



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

**REF: Expediente núm. 68001-23-33-000-2013-01024-01.
Recurso de apelación contra la sentencia de 15 de octubre de
2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.
Actor: HORACIO ARROYAVE SOTO.**

TESIS: "LA RESPONSABILIDAD FISCAL DEBE NECESARIAMENTE RECAER SOBRE EL MANEJO O ADMINISTRACIÓN DE BIENES Y RECURSOS O FONDOS PÚBLICOS Y RESPECTO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y PARTICULARES QUE TENGAN A SU CARGO LA CUSTODIA DE BIENES O RECURSOS DEL ESTADO, FRENTE A LOS CUALES TENGAN PODER DECISORIO".

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de 15 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que denegó las pretensiones de la demanda.



I.- ANTECEDENTES.

I.1.- HORACIO ARROYAVE SOTO, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª: Es nula la actuación administrativa que culminó con el "**Fallo No. 019 de 02 de octubre de 2012 en el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 1739**", proferido por la Gerencia Departamental Colegiada Santander de la Contraloría General de la República, a través del cual se declaró responsable fiscalmente a **HORACIO ARROYAVE SOTO**, en su condición de Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, por la suma de \$737.425.450 M/Cte., correspondiente al daño patrimonial producido al erario.



2ª. Es nulo el **Auto núm. 01 de 22 de enero de 2013, “Por medio del cual se resuelve el recurso de reposición y en subsidio petición de apelación contra el Fallo No. 019 fecha 02 de octubre de 2012 en el proceso de responsabilidad fiscal No. 1739”**, emanado de la mencionada Gerencia, a través del cual se resolvió el recurso de reposición, en el sentido de confirmar el antes citado acto demandado.

3ª. Es nulo el **Auto núm. 000202 de 1º de marzo de 2013, “Por medio del cual se conoce un grado de Consulta y se resuelven sendos Recursos de apelación dentro del PRF- 1739”**, emanado de la Directora de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, mediante el cual se confirmó la decisión anterior.



4ª. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la Contraloría General de la República al pago de los perjuicios materiales y morales, que se representan en el valor de las pretensiones reclamadas, junto con los intereses y frutos generados desde la presentación de la demanda hasta que se profiera sentencia de mérito.

5ª. Que se ordene dar cumplimiento de la sentencia en los términos y condiciones establecidos en el C.P.A.C.A.

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

1º. Mediante Auto núm. 039 de 21 de diciembre de 2009, la Gerencia Departamental de Santander dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal núm. 1739, contra el señor **HORACIO ARROYAVE SOTO**, en su condición de Director Ejecutivo de



CORMAGDALENA, por el presunto incumplimiento del contrato de obra núm. 0086 de 28 de diciembre de 2005.

2º. La Coordinadora (E) de Gestión del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental de la Contraloría, profirió el Auto de Imputación núm. 008 de 27 de febrero de 2012, contra **HORACIO ARROYAVE SOTO** y otros, por un valor inicial, correspondiente al daño fiscal, causado por la suma de \$671'628.902.00, al considerar que se reunían los presupuestos contemplados en el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, teniendo en cuenta la mora en la cual incurrió, por no hacer efectivas las multas y las pólizas que amparaban el citado contrato núm. 00086 de 2005, no declarar la ocurrencia del siniestro por medio de acto administrativo debidamente motivado, frente a los reiterados incumplimientos presentados por el contratista Consorcio del Río Grande, que se concretaron en no cumplir con el cronograma



señalado para las obras de infraestructura, así como para el suministro de la grúa contenedora.

3º. El 16 de abril de 2012, dentro de la oportunidad procesal consagrada en el artículo 50 de la Ley 610 de 2000, se remitió a la Gerencia Departamental de Santander, la respuesta al citado Auto de Imputación, tendiente a demostrar que el actuar del actor fue diligente y oportuno y que la mencionada Corporación no contaba con herramienta alguna para obtener, por vía administrativa, la recuperación de los recursos, ante el incumplimiento del contratista.

4º. El 18 de mayo de 2012, la Gerencia Colegiada Departamental de la Contraloría Departamental de Santander profirió Auto núm. 011, por medio del cual se resolvió sobre la petición de pruebas, las nulidades procesales y reconocimiento de los apoderados de confianza.



Para el efecto, señaló:

“En cuanto al envío por correo electrónico de la Gerencia Departamental - Correo Institucional-, el mismo se hizo en Word, sin firmas, sin presentación personal y menos determinando en sí la veracidad del remitente, bajo los principios que emanan de la Ley 527 de 1999...”

Y rechazó de plano los argumentos defensivos presentados por el demandante, alegando extemporaneidad en la presentación de los mismos, así como de las peticiones elevadas, por haberse recibido el 17 de abril de 2012, esto es, un día después del vencimiento del término legal del traslado.

