responsabilidad de la parte actora por su participación frente a los hallazgos identificados por la Contraloría y la imputación hecha. De allí que no interese el estatus o condición del mismo al interior de la empresa Aguas de Bogotá.

3.3. La autoridad demandada sí efectuó el estudio del elemento de culpabilidad, necesario para endilgar responsabilidad fiscal, estableciendo que las circunstancias propias de la operación comercial efectuada, permitían concluir que el demandante había actuado con culpa grave.

4. Alegatos de conclusión en primera instancia

Por auto de 26 de abril de 2012³⁹, el Despacho sustanciador del proceso al interior del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

³⁷ Folio 204 del cuaderno principal.

³⁸ Folios 215-230 del cuaderno principal.

³⁹ Folio 266 del cuaderno principal. La Sala transcribe en este punto la parte resolutive de la providencia del Tribunal: “**Primero:** Abstenerse de pronunciarse sobre el cargo relativo a la nulidad de todo el procedimiento de responsabilidad fiscal N°. 50100-0092-06, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **Segundo:** Niéganse las pretensiones de la

ordenó correr traslado a las partes con el propósito de que presentaran sus alegatos de conclusión, los cuales fueron allegados exclusivamente por el demandante⁴⁰, en el sentido de reproducir las consideraciones del libelo introductorio.

5. Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir su concepto en esa instancia del proceso.

6. Fundamentos de la sentencia recurrida

Mediante sentencia de 19 de julio de 2012⁴¹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “B” denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con base en los siguientes argumentos:

6.1. Por razones metodológicas, el fallador de primera instancia agrupó los diversos argumentos expuestos en la demanda en 5 cargos.

6.2. Respecto de la falta de motivación de los actos demandados, el Tribunal concluyó que, de la lectura de éstos, podía concluirse que sí fueron sustentados, pues:

“Desde el acápite de consideraciones, el acto incluyó una serie de argumentos a través de los cuales la directora de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva del organismo resolvió motivadamente los distintos extremos planteados por el actor en ejercicio de su defensa.

Sucesivamente, la funcionaria consignó aquellas razones que sustentaron la decisión alrededor de aspectos esenciales como la vinculación del demandante al proceso fiscal (sic), la presentación del proyecto a la junta directiva de Aguas de Bogotá, la valoración de la operación comercial, el alcance de los testimonios sobre la evaluación de la empresa involucrada en la transacción, el modelo de aplicación para la operación, la intención para la oferta y el hecho de no haber sido desvirtuados los cargos imputados al actor, entre otros.”⁴²

demanda. **Tercero:** En firme esta providencia, archívese este expediente. Cuarto: Sin costas en esta instancia...” (Negrilla fuera de texto)

⁴⁰ Folios 276 – 349 del cuaderno principal.

⁴¹ Folios 365-374 del cuaderno principal.

⁴² Folio 361 del cuaderno principal.

6.3. En relación con el cargo de falsa motivación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dividió su análisis en dos aspectos.

En primer lugar, abordó la vocación de prosperidad del argumento según el cual la Contraloría incurrió en yerro por las contradicciones en el análisis de la culpabilidad, al confundir los tres aspectos generadores de la culpa, a saber, la imprudencia, la impericia y la negligencia.

Al respecto, sostuvo que la pretendida confusión alegada por la parte actora no afectaba la validez de los actos acusados, en la medida en que la autoridad demandada concluyó que la responsabilidad del actor operaba a título de culpa grave *“al no tomar las medidas para que la operación fuera ceñida a los parámetros legales.”*⁴³

En ese orden, sostuvo:

“La conclusión a la cual llegó la Contraloría de Bogotá ofrece certeza sobre la modalidad de responsabilidad atribuida al señor Betancourt Aduen y el título de imputación que correspondía a su conducta al margen de la alusión a los elementos generadores de la culpa. Estima la Sala que las referencias a tales factores realmente carecen de trascendencia, pues estaban orientadas a subrayar la falta de precaución y el descuido en las operaciones que facilitaron la operación comercial, según el contexto de las citas y consideraciones hechas por la entidad.”⁴⁴

En segundo lugar, el *a quo* estudió el cargo relativo a la inexistencia de daño patrimonial, para afirmar que el organismo fiscal sí acreditó los perjuicios que la adquisición de las empresas⁴⁵ trajo para la situación económica de Aguas de Bogotá, sin que ello hubiese sido desvirtuado con la demanda.

6.4. En tratándose del cargo de violación al debido proceso y derecho de defensa, el Tribunal estimó:

6.4.1. Aunque de las funciones asignadas al Gerente de Aguas de Bogotá no pueda desprenderse su condición de ordenador del gasto, lo cierto es que el demandante podía ser sujeto de

⁴³ Folio 363 del cuaderno principal.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ GESTAGUAS.

investigación fiscal, habida cuenta de su activa participación e incidencia en la operación comercial que finalizó con la adquisición del paquete accionario de GESTAGUAS.

6.4.2. La autorización de la Junta Directiva tampoco exculpa al actor de responsabilidad fiscal, ya que *“la ejecución requería la adopción de las previsiones necesarias para salvaguardar el patrimonio de la empresa.”*⁴⁶

6.4.3. El no traslado del informe evaluativo que decidió la indagación preliminar y del cual encontró mérito para la apertura de la investigación, no conlleva la nulidad de los actos censurados, por cuanto:

6.4.3.1. Este documento contiene una serie de valoraciones y recomendaciones sobre la procedencia de la investigación, *“por lo cual no requiere traslado al interesado porque todavía no existe investigación ni vinculación de la persona.”*⁴⁷

6.4.3.2. El procedimiento fiscal se inicia con el auto de apertura, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 610 de 2000, decisión administrativa que no había sido dictada.

6.4.3.3. En el contexto de la indagación no existían pruebas que justificaran la notificación y traslado de la iniciación de dicha etapa previa del trámite. Los únicos medios de pruebas aportados eran conocidos del accionante, pues había intervenido en su producción o era destinatario.

6.4.3.4. Las conclusiones del informe evaluativo fueron conocidas por el demandante en los autos de apertura del procedimiento fiscal e imputación, así como en el auto que ordenó el traslado de la indagación a la Dirección de Responsabilidad Fiscal, en donde fueron plasmadas.

6.4.4. La inexistencia de traslado para alegar de conclusión no puede conllevar la nulidad de los actos demandados, ya que el trámite legal, establecido para los procedimientos fiscales, no regula este punto.

⁴⁶ Folio 365 del cuaderno principal.

⁴⁷ Folio 366 del cuaderno principal.

6.4.5. La intervención de contadores en actuaciones iniciales no supone la contrariedad de las decisiones demandadas, toda vez que las gestiones encomendadas a éstos se centraron en cuestiones relativas a su profesión –aspectos contables de la operación comercial censurada–; el trámite de la indagación preliminar siempre estuvo a cargo de profesionales del derecho.

6.4.6. La presunta dilación en la actuación fiscal no es causal de nulidad de actos administrativos.

6.4.7. La autoridad demandada acertó al declarar extemporánea la **sustentación**⁴⁸ del recurso de apelación propuesto por parte de la segunda apoderada judicial, pues, entre la fecha de notificación del Auto 003 de 2010 –23 de abril de esa anualidad– y la ampliación del recurso de apelación –1º de julio de 2010–, transcurrió un lapso superior al previsto en el artículo 51 del CCA, aplicable ante el vacío normativo de la Ley 610 de 2000.

6.5. En relación con el cargo consistente en la violación de los principios de cosa juzgada y presunción de inocencia, el Tribunal consideró que la parte demandante no había allegado al proceso judicial copia del acto administrativo con el que finalizó⁴⁹ la actuación disciplinaria seguida por la Personería de Bogotá contra el actor, bajo el radicado 50645-05, lo que impedía llevar a cabo el análisis de la presunta incidencia de éste sobre el juicio fiscal.

Por otro lado, manifestó que nada impedía llevar, de forma paralela, procedimientos disciplinarios y fiscales respecto de unos mismos hechos, pues se trata de trámites administrativos que persiguen finalidades diversas.

El *a quo* afirmó que la presunción de inocencia no fue quebrantada con el uso del calificativo genérico de “responsable”, utilizado por la Contraloría a lo largo de la indagación preliminar, comoquiera que debía ser entendido en el contexto de la etapa que se desarrollaba.

⁴⁸ Debe aclararse que el recurso de apelación presentado y sustentado por la primera profesional del derecho fue oportuno y decidido por la Contraloría de Bogotá D.C.; no obstante, la segunda apoderada quiso ampliar la sustentación el 1º de julio de 2010. Por tanto la extemporaneidad recayó sobre la ampliación pretendida por la segunda profesional del derecho.

⁴⁹ Acto administrativo de 21 de febrero de 2006.

6.6. Frente al cuestionamiento relativo al quebrantamiento de los principios de contradicción y favorabilidad, al no valorar todas las pruebas allegadas al juicio de responsabilidad fiscal, el Tribunal adujo que, contrario a lo afirmado por el accionante, sí fueron valorados por la autoridad demandada en su totalidad.

Cosa distinta es que el actor no comparta las conclusiones que sobre éstos erigió la Contraloría, fundada en el análisis universal de las pruebas incorporadas al trámite fiscal.

6.7. El *a quo* se abstuvo de analizar la pretensión relativa a la nulidad de todo el procedimiento administrativo, pues no se formuló concepto de la violación específico al respecto.

7. Fundamentos del recurso de apelación

La parte demandante formuló, con escrito de 27 de agosto de 2012⁵⁰, recurso de alzada, en el que replicó los argumentos expuestos en la demanda, a excepción de aquellos plasmados en los numerales 1.3.1.3⁵¹ y 1.3.3.2⁵².

Adicionalmente, manifestó:

7.1. El fallo prescindió de los argumentos de ilegalidad elevados en contra de la Resolución 1152 de 30 de julio de 2010.

En dicha decisión administrativa, la Contraloría de Bogotá decidió de manera conjunta la solicitud de nulidad y *“otros puntos materia de pronunciamiento, desconociendo que la negativa de la nulidad tenía recursos y hasta que estos no se resolvieran no era posible fallar el de fondo el proceso.”*⁵³

En ese orden, se preguntó: *¿Cuál era el efecto práctico de haber interpuesto recurso de reposición contra la negativa de nulidad si ya y por encima de esto el Contralor de Bogotá había confirmado el fallo de primera instancia?*⁵⁴

⁵⁰ Folios 289-300.

⁵¹ La indagación preliminar fue adelantada por contables y no por abogados.

⁵² Se vulneró el principio de inocencia, pues durante toda la actuación se utilizó el sustantivo “responsable” para referirse al demandante.

⁵³ Folio 416 del cuaderno principal.

⁵⁴ *Ibíd.*

7.2. El Tribunal Administrativo desconoce los rasgos del daño patrimonial exigido para dar inicio y culminación al procedimiento fiscal, pues, como lo ha admitido la Sección Primera del Consejo de Estado⁵⁵, éste deberá ser cierto, actual y real, lo que no ocurrió en el asunto de marras.

Por lo anterior, el recurrente estimó que el fallo de 19 de julio de 2012 omitió aplicar la regla jurisprudencial contenida en la providencia de 16 de febrero de 2012, rad. 2001-00064-01.

8. Trámite en segunda instancia

El recurso propuesto fue admitido por la Sección Primera mediante auto de 9 de septiembre de 2014⁵⁶, en el que ordenó su notificación, de conformidad con el inciso 3º del artículo 212 del CCA.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes presentaron memoriales de alegatos de conclusión en los que reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del trámite judicial⁵⁷.

10. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

En esta etapa procesal la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 19 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección primera – Subsección “B”, en los términos del artículo

⁵⁵ Hizo referencia la sentencia de 16 de febrero de 2012. Radicación 2500-23-24-000-2001-00064-01. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

⁵⁶ Folio 5 cuaderno 2.

⁵⁷ Folio 9 y 10-61 del cuaderno 2.

129 del C.C.A.⁵⁸, en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2. Actos demandados

El recurrente solicita la declaratoria de nulidad del Auto 003 de 29 de marzo de 2010 y de la Resolución 1152 de 30 de julio de 2010, actos administrativos, por medio de los cuales la autoridad demandada lo declaró responsable fiscal e impuso multa en cuantía de \$ 5.023.513.000.

3. Cuestión previa

El doctor Carlos Enrique Moreno Rubio manifestó impedimento para resolver el asunto puesto a consideración de esta Sala de Decisión⁵⁹, pues fue el Magistrado Ponente del fallo que hoy se recurre.

Así las cosas, el Consejero consideró estar incurso en la causal 2ª del artículo 141 del Código General del Proceso –contenida en el pasado en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil–.

La Sala aceptó su impedimento y lo separó del conocimiento del caso al constatar la materialización de la causal, pues, de conformidad con su alcance, esta se configura por “[h]aber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente”.

4. Problemas jurídicos

Se contraen a determinar si, a la luz de los argumentos expuestos en el recurso de apelación, la sentencia de 19 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “B” debe ser revocada.

⁵⁸ “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.”

⁵⁹ Mediante escrito suscrito el 21 de agosto de 2018. Obrante a folio 66 del cuaderno 2.

Las elucubraciones propuestas en la alzada conllevan a absolver los siguientes cuestionamientos:

- Con la expedición del Auto 003 de 29 de marzo de 2010, ¿la autoridad demandada incurrió en falta de motivación?
- El demandante, ¿es sujeto pasible de responsabilidad fiscal?
- ¿El daño patrimonial por el cual el actor fue declarado responsable fiscal dispone de un carácter cierto?
- La cuantificación del daño, ¿fue sujeta a contradicción al interior del procedimiento administrativo fiscal?
- La omisión de notificación del informe evaluativo suscrito por el Grupo Especial de Investigación Forense, ¿debe conllevar la nulidad de los actos demandados?
- La pretermisión de la etapa de alegatos de conclusión, ¿debe ser entendida como una vulneración al debido proceso administrativo?
- ¿Se quebrantó el principio de cosa juzgada al adelantar un procedimiento fiscal y disciplinario sobre la base de los mismos hechos?
- La dilación injustificada en el trámite fiscal, ¿supone la anulación de los actos censurados?
- La indebida declaratoria de extemporaneidad del recurso de apelación presentado en contra del acto administrativo fiscal, ¿desconoció las prescripciones normativas contenidas en los artículos 51 y 212 del CCA?

5. Examen de los problemas jurídicos propuestos

Una vez identificados los cuestionamientos jurídicos que subyacen al escrito de alzada, la Sala abordará su examen de manera independiente, como sigue:

5.1. El Auto 003 de 29 de marzo de 2010 no se encuentra afectado por el vicio de falta de motivación⁶⁰

El actor sostiene que el acto administrativo, por medio del cual la autoridad demandada lo encontró responsable fiscal por los presuntos sobrecostos en la adquisición del 86 % de la participación accionaria de GESTAGUAS S.A., adolece de falta de motivación.

Ello, por cuanto emplea “*dos y media*” páginas para sustentar la aplicación de la multa impuesta en su contra, así como por que omite referirse al elemento de la culpabilidad, requisito indispensable en el contexto de ese tipo de procedimientos.

La falta de motivación, como causal autónoma de ilegalidad de los actos administrativos⁶¹, se materializa luego de que la autoridad pública al origen de la decisión censurada, prescinde de hacer expresos los motivos que la sustentan.

Se trata de una exigencia procedimental del acto, cuyo cuestionamiento –a través de la causal de ilegalidad comentada– impone, en principio, al Juez de lo Contencioso Administrativo **la identificación formal** de las consideraciones que conllevaron la toma de decisión, pues su **corrección**⁶² se examina desde la perspectiva de otros motivos de antijuridicidad del acto administrativo, v. gr., la falsa motivación.

En lo que concierne a los juicios fiscales, la motivación del acto que decreta la responsabilidad se encuentra **adjetivada**, pues para la imposición de multas, los órganos de control deberán siempre hilvanar los motivos en clave de culpabilidad, daño y nexo de causalidad.

En ese sentido, el artículo 53 de la Ley 610 de 2000 prescribe:

“El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del **daño al patrimonio público**”

⁶⁰ Corresponde a la tesis que prohija la Sala respecto del primero de los problemas jurídicos expuestos: “Con la expedición del Auto 003 de 29 de marzo de 2010, ¿la autoridad demandada incurrió en falta de motivación?”

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 11001-0324-000-2006-00348-00 C. P. Marco Antonio Velilla Moreno (E).

⁶² La Sala se refiere a los fundamentos del acto administrativo.

y de su cuantificación, **de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario**, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.”

Se colige de lo anterior que existirá falta de motivación, luego de que el “fallo” con responsabilidad fiscal omite referirse a estos precisos aspectos.

Bajo este panorama, para la Sala el cargo propuesto deberá ser despachado de forma desfavorable, ya que, contrario a lo prohiado por el demandante, el Auto 003 de 29 de marzo de 2010, mediante el cual la Contraloría de Bogotá D.C. lo encontró responsable fiscal, sí fue efectivamente motivado⁶³.

En efecto, las elucubraciones del ente fiscal demandado no se reducen a “*dos y media*” páginas, pues lo cierto es que se extiende a lo largo de la parte considerativa del fallo⁶⁴, centrándose primordialmente en los “*ítems*” de daño⁶⁵, culpa y nexos causales⁶⁶ y a las inconformidades elevadas en los escritos de descargos por parte del actor y su apoderada judicial al interior del procedimiento fiscal, como al análisis probatorio que, en concepto

⁶³ Lo que no conlleva aceptar la corrección de los fundamentos allí elevados.

⁶⁴ A lo menos desde la página 64 de 123.

⁶⁵ Sobre este punto, la Sala volverá en acápites posteriores, ya que el demandante considera que, a pesar de haber establecido el monto del daño, los criterios para ello no fueron puestos a su consideración, con lo que se viola el derecho de defensa y contradicción. En todo caso, esta Judicatura reproduce en este punto lo expuesto en relación con el perjuicio en el Auto 003 de 29 de marzo de 2010. Folio 8430: “El modelo a 18 años, da un valor presente neto, para el 100% de la sociedad GESTAGUAS S.A. ESP, equivalente a \$3.461 millones de pesos, con ello, el valor a pagar por el 86% de las acciones de la sociedad es de \$2.976 millones y la TIR (Tasa Interna de Retorno o rentabilidad de la Inversión) es del 10.69%.” De la sustracción entre el monto de \$8.000.000.000 y el valor que en concepto de la Contraloría de Bogotá debía pagarse por la participación accionaria, se desprende el quantum de la sanción impuesta, a saber, \$5.023.513.000.

⁶⁶ Folio 8416 del cuaderno de pruebas: “De manera que los argumentos presentados por la apoderada especial del implicado no alcanzan a enervar las consideraciones tenidas en cuenta para imputarle responsabilidad fiscal al señor Félix Betancourt Aduen, en el sentido de que sean desvirtuadas, pues lo que se establece de las pruebas que obran en el expediente es que el implicado presentó a la Junta Directiva un negocio distinto al que se finiquitó el 30 de junio de 2005; no dio las instrucciones correctas para la realización de la debida diligencia del negocio a concretar, admitió los estudios que presentaron los funcionarios de la EAAB como debida diligencia, presentó a la Junta Directiva de Gestaguas S.A., como una empresa sólida cuando en realidad no conocía la verdadera situación de la sociedad adquirida, habiendo manifestado de manera expresa tanto en el ACUERDO DE INTENCIÓN, como en el ACUERDO PRIVADO DE CESIÓN DE ACCIONES, que había realizado las correspondientes DUE DILLIGENCE (sic), en las Sociedades GESTAGUAS SA y las Hydros Chía S en CA ESP., Hydros Mosquera S en CA. ESP., e Hydros Melgar S. en CA. ESP, (sic) realizar un negocio con una autorización que la Junta Directiva no le había dado y adquirir el 86% de las acciones de la Sociedad Gestaguas S.A. por \$8.000 millones comprometiendo con ello el patrimonio de AGUAS DE BOGOTÁ SA FSD con más del 60 % del mismo cuando en realidad el negocio no llegaba a valer ni el 50% del valor de la compra.”

del órgano fiscal demandado, demostraba la responsabilidad del actor.

No se trata, como lo refiere el accionante, del traslado de los argumentos del auto de cargos a aquel mediante el cual se declara la responsabilidad fiscal en su contra, pues, sin lugar a dudas, la cuerda argumental construida en el último, trasciende la del primero.

Por otro lado, esta Judicatura debe advertir que el fallo con responsabilidad fiscal de 29 de marzo de 2010, efectúa un análisis de la culpabilidad atribuible al demandante, por lo que la cristalización del motivo de ilegalidad consistente en la falta de motivación no podría desprenderse de esta alegación.

Al respecto, el Auto 003 de 29 de marzo de 2010 explica:

“Hoy con certeza este despacho puede reafirmar lo expresado en el auto de imputación, esto es, que el actuar del señor exgerente de Aguas de Bogotá S.A. ESP Félix Betancourt Aduen, no fue ni diligente ni immaculado, propio del actuar de un funcionario de su categoría y responsabilidades. Su buena fe no se censura, sino su excesiva imprudencia al actuar con desbordada confianza. En efecto siendo el ordenador del gasto, responsable de la negociación conforme plena autorización de la Junta Directiva, no puede válidamente pretender delegar responsabilidades, como insistentemente lo ha querido hacer en este proceso al indicar que debió vincularse a la Junta Directiva, cuando ésta actuó y autorizó conforme a la propia información entregada por el implicado. Se trajo jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que así lo indican. Los procedimientos internos aunados a su basta experiencia en la administración pública, han debido ser suficientes para haberse abstenido de autorizar con su firma el Acuerdo de Intención que nos ocupa.

Asaz resulta decirlo, pero se justifica por la responsabilidad que se está endilgando que el señor FÉLIX BETANCOURT ADUEN que para la adquisición de las acciones de GESTAGUAS S.A., por parte de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, no se realizó la debida diligencia con el fin de adelantar la negociación y establecer el precio de compra. Adicionalmente, el precio pagado no responde a un estudio técnico financiero y económico previo que buscara la protección del patrimonio público y de los intereses de la ciudadanía.

La culpa en que incurrió el señor Félix Betancourt es grave al infringir la ley, la normatividad administrativa para esta clase de procedimientos, evidenciándose una inexcusable omisión al ejercicio de sus funciones. De quien regenta una institución la ley exige mayor rigor en la aplicación de la normatividad tanto interna como legal, por ser la autoridad visible en la Empresa Aguas de Bogotá S.A. ESP.” (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo transcrito, la Contraloría de Bogotá manifiesta que habida cuenta de las irregularidades detectadas en el proceso de adquisición de la participación accionaria de GESTAGUAS S.A., la culpa endilgable a la parte actora debía ser calificada como grave, por cuanto la desatención a los deberes funcionales que le correspondían en calidad de Gerente de Aguas de Bogotá S.A. ESP, con lo que se satisface ciertamente la exigencia de motivación del acto en la materia.

Resulta menester en este punto afirmar –teniendo en cuenta la relación de este cuestionamiento con el planteado en el numeral 1.3.2.2.⁶⁷ de esta providencia⁶⁸– que, aunque desde un punto de vista conceptual las nociones de impericia, negligencia e imprudencia deban ser diferenciadas –lo que no sucede en el Auto 003 de 29 de marzo de 2010– esta circunstancia no puede implicar la nulidad de los actos administrativos demandados.

Ello, por cuanto, la calificación de la conducta del demandante en términos de culpa grave, trasciende los contornos de la discusión gnoseológica que pueda surgir entre los conceptos referidos, ya que la acreditación de cualquier de ellos⁶⁹ entraña –luego de que se cumplen los parámetros legales establecidos– este tipo de culpa, como puede desprenderse del texto del artículo 63 del Código Civil que en su tenor literal dispone:

“La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas **negligentes** o **de poca prudencia** suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.”

Dicho en otros términos, la distinción semántica que se cierne entre estas nociones no impide que por su intermedio, pueda tenerse por acreditada la culpa grave, como factor esencial para la imposición de imposición de multas⁷⁰.

De allí que las posibles inconsistencias conceptuales plasmadas en el acto administrativo demandado no puedan constituirse en

⁶⁷ Con ello se resuelve el cuestionamiento allí formulado.

⁶⁸ El actor señala que el elemento culpabilidad no fue debidamente tratado en el fallo fiscal, por cuanto se incurre en irregularidades conceptuales, comoquiera que se confunden en diversos apartes los conceptos de impericia, negligencia e imprudencia.

⁶⁹ Impericia, negligencia e imprudencia.

⁷⁰ Ver, en ese sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 2002. MM. PP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

causales de nulidad, menos aún desde el prisma de la falta de motivación alegada⁷¹, ya que, como se acreditó, dicha situación no es óbice para reconocer que el elemento de la culpabilidad fue objeto de tratamiento en el acto censurado.

Finalmente, debe indicarse que el artículo 170 del CCA, mencionado en el libelo introductorio y replicado en el escrito de apelación, no resulta aplicable al procedimiento administrativo cuestionado, comoquiera que, como lo sostuvo el Tribunal *a quo*, se trata de una disposición normativa que regula los procesos judiciales que se desarrollan a instancias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no los procedimientos de corte administrativo.

Las anteriores razones conllevan negar el cargo.

5.2. El accionante sí es sujeto pasible de responsabilidad fiscal⁷²

La parte actora afirma que, a pesar de no ostentar la calidad de gestor fiscal, la Contraloría de Bogotá adelantó en su contra el procedimiento administrativo censurado.

Para sustentar la tesis prohijada, el demandante adujo que el Gerente General de Aguas de Bogotá S.A. ESP⁷³ no era ordenador del gasto, pues su participación en los negocios de la sociedad debía estar mediada por la autorización de su Junta Directiva; no era la máxima autoridad al interior de la estructura orgánica de esa compañía; no disponía de la facultad de ejecutar el presupuesto.

Se trata de absolver si, para el momento de la suscripción del contrato de cesión de participación accionaria reprochado por la Contraloría de Bogotá⁷⁴, el señor Betancourt Aduen disponía del estatus de gestor fiscal, condición indispensable para la puesta en marcha de ese tipo de control.

⁷¹ Con ello la Sala absuelve el cargo contenido **en el numeral 1.3.4** de los antecedentes de esta providencia, replicado en el cuerpo del recurso de alzada.

⁷² Tesis prohijada por la Sala respecto del cuestionamiento relativo a “El demandante, ¿es sujeto pasible de responsabilidad fiscal?”.

⁷³ Cargo ocupado por él para el momento de los hechos investigados.

⁷⁴ 30 de junio de 2005.

Pues bien, la noción de gestor fiscal ha sido construida por la jurisprudencia constitucional⁷⁵ y contencioso-administrativa⁷⁶ sobre la base de **dos criterios conjuntivos**, a saber, funcional y orgánico.

En lo que respecta al primero de éstos⁷⁷, el derecho pretor, partiendo de la definición de gestión fiscal contenida en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000⁷⁸, ha explicado que la calidad de obligado fiscal se deriva de la cristalización de cualesquiera de las conductas contenidas en la referida prescripción normativa, dentro del universo de actividades económicas, tecnológicas y jurídicas que puedan relacionarse con el uso y administración de los recursos públicos⁷⁹.

Así las cosas, el gestor fiscal será aquella persona que desarrolla conductas 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.*” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

No obstante lo anterior, el estatus de gestor fiscal se encuentra igualmente determinado por un criterio orgánico o de habilitación, de acuerdo con el cual, sólo podrá predicarse esta condición, de aquellos que cuentan con la competencia de origen legal o reglamentario para intervenir en la gestión de los negocios públicos.

En otros términos, no basta con el ejercicio de actividades que aparejen la administración del patrimonio estatal; se requiere

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 05001-23-31-000-1997-2093-01. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia de 26 de agosto de 2004.

⁷⁷ Se hace referencia al presupuesto funcional.

⁷⁸ “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.”

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

asimismo que éstas sean desarrolladas por servidores públicos o particulares que dispongan de la habilitación normativa para ello.

Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado:

“Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible **para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos**, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, **entre otros**, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, **los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo**.”⁸⁰ (Negrilla y subrayas fuera de texto)

La conjunción de estos dos elementos –funcional y orgánico– recae, a manera de ejemplo –**pero no exclusivamente**– en el ordenador del gasto, los jefes de planeación y jurídico, entre otros, de conformidad con las circunstancias propias de cada asunto⁸¹.

Precisado ello, y descendiendo al caso en concreto, la Sala determina que el cargo formulado por la parte accionante no dispone de vocación de prosperidad, ya que, en el asunto de autos, se reúnen las condiciones necesarias para concluir que el demandante sí disponía de la calidad de gestor fiscal.

En cuanto al requisito de la habilitación, el demandante participó en las tratativas y perfeccionamiento del contrato de cesión accionaria acusado, previa autorización por parte de la Junta Directiva de la sociedad Aguas de Bogotá S.A. ESP., tal y como lo ordenaba el numeral 9º del artículo 42 de la Escritura de Constitución 1214 de 14 de junio de 2003⁸²; licencia que fue concedida en los siguientes términos:

⁸⁰ Ibídem.

⁸¹ Ello supone para el Juez de lo Contencioso Administrativo efectuar un análisis casuístico de las condiciones en que el servidor o particular se involucró en la gestión de los bienes y dineros públicos.

⁸² “Funciones del Gerente: (...) 9) Celebrar sin autorización de la Junta Directiva cualquier clase de acto o contrato y constituir garantías para el desarrollo del objeto social de la empresa, **siempre y cuando su cuantía no sea superior a la suma que corresponda en pesos a la cantidad de CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**. No obstante, para la adquisición, enajenación o gravamen de activos fijos de la compañía, requerirá siempre de la autorización de la Junta Directiva.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

“Basados en la valoración de las empresas y en el precio de oferta de venta del Grupo Hydros, la recomendación de los expositores y del Gerente General, es la de presentar una oferta económica por los porcentajes de participación en venta para las tres empresas en un rango entre \$8.900 millones \$ 9.400 millones.

(...)

En este orden de ideas, los miembros de la Junta Directiva autorizan por unanimidad al Gerente para negociar la compra de las participaciones accionarias del Grupo Hydros dentro del margen del valor recomendado en el estudio y por el propio gerente.⁸³
(Negrilla y subrayas fuera de texto)

Posteriormente ratificada, en sesión de 10 de mayo de 2005, en donde se manifestó:

“En conclusión los miembros de la Junta Directiva de manera unánime ratificaron el Acuerdo suscrito Por Aguas de Bogotá con el representante de las empresas Hydros, el cual se llevó a cabo dentro de los lineamientos autorizados por la Junta Directiva, en su sesión del 12 de abril del año en curso.”⁸⁴

De lo anterior se tiene que el demandante sí contaba con la habilitación para invertir recursos públicos que debían conllevar la adquisición de participación accionaria de la empresa GESTAGUAS, con lo que se acredita el primero de los presupuestos de la condición de gestor fiscal.

Esta misma circunstancia permite igualmente corroborar la cristalización del segundo de los requisitos –funcional– comoquiera que, de los apartes previos, se colige que el demandante puso en marcha una de las conductas comprendidas dentro de la definición de gestión fiscal del artículo 3º de la Ley 610 de 2000.

La conclusión a la que arriba la Sala pretende ser enervada por los argumentos defensivos propuestos por el demandante, que la Sala objeta de la siguiente forma:

A. El Gerente de Aguas de Bogotá S.A. ESP no es ordenador del gasto, circunstancia que no permite modificar la tesis de esta Judicatura, pues, como se manifestó, la responsabilidad fiscal se predica de todo aquel servidor público o particular en el que

⁸³ Acta n°. 12 de 12 de abril de 2005. Folio 1804 del cuaderno 10 de la indagación preliminar.

⁸⁴ Acta n°. 14 de 10 de mayo de 2005. Folio 1901 del cuaderno 10 de la indagación preliminar.

recaigan los criterios orgánico y material a los que se hizo referencia, sin que su puesta en marcha⁸⁵ dependa del estatus de ordenador del gasto de quien es investigado fiscal.

Tampoco se admite el argumento según el cual la habilitación dada por la Junta Directiva de la sociedad de Aguas de Bogotá permitiría afirmar que el demandante no es gestor fiscal, por cuanto, es precisamente esta situación, la que lleva a confirmar su estatus de gestor, como se mostró.

B. El Gerente no es la máxima autoridad en la compañía, hecho que no dispone de entidad para neutralizar la posición prohijada por esta Judicatura, toda vez que el desarrollo de gestión fiscal no pende, en principio, de la posición que, en la estructura orgánica de la administración, ocupe el recurrente.

C. El Gerente no dispone de la facultad para ejecutar el presupuesto, argumento que resulta ajeno a la discusión que se cierne en este sentido, ya que el estatus de gestor fiscal no está sujeto a este presupuesto, debiéndose determinar si quien ejecuta alguna de las actividades compiladas en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, dispone de la facultad para ello, al tenor de las disposiciones legales y reglamentarias existentes.

Los anteriores motivos redundan en mérito para despachar negativamente el cargo.

5.3. De la certidumbre del daño endilgado a la parte actora⁸⁶

El demandante afirma que el daño patrimonial que le fue atribuido en el contexto del procedimiento fiscal carece de certidumbre –lo que lleva a admitir su inexistencia– por cuanto, la operación financiera por la cual fue declarado responsable fiscal, consistente en la adquisición de participación accionaria de GESTAGUAS, **costó menos** de lo establecido en algunos informes de valoración empresarial presentados por Bancas de Inversiones y por la empresa Aguas de Manizales S.A. ESP.

⁸⁵ Se hace referencia a la responsabilidad fiscal.

⁸⁶ Tesis por medio de la cual la Sala da contestación al cuestionamiento expresado en los siguientes términos: “¿El daño patrimonial imputado al actor dispone de un carácter cierto?”

El accionante señaló que los réditos producidos por GESTAGUAS han presentado una tasa de crecimiento del 89% entre julio de 2005 y junio de 2007, motivo por el que debía desestimarse la certidumbre del detrimento patrimonial que le fue imputado.

Por otro lado, el actor sostiene que los actos demandados desconocen la existencia de diferentes métodos de valoración de las sociedades, cuando se pretende la compra de su capital accionario, y el contenido de la Resolución CRA 312 de 2005, que fija la tasa de rentabilidad⁸⁷ para las empresas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado, que se eleva al 9.80% y no al 20.27%, como lo estimó equivocadamente el órgano fiscal demandado.

En relación con el presupuesto de certidumbre del daño fiscal, la jurisprudencia de la Sección Primera⁸⁸ del Consejo de Estado ha admitido que, lejos de ser eventual o hipotético⁸⁹, el perjuicio que se deriva de la conducta del gestor fiscal debe existir, **lo que supone para el Juez de lo Contencioso Administrativo determinar si el mismo tuvo ocurrencia o no**, mediante el análisis de los medios de prueba que se allegan al proceso judicial.

En otros términos, a través del prisma del carácter cierto de la lesión a los bienes del Estado, se busca corroborar si el daño que se pretende resarcir, a través del procedimiento de responsabilidad fiscal, es *“verdadero, seguro e indubitable”*⁹⁰.

Huelga advertir que el perjuicio imputado al ahora recurrente se hizo consistir en la sobrevaloración de la empresa GESTAGUAS – circunstancia que conllevó un pago excesivo para la adquisición de sus acciones– pues, en sentir de la Contraloría de Bogotá, el monto a sufragar por el 86% de ésta debía ser de \$2.976 millones, y no de \$8.000, como ocurrió.

⁸⁷ La tasa de rentabilidad es el porcentaje mínimo que el inversionista pretende recuperar como consecuencia del monto de la inversión realizada.

⁸⁸ Ver, entre otras, sentencia de 30 de mayo de 2013. Rad. 63001-23-31-000-2004-00313-01. C.P. María Elizabeth García González.

⁸⁹ Sobre el carácter inverosímil del daño alegado en el marco del trámite fiscal: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 2500-23-24-000-2001-00064-01. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia de 16 de febrero de 2012.

⁹⁰ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

La Sala anticipa que los cargos elevados por el recurrente no disponen de la entidad jurídica para desvirtuar las conclusiones a las cuales arribó la autoridad demandada en este punto, bajo el siguiente derrotero argumentativo:

5.3.1. De la valoración accionaria desarrollada por las Bancas de Inversiones

En punto a este cuestionamiento, el actor afirma que la sobrevaloración del componente accionario de la sociedad GESTAGUAS, no se presentó, por cuanto los exámenes de valoración efectuados por las Bancas INVERLINK⁹¹ y VALORA⁹², realizados con posterioridad a su compra⁹³ –30 de junio de 2005⁹⁴–, demostraron que el monto pagado fue menor al que realmente debió cancelarse.

En lo relativo al primero de los estudios traídos a colación en el escrito de demanda y replicado en la alzada, esta Judicatura advierte que tuvo como principal propósito determinar las proyecciones financieras de la compañía adquirida a partir del análisis de las Hydros Chía, Mosquera y Melgar, al origen de los réditos percibidos, como socia gestora, por parte de GESTAGUAS.

Como lo manifiesta el actor, el desarrollo del estudio al que se hace referencia permitió establecer, a partir de diversos escenarios económicos –en los que se alteraban las condiciones del mercado, v. gr. el crecimiento demográfico, el porcentaje del consumo– que GESTAGUAS disponía de un valor que oscilaba entre los \$9.031 y los 13.960 millones de pesos⁹⁵.

Esta circunstancia permitiría, de entrada, adherir a la argumentación edificada por el demandante, pues, en definitiva, se comprueba que los valores asignados a la empresa adquirida por Aguas de Bogotá S.A. ESP, en efecto, disponía de un valor superior al sufragado para ello.

⁹¹ Marzo de 2007.

⁹² 13 de julio de 2009.

⁹³ Medios de convicción que fueron allegados oportunamente al procedimiento de responsabilidad fiscal y admitidos por la Contraloría de Bogotá.

⁹⁴ Sin embargo, el pago de los \$8.000 fue hecho el 1º de julio de esa misma anualidad.

⁹⁵ Folio 7308 del cuaderno de pruebas.

No obstante, la Sala debe desestimar esta conclusión, pues lo cierto es que los resultados arrojados por el estudio presentado por la Banca de Negocios INVERLINK se fundaron en información financiera del año 2006, que no fue certificada ni por el revisor fiscal ni por el representante legal de la empresa adquirida⁹⁶.

En ese sentido, dentro de las consideraciones realizadas por la referida Banca, se encuentra aquella en donde manifiesta lo que se transcribe a continuación:

“Las proyecciones financieras de las Hydros, Gestaguas y Aguas de Bogotá (en adelante las “Compañías”) se desarrollaron a partir de información suministrada por funcionarios de las Compañías y de la EAAB a INVERLINK e igualmente a través de discusiones de INVERLINK con los administradores de las Compañías. Adicionalmente, las estimaciones y supuestos tanto operacionales como financieros entregados INVERLINK, **han tenido como soporte único los estados financieros de prueba del año 2006, ante la carencia de información para años anteriores.** A la fecha de elaboración de este reporte, los estados financieros de 2006 **no se encontraban certificados por los respectivos representantes legales y contadores públicos de cada compañía,** no habían sido dictaminados por los respectivos revisores fiscales y no habían sido aprobados por ninguno de los órganos societarios correspondientes.”⁹⁷ (Negrilla y subrayas fuera de texto)

Se colige de lo transcrito que, en primer lugar, las proyecciones financieras parten de un periodo posterior –2006– a aquel que sirvió como extremo temporal inicial para valorar la sociedad que pretendía ser adquirida, esto es, el año 2004, por lo que, en principio, los valores no podrían ser comparables, habida cuenta de esa circunstancia.

En segundo lugar, el basamento informativo del estudio carece de un requisito indispensable, esto es, la certificación del revisor fiscal o del representante legal de la compañía GESTAGUAS, con lo que se incumple lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995 que, en su tenor literal, preceptúa:

“ESTADOS FINANCIEROS CERTIFICADOS. El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que **se han verificado previamente las afirmaciones**

⁹⁶ GESTAGUAS.

⁹⁷ Folio 7276 del cuaderno de pruebas.

contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros.”

De allí que, ante la inobservancia de este presupuesto, la Sala deba denegar cualquier valor probatorio a este documento.

Por otro lado, en lo que concierne a la valoración del paquete accionario de GESTAGUAS realizada por el Grupo Valora, esta Judicatura encuentra que los resultados allegados, no se fundan en información auditada, motivo por el que no es posible conferirle el valor probatorio que pretende el accionante.

En este punto, el examen de Valora expresa:

“Valora no ha auditado ni comprobado ninguna parte de la información provista por nuestro cliente [GESTAGUAS] para la redacción de este informe. Por esa causa, cualquier error o imprecisión en los datos provistos, detectado como resultado de una auditoría, “due diligence” u otro proceso, necesariamente implicará una modificación en las conclusiones del informe.”⁹⁸

Así las cosas, se tiene que la ocurrencia del daño – sobreestimación del valor del capital accionario de GESTAGUAS– no se desvirtúa, a través de las pruebas aducidas por el actor que, aunque no fueron objeto de pronunciamiento en el “fallo” de responsabilidad fiscal, es lo cierto que tampoco cuentan con la vocación de desestimar su existencia, por las falencias anotadas.

Bajo esta misma cuerda argumentativa, esta Judicatura da respuesta al cuestionamiento elevado en el numeral 1.3.1.5 de los antecedentes de esta providencia, pues el cargo guarda relación con la omisión de valoración de los informes evaluativos a los que se hizo referencia en este acápite.

5.3.2. Del valor ofrecido por Aguas de Manizales S.A. ESP.

El demandante afirma que el carácter cierto del daño debe ser desestimado en el *sub judice*, ya que, partiendo de la propuesta efectuada por Aguas de Manizales sobre los derechos y acciones de los socios gestores de las empresas Hydros Chía, Mosquera y Melgar –que ascendió a \$9.450 millones–, el pago de los \$8.000 millones por parte de Aguas de Bogotá resulta acertado desde una perspectiva económica.

⁹⁸ Folio 8244 del cuaderno principal.

Por lo anterior, la certeza del daño que se le endilgó en el procedimiento fiscal se desvirtúa.

Bajo este contexto litigioso, la Sala denegará cualquier valor a esta argumentación, con base en los siguientes motivos:

Por un lado, huelga advertir que, de conformidad con el texto de la oferta mercantil formulada por Aguas de Manizales para la adquisición de los componentes accionarios mencionados en precedencia, ésta estuvo condicionada a la realización de la debida diligencia⁹⁹ –requerida en este tipo de negocios– sin que exista prueba en el expediente de los resultados de esta operación¹⁰⁰ y, por contera, del valor final que buscó sufragar la citada empresa de servicios públicos.

Al respecto, los artículos 2º y 3º de la oferta mercantil preceptuaron:

“Segundo. OBJETO: Ofrecer la suma de NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.450.000.000) por la totalidad de los derechos y acciones como SOCIOS GESTORES Y SOCIOS COMANDITARIOS del cual es titular las sociedades HYDROS COLOMBIA (...) que tengan en las EMPRESAS, sujeto a la CONDICIÓN SUSPENSIVA que se determina en el presente documento.

(...)

Tercero. CONDICIÓN SUSPENSIVA: Esta oferta queda sujeta a que se sucedan los siguientes hechos:

a. **Revisión de Documentación (Debida Diligencia):** El OFERTANTE podrá revisar la totalidad de la documentación que se relaciona en el ANEXO A, la cual deberá ser organizada y puesta a disposición del OFERTANTE por parte del DESTINATARIO, en los términos y condiciones descritos en el Procedimiento indicado en la Cláusula Quinta.

b. **Informe de Documentación:** De acuerdo con la información recogida y analizada por el OFERTANTE, el OFERTANTE elaborará un documento en el cual indique si existe o no un HECHO RELEVANTE, para proceder de acuerdo con el procedimiento descrito en la Cláusula Quinta.

⁹⁹ Conocida como “Due diligence” por su denominación en francés.

¹⁰⁰ La Sala se refiere a la debida diligencia. Huelga advertir que en el asunto de autos la oferta de Aguas de Manizales estuvo condicionada al desarrollo de la debida diligencia, operación que se hace consistir en la evaluación de, entre otros aspectos, los estados financieros de la empresa adquirir, lo que conllevará a mantener el precio primeramente ofrecido o a reducirlo.

c. **Negociación de HECHOS RELEVANTES.** Si se encuentran HECHOS RELEVANTES, las PARTES adelantarán una negociación en los términos previstos en la Cláusula Quinta.

d. **Ajuste del precio:** El Precio se ajustará de acuerdo con el acuerdo de las partes, cuando a ello hubiese lugar según lo dispuesto en la cláusula quinta...”¹⁰¹

De lo anterior se colige que el ofrecimiento efectuado por Aguas de Manizales se sujetó a la realización de la debida diligencia – que comprende el desarrollo de diversos estudios que recaen, entre otros, en el aspecto financiero de la empresa a adquirir–, condicionamiento que no cuenta con refrendación probatoria al interior del presente proceso judicial.

En otros términos, la Sala desconoce si, habida cuenta del desarrollo del examen jurídico, contable y financiero de la participación accionaria a adquirir, Aguas de Manizales S.A. ESP mantuvo el precio establecido en la oferta comercial a que se hace referencia, ya que, se itera, no existe en el Plenario medios de convicción en este sentido.

Por lo anterior, el cargo se despacha negativamente.

5.3.3. De los réditos producidos por la sociedad GESTAGUAS

La parte actora afirma que la certeza del perjuicio que le fue atribuido en el procedimiento administrativo fiscal que se cuestiona, puede ser desvirtuada si se tiene en cuenta que, entre julio de 2005 y junio de 2007, la sociedad GESTAGUAS presentó una tasa de crecimiento del 89%.

Para el efecto, el recurrente explicó en su demanda y en la apelación:

¿Dónde está pues, el supuesto detrimento patrimonial de Aguas de Bogotá, si apenas en el lapso de dos años, comprendidos entre julio de 2005 y junio de 2007, Gestaguas facturó la suma de \$4.910.258.069, con una tasa de crecimiento interanual en ese periodo del 89%?

¹⁰¹ Folios 2273 a 2274.

La cifra total de facturación de \$4.910.258.069 corresponde a la suma de \$2.585.356,149 de Hydros Chía, \$1.172.897,774 de Hydros Mosquera y \$1.152.004, 146 de Hydros Melgar.

(...)

Estas cifras anteriores demuestran fehacientemente la realidad de unas empresas sólidas.”¹⁰²

No obstante, la Sala observa que el cargo propuesto no dispone de vocación de prosperidad, pues la producción de los presuntos réditos se presenta **como un aspecto ajeno** que desborda el daño patrimonial que le fue endilgado al demandante en el contexto del procedimiento fiscal.

En efecto, el perjuicio atribuido a la parte actora se concretó en la presunta sobrevaloración para la adquisición de la participación accionaria de la empresa GESTAGUAS, y no su pretendida improductividad, por lo que resulta ser un asunto posterior, que extralimita el debate jurídico–probatorio desarrollado al interior del trámite que se cuestiona.

Se itera, el detrimento imputado al accionante se funda en las irregularidades que en el establecimiento del justiprecio habría incurrido la parte actora al valorar la sociedad GESTAGUAS, que no en la ineficacia del negocio.

En consecuencia, el cargo no prospera.

5.3.4. De la metodología utilizada para la valoración de empresas y la tarifa de rentabilidad empleada por la Contraloría

En sentir del demandante, los actos administrativos censurados derivan la existencia de un daño patrimonial a las arcas del Estado de dos circunstancias que esta Judicatura sintetiza así: **(i)** la diferencia en cuanto a la metodología desarrollada por las partes de este proceso para la valoración del paquete accionario adquirido; **(ii)** la diferencia relativa a la tasa de recaudo aplicada.

La Sala observa que los argumentos expuestos no tienen la entidad jurídica que conlleve la revocatoria de la sentencia de 19

¹⁰² Folio 442 del cuaderno principal.

de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “B”, por las razones que pasan a explicarse:

- **No es cierto que el daño atribuido al actor se desprenda de una diferencia en la metodología de valoración aplicada por la Contraloría de Bogotá**

Tanto en el escrito de demanda como en aquel de la alzada, el recurrente señala que la metodología de valoración de la sociedad gestora GESTAGUAS debía ser determinada a través de la metodología del flujo de caja libre, cuya importancia radica en el hecho de que *“muestra la liquidez sobrante, generadas por la empresa después de hacer frente a las inversiones necesarias para su normal funcionamiento.”*¹⁰³

No obstante ello, el análisis financiero realizado por la Contraloría de Bogotá partió de un procedimiento divergente, motivo por el que encontró diferencias económicas que le fueron atribuidas como perjuicio que debía ser reparado.

Contrario a lo sostenido por el accionante, esta Judicatura encuentra que la valoración del negocio cuestionado, realizada por el órgano fiscal demandado, parte igualmente del método que éste echa de menos en su libelo introductorio y su apelación.

Al respecto, el Auto 003 de 29 de marzo de 2010 explicó:

“No hay discusión alguna en que la metodología más utilizada para la valoración de la compra de la participación accionaria es el flujo de caja libre descontando –FCLD–, aún cuando en algunos casos puedan evaluarse las compañías por la metodología del flujo de dividendos descontado –FDD–, en la medida en los que los nuevos accionistas aspiran a obtener una rentabilidad mínima frente al capital que ponen en riesgo para adelantar la inversión.

Pero el modelo de valoración por el flujo de caja libre supone una proyección de los resultados del negocio en el tiempo, con fundamento en la operación de la empresa en cuestión y busca determinar cuál es la remuneración, por el capital que un inversionista pone en riesgo, para que el negocio se adelante. De esta forma el FCLD pretende establecer cuántos recursos disponibles tiene una empresa para remunerar el capital invertido a los titulares de la misma, esto es, a los accionistas y a los acreedores.

¹⁰³ Folio 31 del cuaderno principal.

(...)

Entonces, si los administradores de AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP querían establecer el precio a pagar por el 86% de las acciones de GESTAGUAS S.A., debieron calcular el FCLD de la empresa, año a año, y descontar esos flujos programados en el tiempo proyectado a una tasa de interés de oportunidad (20.27%) para nuestro caso, con lo cual se obtendría el valor base para negociar la participación accionaria en la empresa GESTAGUAS.”¹⁰⁴

Por lo anterior, no puede admitirse que, como lo sostiene el demandante, la Contraloría haya aplicado un método distinto al del flujo de caja libre para deducir la existencia de daño patrimonial en la compra del paquete accionario de GESTAGUAS, motivo que permite descartar el cuestionamiento.

- **No es cierto que el daño atribuido al actor se desprenda de la aplicación de una tasa de rentabilidad distinta a aquella aplicada en la operación financiera censurada**

Los actos demandados infringen, en concepto del actor, la Resolución CRE 312 de 2005, en la que se establece la tasa de rentabilidad para las empresas de servicios públicos de acueducto y alcantarillado, en un valor de 9.80 % y no en 20.27%, como erróneamente lo estimó la autoridad accionada. Esta circunstancia explica la identificación de un daño patrimonial en el proceso de adquisición de 86% de las acciones de GESTAGUAS.

La Sala objeta las consideraciones expuestas, pues lo cierto es que la tasa de rentabilidad utilizada por la Contraloría de Bogotá, en el acto administrativo en el que encontró responsable fiscal al demandante –20.27%– corresponde a aquella utilizada por Aguas de Bogotá S.A. ESP, luego de que valoró la operación financiera acusada, desde la perspectiva de las empresas Hydros, visible a folios 1237¹⁰⁵, 1241¹⁰⁶, 1245¹⁰⁷ del cuaderno de pruebas.

Así las cosas, el cargo se despacha negativamente.

5.4. La cuantía del daño patrimonial atribuido al actuar culposo del demandante no fue sujeta a contradicción¹⁰⁸

¹⁰⁴ Folio 8428 del cuaderno de pruebas.

¹⁰⁵ Proyección Financiera de Hydros Chía.

¹⁰⁶ Proyección Financiera de Hydros Mosquera.

¹⁰⁷ Proyección Financiera de Hydros Melgar.

¹⁰⁸ Tesis que prohija la Sala en relación con el siguiente cuestionamiento: La cuantificación del daño, ¿fue sujeta a contradicción al interior del procedimiento administrativo fiscal?

El accionante señala que los criterios utilizados por el órgano fiscal demandado para la determinación de la cuantía del daño patrimonial que le fue endilgado, no fueron dados a conocer por la accionada, razón por la que se le impidió el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción en este sentido; yerro que exige emprender la siguiente cuerda argumental:

El establecimiento del monto del perjuicio ocasionado al patrimonio público se erige como una de las características esenciales de los trámites de raigambre fiscal¹⁰⁹, cuyo principal propósito se cierne en compensar las aminoraciones o alteraciones económicas sufridas por las autoridades estatales, mediante el pago de una indemnización, como lo prescribe el artículo 4º de la Ley 610 de 2000:

“OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal **mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.**” (Negrilla fuera de texto)

Se desprende de lo reproducido una relación directamente proporcional entre el daño causado al erario y la indemnización que deberá ser sufragada por quien es sometido al procedimiento fiscal, a título de compensación.

Y es que, contrario a lo que puede suceder en el trámite de algunos procesos judiciales, en los cuales la existencia del daño no apareja la determinación inmediata de su monto¹¹⁰, que podrá ser establecido en el marco de trámites incidentales¹¹¹, el

¹⁰⁹ Ver al respecto: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 25000-23-41-000-2014-00058-01. C.P. María Elizabeth García. Sentencia de 15 de septiembre de 2016.

¹¹⁰ Piénsese en la acción de reparación directa, en la que la indeterminación del monto del perjuicio causado al demandante, no impide la declaratoria de responsabilidad de la autoridad administrativa demandada.

¹¹¹ Art. 172 CCA: “Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil. Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.”

procedimiento administrativo fiscal erige un vínculo inescindible entre estos dos presupuestos, ya que no basta con corroborar que el perjuicio se haya producido; se exige adicionalmente el señalamiento de su coste, medida directa de la multa a imponer.

En ese sentido, resulta elocuente la estructura gramatical del artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en el que se desarrollan los presupuestos para la expedición de fallo con responsabilidad fiscal:

“Artículo 53. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre **prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación**, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable”

En otros términos, la declaratoria administrativa de responsabilidad fiscal penderá del carácter cierto del perjuicio endilgado al gestor, **así como de su cuantía**, toda vez que, no de otra manera, podría establecer el valor de la compensación a cargo suyo.

Pues bien, la cuantificación del perjuicio a resarcir –en su condición de requisito *sine qua non* en el contexto de los procedimientos fiscales– deberá estar siempre sometida a la contradicción, comoquiera que el valor a compensar debe, en todos los casos, corresponder al daño patrimonial infligido a la autoridad, como ha sido reconocido por la Corte Constitucional:

“Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite." Y no podría ser de otro modo, **pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa**, desde todo punto de vista reprochable...”¹¹² (Negrilla y subraya fuera de texto)

La defensa y contradicción¹¹³ se presenta así como la garantía con la que cuenta el sujeto sometido a investigación fiscal en aras

¹¹² Aparte traído a colación en la sentencia de constitucionalidad 840 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹¹³ La Sala expresa que en materia fiscal, por expreso mandato del artículo 2º de la Ley 610 de 2000, resultan plenamente aplicable los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 y las garantías que se desprenden del debido proceso.

de cuestionar la existencia del daño, pero igualmente su valor, con lo que se busca impedir la configuración del enriquecimiento sin justa causa a favor del ente público.

Dentro de las implicaciones del referente axiológico en comento en lo que respecta al procedimiento fiscal, la Sala encuentra los siguientes:

(i) el derecho al tiempo y al empleo de los medios adecuados para la preparación de la defensa, que impone en cabeza de la Contraloría la obligación de esbozar el cúmulo de motivos y criterios que permiten arribar a la declaratoria de responsabilidad, y en especial los razonamientos que conllevan la determinación de la cuantía del daño, como presupuesto indispensable para ello.

No de otra forma podría ser salvaguardado el derecho de defensa material en beneficio del investigado. Se trata que la administración ofrezca las elucubraciones que conllevan la decisión administrativa que se cuestiona para que, de forma paralela, puedan ser controvertidas por quien es el sujeto del trámite fiscal, sin lo cual la defensa y contradicción del implicado sería meramente formal.

(ii) Los cuestionamientos propuestos por el investigado fiscal sean efectivamente resueltos por el órgano encargado de este tipo de control, con el fin de poder replicarlos, si es del caso, en la vía gubernativa.

(iii) La asistencia de un profesional del derecho, cuando aquello resulte necesario¹¹⁴.

(iv) Igualmente, como corolarios del derecho de defensa en los trámites administrativos, conclusión que por tanto se extiende a los trámites fiscales, la Corte Constitucional ha identificado “...*la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.*”¹¹⁵

Precisado lo anterior, la Sala aborda el estudio del cuestionamiento, **anticipando que dispone de vocación de prosperidad**, bajo el siguiente derrotero argumentativo:

¹¹⁴ Ver artículo 43 de la Ley 610 de 2000.

¹¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.

5.4.1. La cuantificación del daño fue un asunto sujeto a litigio tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial

La lectura detenida del escrito de descargos y de los diferentes actos de parte¹¹⁶ al interior del proceso judicial, conlleva concluir que, además del carácter cierto del daño, su cuantía también fue censurada.

Al respecto, la parte actora señaló en su memorial de oposición al Auto 001 de 14 de enero de 2009¹¹⁷—en el que se estableció el detrimento patrimonial a Aguas de Bogotá en cuantía de \$5.023.513.000— lo que se transcribe a continuación:

“El supuesto detrimento patrimonial de \$5.023. 513.000 se basa única y exclusivamente en el ejercicio financiero llevado a cabo Por el Grupo Guifo de la Contraloría de Bogotá, con fundamento en la información allegada al expediente por Aguas de Bogotá. La información provista por el Grupo Guifo no permite hacer ningún análisis ni comentario sobre la metodología utilizada, ya que en solo 7 líneas de una página Excel se presentan únicamente, sin explicar su origen y forma de cálculo, los valores proyectados de:

- La utilidad neta, sin información sobre la forma en que se obtuvo (ingresos y costos)
- Inversión en Activos fijos
- Depreciación,
- Amortizaciones e
- Intereses

A estas 5 líneas se adicionan dos líneas correspondientes al FLUJO DE CAJA LIBRE y al Modelo de Negocio, para sumar las 7 líneas comentadas. Eso es todo el modelo.

(...)

No obstante lo anterior, caben algunos comentarios sobre las variables utilizadas:

- ¿Qué significa proyectar los balances del año 2004? Lo que usualmente se hace en valoración de empresas es proyectar las

¹¹⁶ Primordialmente en la demanda y en el recurso de apelación formulado en contra de la sentencia de 19 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “B”.

¹¹⁷ Por el cual se imputó responsabilidad fiscal al demandante.

variables que determinan el flujo de caja libre bajo los supuestos de un PLAN DE NEGOCIOS.

- ¿Por qué se tomó el año 2004 como base si ya existe un Estado de Resultados para el año 2005?
- Es válido considerar un escenario con una inflación menor, sin embargo, sin embargo hay que ajustar la tasa de descuento (rentabilidad) nominal. Con una inflación con tendencia a estabilizarse en 3.5 %, la tasa de descuento nominal no puede ser superior a 18%. El modelo, sin embargo, sigue usando la misma tasa de 20.26%.
- No establece cuál es el esquema tarifario utilizado, teniendo en cuenta que en la actualidad rige una regulación diferente a la existente en el 2005 y que ha habido ajustes tarifarios importantes en el 2006.
- ¿Cuáles fueron los supuestos sobre el índice de Agua no Contabilizada, Factor de Recaudo, Metas de Cobertura, etc.? Parámetros claves para proyectar los ingresos de las Hydros.
- Se calculó un incremento anual del 1% en el número de usuarios, lo cual no se compadece ni del crecimiento histórico en los últimos años, ni de las proyecciones demográficas:

(...)

- Ampliando lo anterior, la información provista no permite hacer ningún análisis sobre la metodología utilizada ya que no aporta las memorias de cálculo sobre cómo se proyectaron los valores de la Utilidad Neta. Por definición, ésta se calcula como la diferencia entre ingresos y costos. Los ingresos de GESTAGUAS, resultan de aplicar el 10% a la facturación bruta de las empresas Hydros Chía, Hydros Mosquera e Hydros Melgar durante 20 años. Los costos a su vez requieren asumir hipótesis sobre costos operativos e inversiones, si las hay. Sin embargo, ni los ingresos y costos son sustentados.

(...)

- Posiblemente el mayor desacuerdo del modelo es la inclusión de inversiones para Gestaguas del orden de \$2.570.741 (sic). **Gestaguas no realiza inversiones. Las inversiones son propias de las Hydros.** Gestaguas es un gestor cuya función es administrar. (...) ¿En qué invertiría Gestaguas más de \$2.500 millones para realizar su misión de administrar las Hydros? Obviamente, la inclusión de estas inversiones distorsionan el flujo de caja libre, lo cual conlleva, además, depreciaciones sobre los activos (que no existen) y amortizaciones e intereses sobre créditos que no se van dar.
- **Con base a lo anterior, requerimos de la Contraloría que aporte las bases de cálculo para estimar la utilidad neta, cuáles son las inversiones que suman \$2.500 millones y cuáles son los créditos sobre los cuales se pagan**

amortizaciones e intereses. De otra forma es imposible controvertir la prueba, uno de los fundamentos del debido proceso.”¹¹⁸

Como argumento central de su libelo de defensa, la parte actora sostiene que, ni en el auto de imputación ni en el “fallo” con responsabilidad fiscal, se establecen los criterios metodológicos para la determinación del detrimento patrimonial que le fue endilgado, ya que, entre otras razones, no se precisan los orígenes de las inversiones, amortizaciones e intereses a pagar por parte de GESTAGUAS, sumado a que, en sentir del accionante, éstos no existían, habida cuenta de que su función¹¹⁹ se centraba de manera exclusiva en la administración de las empresas HYDROS.

Estas alegaciones –como se sostuvo en precedencia– fueron igualmente replicadas en la demanda y en la apelación que ocupa la atención de la Sala.

De todo lo anterior se tiene que los parámetros para la cuantificación del daño atribuido al demandante, fueron objeto del debate propio que subyacía al procedimiento fiscal cuestionado, por lo que la Sala deberá corroborar si las alegaciones propuestas fueron atendidas, como requisito sine qua non para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción del demandante.

5.4.2. Los criterios de determinación expuestos por la Contraloría de Bogotá D.C. en el “fallo” con responsabilidad fiscal

Como se acreditó en acápites previos, la metodología empleada por la autoridad demandada para el establecimiento del *quantum* atribuido al accionante, fue aquella del Flujo de Caja Libre Descontado, que fue explicada en el Auto 003 de 29 de marzo de 2010 en los siguientes términos:

“El flujo de caja libre se obtiene sumando a la Utilidad Neta (UN); las depreciaciones (D); las amortizaciones (A); y los intereses (i) y a este resultado se le resta el incremento en el capital de trabajo neto de operación (KTNO) y el aumento del activo fijo (AF).

Lo anterior corresponde a la siguiente fórmula:

¹¹⁸ Folios 7520 a 7523 del cuaderno de pruebas.

¹¹⁹ De GESTAGUAS.

$$\text{FCL} = \text{UN} + i - \text{KTNO} - \text{AF...}^{120}$$

De esta manera, la valoración de la participación accionaria de GESTAGUAS, a juicio de la autoridad demandada, debía efectuarse a través del procedimiento del Flujo de Caja Libre, que supone, como se desprende del epígrafe reproducido, el establecimiento de una serie de presupuestos, dentro de los cuales, figuran la utilidad neta, las depreciaciones, amortizaciones e intereses de la compañía que se pretendía adquirir, así como de sus activos fijos.

La cuantificación del daño patrimonial atribuido a la parte actora en el “fallo” con responsabilidad fiscal se fundó en los parámetros que se transcriben a continuación:

“Efectivamente con el fin de tener una cabal comprensión del negocio, la Contraloría adelantó una valoración¹²¹ del mismo, sustentada en las siguientes variables y con fundamento en la información allegada al expediente por la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP:

- a. Se tomó como base el año 2004 para proyectar los ingresos de las empresas.
- b. Se tomó un dato de inflación decreciente, empezando en el 5.5% hasta situarse en 3.5 constantes.
- c. Se calculó un incremento anual equivalente a inflación en el costo fijo tanto de acueducto como de alcantarillado.
- d. Se calculó un incremento anual del 1% en el número de usuarios
- e. Se proyectó una recuperación de cartera del 90% de lo facturado
- f. Se mantuvo estable el consumo en m³ por usuario.
- g. Como resultado de lo anterior los ingresos proyectados tienen un crecimiento levemente superior al 3% anual.
- h. Con base en los ingresos anuales obtenidos, se proyectaron los estados de resultados de la sociedad Gestaguas S.A. desde el 2005 hasta 2023, para compararlo con lo realizado por los funcionarios.
- i. Con base en estas cifras se calculan el Valor presente neto de la compañía, el valor presente neto del 86% de la misma, así mismo se calculó la TIR del negocio en los tres escenarios planteados.

Como resultado de lo anterior tenemos:

¹²⁰ Folio 8428 del cuaderno de pruebas.

¹²¹ Efectuada por los profesionales de la Contraloría de Bogotá; Pedro Nel Pineda Rojas y Rafael Ramón Salazar Jaramillo.

VALOR POR FLUJO DE CAJA									
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Utilidad Neta	466.218	197.775	338.565	442.025	500.241	559.010	618.662	679.511	741.870
Menos K de T									
Menos Inv Activos Fijos	-	-	-302.474	-245.044	-245.004	-200.503	-198.453	-178.608	-160.747
Mas Depreciaciones	1.871	2.356	2.497	2.647	20806	2.974	3.153	3.342	3.543
Mas Amortizaciones	146.889	146.889	155.044	165.044	174.947	185.444	195.571	208.365	220.867
Mas Intereses	79.320	100.152	106.161	112.531	119.283	126.440	134.026	142.068	150.592

Mas abonos a capital	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
FLUJO DE CAJA LIBRE	694.298	447.172	300.452	450.021						
VPN FCL	3.461.031									
86%	2.976.487									
Modelo del Negocio		-	300.452	450.021	552.273	653.365	753.958	854.678	956.124	
TIR	10.69%									
VPN (TIO 20.27%)	-5.054.653									
2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
806.041	872.328	941.030	1.012.449	1.086.887	1.164.653	1.246.061	1.331.431	1.421.093	1.515.388	1.614.668
-	-130.205	-117.185	-105.466	-94.919	-85.482	-76.885	-69.196	-62.277	-	-50.444
144.672									56.049	
3.755	3980	4.219	4.472	4.741	5.025	5.327	5.646	5.985	6.344	6.725
234.119	248.166	263.056	278.839	295.570	313.304	332.102	352.028	373.150	395.539	419.271
234.119	249.166	263.056	278.839	295.570	313.304	332.102	352.028	373.150	395.539	419.271
159.627	169.205	179.357	190.118	201.526	213.617	226.434	240.020	254.421	269.687	285.868
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
1.058.870	1.163.474	1.270.477	1.380.412	1.493.803	1.611.172	1.733.039	1.859.929	1.992.372	2.130.908	2.276.087

El Modelo a 18 años, da un valor presente neto, para el 100% de la sociedad GESTAGUAS S.A. ESP, equivalente a \$3.461 millones de pesos, con ello, el valor a pagar por el 86% de las acciones de la sociedad es de \$ 2.976 millones de pesos y la TIR (Tasa Interna de Retorno o rentabilidad de la Inversión) es del 10.69 %”

De lo expuesto, la Sala formula las siguientes conclusiones:

A. Los parámetros erigidos para el establecimiento de la cuantía del daño omiten explicar algunos de los criterios empleados por la Contraloría de Bogotá D.C. para el efecto.

La autoridad demandada fija la presunta sobrevaloración de la empresa GESTAGUAS en algunos presupuestos relativos a las **depreciaciones**, **amortizaciones**, **intereses** y **activos fijos** de la compañía a adquirir, sin establecer en el curso del procedimiento censurado ni mucho menos en el cuerpo del fallo fiscal¹²² los orígenes de dichos valores.

En otras palabras, el órgano fiscal accionado prescinde de establecer, a lo menos, los parámetros generales para la determinación de los elementos mencionados, necesarios para la valoración de la empresa GESTAGUAS, a pesar de que, en sentir de la parte actora, dicha compañía no disponía de activos fijos, ni de intereses y amortizaciones, por cuanto se trataba de un vehículo de inversión, el cual recaudaba el 10% de los réditos producidos por la administración de las Hydros a su cargo.

B. Ahora bien, podría pensarse que este vacío argumentativo, identificado por el accionante, podría ser suplido con otros elementos obrantes al interior del trámite administrativo de corte fiscal; no obstante, la Sala descarta ello, por cuanto:

- **El auto de imputación de cargos**¹²³ desarrolla una cuerda argumental similar a la presentada en el Auto 003 de 29 de marzo de 2010, por medio del cual se declara la responsabilidad fiscal del demandante. No se puede entonces colegir de allí el método y criterios empleados por la Contraloría para la determinación del daño fiscal, que permitiera el ejercicio del derecho de defensa y contradicción por parte del actor.
- **El estudio financiero del perito Fernando Cassij**, por cuanto, las conclusiones valorativas sobre la empresa a adquirir que allí se llegan, distan de las efectuadas por la autoridad demandada¹²⁴; ni sus elucubraciones fueron empleadas en el Auto 001 de 2009, a través del cual se imputó responsabilidad fiscal.

¹²² Ni mucho menos en el auto de imputación como se demostrará a continuación.

¹²³ Folios 7442 y s.s. del cuaderno de pruebas.

¹²⁴ Ver folios 7019 a 7031 del cuaderno de pruebas.

C. La inexistencia de traslado e identificación de los motivos y razonamientos para el establecimiento de la cuantía del daño, conlleva la vulneración del derecho de defensa y contradicción del demandante en relación con uno de los requisitos indispensables para la declaratoria de responsabilidad fiscal.

En efecto, como se sostuvo en el vértice inicial de este epígrafe, la cuantificación del perjuicio se presenta como un elemento esencial de este tipo de procedimientos, habida cuenta de su finalidad resarcitoria, pues de la determinación del valor del daño irrogado a las arcas del Estado penderá la multa que puede recaer a quien es sometido a estos trámites.

Por consiguiente, los razonamientos que sustentan la cuantificación –que en el caso concreto implicaron montos relativos a amortizaciones, depreciaciones, intereses y activos fijos– deben ser puestos a consideración del investigado fiscal en aras de que pueda formular las objeciones que tenga en relación con este punto, ya que de esta circunstancia penderá la posible multa que le pueda ser impuesta.

En ese orden, la Sala observa que, habida cuenta de las falencias motivacionales detectadas en el Auto 003 de 29 de marzo de 2010, la cuantía del daño no fue objeto de contradicción –a pesar de los cuestionamientos propuestos por el señor Betancourt Aduen– lo que implica un desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, que comporta la nulidad de los actos administrativos demandados, ya que, lo cierto es que en el procedimiento censurado dicho referente axiológico fue menoscabado al no presentar las explicaciones necesarias para su puesta en marcha por parte de la Contraloría de Bogotá.

En este punto, la Sala recuerda que el empleo de los mecanismos adecuados de defensa a favor del investigado fiscal, exige de parte del órgano encargado de este control la exposición del cúmulo de motivos que conllevan acreditar los diversos ingredientes de esta responsabilidad¹²⁵, y en especial de la cuantía del perjuicio endilgado, pues lo contrario implicaría la salvaguarda del derecho de defensa formal que no material, lo

¹²⁵ Ver al respecto artículo 5º de la Ley 610 de 2000. Elementos de la responsabilidad fiscal.

que quebranta los postulados contenidos en el artículo 29 constitucional.

D. La labor de determinación del daño no puede limitarse a un simple ejercicio formal, en el que primen las maneras; se requiere una dinámica argumentativa de la que pueda conocerse a ciencia cierta los contornos del daño, su establecimiento económico, en aras de salvaguardar el derecho de defensa y contradicción del investigado fiscal, sin lo cual sus argumentaciones no pasarían de ser superfluas.

Y es que no basta con la identificación del daño –sobrevaloración de la empresa GESTAGUAS producto de las conductas culposas del demandante– puesto que, como se ha sostenido, la cuantificación y, por consiguiente, su sometimiento a la contradicción propia de los procedimientos fiscales, debe estar plenamente corroborada, como elemento esencial para la determinación de la multa a aplicar.

En otros términos, la ausencia de razones para la determinación de algunos presupuestos del valor del daño –amortizaciones, depreciaciones, intereses y valores activos– impide, en definitiva, al accionante la formulación de objeciones en contra del castigo fiscal que pueda originarse en el trámite fiscal.

E. El no sometimiento de los parámetros de determinación de la cuantía del daño fiscal al escrutinio del accionante implica una vulneración del debido proceso, que debe conllevar la nulidad de los actos administrativos demandados.

En efecto, se pretermitió la garantía de defensa del demandante en relación con uno de los presupuestos de la responsabilidad fiscal –a saber, el daño, y específicamente su cuantía– ya que como se advirtió precedentemente algunos de los criterios empleados para el establecimiento del valor del perjuicio, carecen de explicación en las diferentes actuaciones que caracterizaron el procedimiento administrativo fiscal.

La Sala precisa que, aunque la certidumbre del daño –sobrevaloración de la empresa GESTAGUAS–, no podía ser desvirtuada con base en las alegaciones propuestas por el demandante, lo cierto es que la ausencia parcial de justificación en lo que respecta a la cuantía del perjuicio y, por consiguiente, al

detrimento patrimonial atribuible al actor, conlleva una vacilación respecto de su existencia –se hace referencia al daño–, motivo por el que los actos demandados no podían decretar la responsabilidad fiscal.

Todo lo anterior lleva a revocar el numeral 2º del fallo de 19 de julio de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “B”, lo que excluiría a esta Sala de los demás cargos presentados en la apelación. Empero, con el propósito de garantizar el principio de congruencia y, por consiguiente, la tutela judicial efectiva, se despacharán la universalidad de cuestionamientos propuestos.

5.5. El informe evaluativo suscrito por los miembros del Grupo Especial de Investigaciones Forenses –GUIFO– sí fue puesto en conocimiento del demandante en el trámite de la indagación preliminar¹²⁶

El recurrente sostiene que el informe evaluativo elaborado por el Grupo GUIFO de la Contraloría de Bogotá D.C., por medio del cual se pone término a la indagación preliminar, no le fue dado a conocer, con lo que se impidió la contradicción de las conclusiones elevadas allí.

La Sala observa, en contraposición a lo sostenido por la parte actora, que el informe al que se hace referencia sí fue debidamente notificado a quienes intervinieron en esta etapa del procedimiento fiscal –lo que incluye por supuesto al demandante¹²⁷– mediante la anotación en Estado del auto que decidió la indagación preliminar –que lo contiene¹²⁸–, efectuada el 19 de julio de 2006.

Al respecto, la mencionada anotación preceptuó:

“NOTIFICACIÓN POR ESTADO

Indagación Preliminar	Entidad	Implicados	Providencia	Fecha
------------------------------	----------------	-------------------	--------------------	--------------

¹²⁶ Tesis prolijada por la Sala respecto del siguiente problema jurídico: “El presunto desconocimiento del informe evaluativo suscrito por el Grupo Especial de Investigación Forenses, ¿debe conllevar la nulidad de los actos demandados?”

¹²⁷ Quien rindió exposición libre el 2 de febrero de 2006.

¹²⁸ Se hace referencia al informe.

10100-001-06	Aguas de Bogotá S.A. Gestaguas S.A EAAB	Félix Betancourt Aduen	<u>Auto por el cual se decide la Indagación Preliminar N°. 10100-001-2006</u> y se ordena el traslado de la misma a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, de la Contraloría de Bogotá D.C.	19 de julio de 2006.
--------------	---	------------------------	--	----------------------

Hoy a los diez y nueve (19) días del mes de julio de 2006, se fija el presente estado en lugar visible a las 8:00 a.m. y se desfija a las cinco (5) p.m.”¹²⁹(Negrilla y subrayas fuera de texto)

Por las anteriores razones, el cuestionamiento se desestima.

5.6. La pretermisión de los alegatos de conclusión no conlleva la nulidad de los actos demandados¹³⁰

El debido proceso administrativo que guía los trámites fiscales no contempla el desarrollo de la etapa de alegatos de conclusión, echada de menos por el recurrente.

El procedimiento administrativo cuestionado siguió entonces la cuerda procedimental establecida por el Legislador de 2000, motivo por el que esta Judicatura no puede objetar el proceso puesto en marcha por la Contraloría de Bogotá D.C., pues se cumplió desde esta perspectiva el debido proceso legal descrito en la normativa pertinente.

En ese orden, el cargo se despacha desfavorablemente.

5.7. La investigación disciplinaria no supone la configuración de cosa juzgada respecto del procedimiento fiscal¹³¹

¹²⁹ Folio 6658.

¹³⁰ Con esta tesis, la Sala ofrece respuesta al siguiente cuestionamiento: La pretermisión de la etapa de alegatos de conclusión, ¿debe ser entendida como una vulneración al debido proceso administrativo?

¹³¹ Tesis que responde a la censura, consistente en: ¿Se quebrantó el principio de cosa juzgada al adelantar un procedimiento fiscal y disciplinario sobre la base de los mismos hechos?

Para absolver este punto, la Sala se permite traer a colación el párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000, en cuyo tenor literal consagra:

“Parágrafo 1 .La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.”

Se infiere de lo anterior que la responsabilidad fiscal encuentra autonomía respecto de otro tipo de juicios –entre los cuales se identifica el disciplinario– lo que faculta a los órganos de control a iniciar procedimientos paralelos respecto de unos mismos hechos.

Ello, se explica, en gran medida, por la finalidad de cada uno de los trámites, pues mientras el procedimiento fiscal dispone de naturaleza resarcitoria; el procedimiento disciplinario es de corte sancionatorio, como medida correctiva al incumplimiento de los deberes funcionales de los servidores públicos.

De allí que el desarrollo de este último¹³² bajo el radicado 50645-05 –que conllevó sanción para el demandante, posteriormente declarada nula por esta Jurisdicción¹³³– no implica la materialización de la cosa juzgada en relación con el trámite fiscal que se cuestiona, ya que, se itera, se trata de responsabilidades independientes que cuenta, cada una, con su propia teleología.

En consonancia, el cuestionamiento formulado se descarta.

5.8. La presunta dilación en el trámite del procedimiento fiscal no conlleva la nulidad de los actos administrativos demandados¹³⁴

El demandante argumenta que la anulación de las decisiones administrativas censuradas debe desprenderse de la dilación injustificada que experimentó el procedimiento de responsabilidad fiscal en el que se lo declaró.

¹³² Procedimiento disciplinario.

¹³³ Por sentencia de 13 de octubre de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “B” confirmó la providencia de 30 de junio de 2009, con la que se declaró la nulidad de la sanción disciplinaria impuesta al demandante. Rad. 11001333100520060001801.

¹³⁴ Tesis que responde al cuestionamiento propuesto La dilación injustificada en el trámite fiscal, ¿supone la anulación de los actos censurados?

En cuanto a los términos para el desarrollo de ese tipo de trámites, el artículo 9º de la Ley 610 de 2000 consagra:

“La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.”

De conformidad con la disposición normativa reproducida, se tiene que la acción fiscal caducada si, dentro de los 5 años siguientes a la ocurrencia del hecho dañino, el órgano de control fiscal no ha expedido auto de apertura del procedimiento, plazo que tiene de extremos iniciales diversos en relación con la naturaleza de la conducta investigada.

Una vez expedido el acto administrativo a que se refiere¹³⁵, las contralorías dispondrán igualmente de un término de 5 años para dictar la providencia que en derecho corresponda, so pena de prescripción.

Descendiendo al caso en concreto, esta Judicatura observa que el procedimiento fiscal adelantado en contra del accionante tuvo como génesis la adquisición de la participación accionaria en la empresa GESTAGUAS por parte de Aguas de Bogotá S.A. ESP, operación financiera que se materializó mediante la suscripción del acuerdo de cesión de 30 de junio de 2005, por lo que el fallo con responsabilidad expedido el 29 de marzo de 2010¹³⁶, cumple

¹³⁵ Auto de apertura del procedimiento de responsabilidad fiscal.

¹³⁶ La notificación del “fallo” con responsabilidad fiscal se efectuó por edicto fijado desde el 12 de abril de 2010 y hasta el 23 de ese mismo mes y año. Ver al respecto folio 8450.

sin hesitación alguna con los plazos perentorios establecidos en el ordenamiento.

De allí que la pretendida dilación injustificada no pueda constituirse en causal de nulidad de las decisiones administrativas demandadas.

5.9. La declaratoria de extemporaneidad del recurso de apelación no fue indebida

La parte actora sostiene que la declaratoria de extemporaneidad de la **sustentación**¹³⁷ de la alzada presentada por la segunda de las profesionales del derecho que representó sus intereses al interior del trámite fiscal, quebrantó los artículos 51 y 212 del CCA, que distinguen entre la interposición de este medio impugnatorio y su sustentación ante el superior jerárquico.

En efecto, el accionante afirma que, teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue oportunamente presentado por la primera de sus apoderadas –mediante oficios de 28 y 30 de abril de 2010¹³⁸– le asistía el derecho de ampliar la sustentación ante el Contralor de Bogotá D. C., como superior.

La Sala desestima el cuestionamiento elevado bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, huelga advertir que en lo que respecta a la interposición y sustentación de los recursos administrativos contra el fallo con responsabilidad fiscal, la Ley 610 de 2000 consagra una norma especial, contenida en el artículo 55 *ejusdem*, en cuyo tenor literal prescribe:

“Artículo 55. Notificación del fallo. La providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y **contra ella proceden los recursos allí señalados, interpuestos y debidamente sustentados por quienes tengan interés jurídico**, ante los funcionarios competentes.”

¹³⁷ Se recuerda que la presentación y sustentación del recurso de apelación propuesta por la primera de las profesionales del derecho fue oportuna; la extemporaneidad declarada en la Resolución 1152 de 2010 recayó en la ampliación de la sustentación propuesta por la segunda de las apoderadas del demandante en el contexto del procedimiento fiscal.

¹³⁸ Folio 8501 del cuaderno de pruebas.

Se colige de lo anterior que los medios impugnatorios que resultan procedentes contra el auto que define la responsabilidad fiscal del investigado, deberán ser interpuestos Y sustentados en debida forma, dentro de los 5 días siguientes a su notificación, como puede inferirse del artículo 56 de la Ley 610 de 2000¹³⁹.

Por lo anterior, la Sala concluye que el artículo 51 del CCA no resulta, en principio, aplicable para la absolución de este cargo.

Igual conclusión puede extenderse a lo que refiere a la presunta violación del artículo 212 del CCA, ya que se trata de una norma que regula el proceso jurisdiccional que se adelanta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por las razones que preceden los reproches elevados se desestiman.

6. Del restablecimiento del derecho

Para el análisis de las pretensiones que, a título de restablecimiento del derecho formuló el actor, esta Judicatura emprenderá un estudio de pormenorizado de cada una de ellas, como sigue:

6.1. El pago del total de las asignaciones dejadas de percibir por el demandante en su calidad de Gerente de Aguas de Bogotá S.A. ESP¹⁴⁰

La parte actora solicita el pago del cúmulo de asignaciones que, en su condición de Gerente de Aguas de Bogotá, dejó de percibir,

¹³⁹ “**Artículo 56.** Ejecutoriedad de las providencias. Las providencias quedarán ejecutoriadas: 1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso. 2. **Cinco (5) días hábiles** después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos. 3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

¹⁴⁰ En su literalidad, la pretensión expresa: “**Cuarto:** Se ordene a La Nación – Distrito capital – Contraloría de Bogotá, pagar al demandante FÉLIX BETANCOURT ADUEN, la totalidad de las asignaciones (sueldos, primas, bonificaciones y demás prestaciones, etc.) que hubiere dejado de percibir como Gerente de Aguas de Bogotá, cargo al que tuvo que renunciar por causa del procedimiento de responsabilidad fiscal que le adelantó la Contraloría de Bogotá, a partir de la fecha de su retiro, debiéndose considerar para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en los servicios que el actor prestaba en la mencionada entidad.”

como consecuencia de la renuncia al cargo, motivada por el inicio del procedimiento fiscal que se adelantó en su contra.

Pues bien, la Sala negará la pretensión formulada por los siguientes motivos:

– El procedimiento fiscal no se constituye en la causa eficiente del daño fiscal

Dicha conclusión se sustenta en la lectura detallada de la carta de renuncia presentada por el demandante a instancias de la Junta Directiva de la referida sociedad, el 9 de noviembre de 2005, en la que puede observarse:

“Después de cerca de un año de trabajo con Aguas de Bogotá, me veo en la necesidad de presentar renuncia al cargo de Gerente General.

Con el pleno convencimiento de que las decisiones tomadas, en el seno de esta Junta Directiva, respecto a la adquisición de Gestaguas S.A., fueron las adecuadas, porque se hicieron sobre la base de información que se presumía plenamente confiable, me permito dejarlos en libertad para que dispongan del cargo de gerente de Aguas de Bogotá. **Considero que dados sus intereses políticos, creo prudente que sea un tercero quien adelante los análisis necesarios para complementar la Auditoría Especial contratada por esta Gerencia.** Igualmente, por no ser éste un problema únicamente de carácter técnico y financiero, les solicito aceptar mi renuncia de tal forma que se me permita manejar **los temas a que haya lugar**, desde afuera de la empresa.”¹⁴¹ (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo transcrito se desprende que la causa eficiente del daño deprecado por el actor, radica en su deseo de que los exámenes contratados por la empresa para la valoración del negocio de GESTAGUAS, se efectuara en total neutralidad y no como consecuencia del inicio del procedimiento fiscal censurado en esta oportunidad.

Esta idea que se refuerza si se tiene en cuenta que para el momento de la renuncia el trámite al que se hace referencia no había ni siquiera iniciado en su fase de indagación, como se mostrará a continuación.

¹⁴¹ Folio 250 del cuaderno principal.

– La indagación preliminar fue posterior a la renuncia al cargo

Se explicó que la carta de renuncia al cargo de Gerente de Aguas de Bogotá S.A. ESP fue radicada por el señor Betancourt Aduen el 9 de noviembre de 2005; no obstante, el auto de apertura de indagación preliminar –como fase primigenia del procedimiento fiscal– solo ocurrió hasta el 18 de enero de 2006¹⁴².

De allí que no pueda atribuirse la renuncia del demandante al inicio del trámite fiscal cuestionado a través de esta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

El pedimento se despacha entonces negativamente, lo que conlleva, por consecuencia, denegar en igual forma la solicitud elevada en el numeral 5º del acápite de pretensiones de la demanda.

6.2. Se restablezcan los derechos del actor conculcados con los actos administrativos demandados

La declaratoria de nulidad de las decisiones administrativas, por medio de las cuales la Contraloría de Bogotá D.C. impuso multa al demandante, conlleva inexorablemente excluirlo de su pago, así como el levantamiento de cualquier inhabilidad causada por éstos.

Por lo anterior, la Sala ordenará, en la parte resolutive de esta sentencia, la anulación de la multa de \$5.023.513.000 impuesta al demandante, y prescribirá la cancelación de los antecedentes fiscales que existan en su contra.

6.3. El pago de los perjuicios materiales y morales causados por los actos administrativos declarados nulos

La Sala encuentra que la pretensión a la que se refiere carece de refrendación probatoria dentro del expediente, por lo que, sin mayores elucubraciones, la negará.

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

¹⁴² Folio 3 del cuaderno de pruebas.

III. FALLA

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento elevado por el Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, por las razones expuestas en la parte considerativa del fallo.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 2º del fallo de 19 de julio de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “B”, para, en su lugar, **DECLARAR** la nulidad del Auto 003 de 29 de marzo de 2010 y la Resolución 1152 de 30 de julio de esa misma anualidad, por medio del cual se impuso multa al demandante por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENARÁ** a la Contraloría de Bogotá D.C. abstenerse de exigir el pago de la multa impuesta a través de los actos demandados, y levantar los antecedentes fiscales que existan en su contra.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal Administrativo de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