5º. El día 2 de octubre de 2012, la Gerencia Departamental de Santander de la Contraloría General de la República profirió el **Fallo núm. 019**, a través del cual declaró responsable fiscalmente al actor, en calidad de Director Ejecutivo de la Corporación, de manera solidaria con los demás implicados, por la suma de \$737'425.450.00, por el daño patrimonial producido. Fallo que contiene las mismas



argumentaciones y conclusiones señaladas en el Auto núm. 011 de 18 de mayo de 2012.

6º. Contra el mencionado fallo, se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos, respectivamente, mediante los **Autos núms. 01 de 22 de enero de 2013 y 000202 de 1º de marzo de 2013**, que confirmaron el citado fallo de responsabilidad fiscal núm. 019.

I.3.- A juicio de la actora se violaron los artículos 6º, 13, 29 y 209 de la Constitución Política; 13 de la Ley 446 de 1998; 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 17, 22, 23, 26, 36, 40, 41, 48 y 53 de la Ley 610 de 2000; 5º de la Ley 019 de 10 de enero de 2012; y 252 del C.P.C.

Explicó el alcance del concepto de violación, señalando, en síntesis, lo siguiente:

. FALSA MOTIVACIÓN.



Señaló que el operador fiscal no realizó el ejercicio valorativo de rigor, conforme al artículo 26 de la Ley 610 de 2000, consistente en enfrentar las probanzas incorporadas al instructivo, con el Manual de Funciones de la Jefe de la Oficina Jurídica Asesora de CORMAGDALENA, como único mecanismo viable, que le permitiera deducir si se violentó o no el bloque constitucional y legal aplicable al caso objeto de estudio.

Que, además, se desconocieron los principios de responsabilidad e igualdad por parte del operador fiscal, al no disponer la vinculación de la Jefe de Oficina Jurídica Asesora de CORMAGDALENA, cuyo actuar fue omisivo frente a sus funciones, lo que impidió que por vía administrativa y judicial se reclamaran los recursos de dicha Corporación.

.VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.



Alegó que se violó dicho derecho, toda vez que los autos proferidos durante el trámite del proceso de responsabilidad fiscal no reunieron los presupuestos exigidos en la Ley 610 de 2000, en razón de los vicios, falencias y omisiones que se observaron.

Afirmó que el *Auto núm. 039 de 21 de diciembre de 2009*, que dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal, no reunía los requisitos contemplados en los numerales 2 y 5 del artículo 41 de la Ley 610 de 2000, referidos a los fundamentos de derecho, pues la investigación no comprendió todas las circunstancias de orden fáctico relacionados con el contrato núm. 0086 de 2005 y la identificación de los responsables fiscales, en razón a que no se vinculó a todos los presuntos responsables que, de manera activa, participaron en las resultas del mencionado contrato.

Señaló que en el *Auto núm. 6 de 7 de octubre de 2011*, se dispuso la cesación de la acción fiscal y el consecuente archivo parcial en favor del Consorcio Río Grande, de la Universidad Militar Nueva Granada y



del Ingeniero Enrique Bueno Rey, en su condición de Subdirector de Navegación y Desarrollo Sostenible.

Posteriormente, sin que mediara auto de reapertura de la investigación fiscal, se profirió auto de imputación de responsabilidad fiscal en contra del representante legal de la mencionada Universidad, irregularidad procedimental que fue advertida por la apoderada del actor, pero que no fue aceptada por afirmarse que no tenía un interés jurídico necesario para proponer la nulidad, lo que atenta contra la seguridad jurídica.

Que se demostró sin lugar a equívocos que la apoderada del actor es parte jurídicamente reconocida en el proceso y en tal virtud cuenta con las mismas oportunidades e instrumentos para controvertir las decisiones proferidas a lo largo del procedimiento, sin que alguna de ellas ostente una condición prevalente que limite o restrinja los derechos de los demás sujetos procesales.



Indicó que la demandada profirió el *Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal*, en el que no incluyó a todos los servidores públicos que ejercieron gestión fiscal, concretamente a la funcionaria titular de la Oficina Jurídica Asesora de la Corporación en mención, pese a que contaba desde el inicio de las diligencias fiscales con el acervo probatorio, que demostraba la participación de cada uno de los funcionarios, con lo cual se desconoció el principio de igualdad, que prohíbe al funcionario judicial o fiscal, dar un trato distinto a las personas que se encuentren en un mismo supuesto de hecho.

Así mismo, manifestó que el *Auto núm. 011 de 18 de mayo de 2012* le cercenó el derecho de defensa, toda vez que durante el término del traslado para Alegaciones Defensivas contra el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal, no fueron tenidas en cuenta las argumentaciones presentadas, al desconocer el hecho imprevisto que impidió la entrega oportuna de las mismas y advertir que las



alegaciones deben presentarse dentro del término establecido, sin excepción alguna.

Explicó que las circunstancias que impidieron la entrega oportuna de las alegaciones defensivas se encuentran corroboradas e incorporadas al proceso, según certificación núm. XF-1070-12 de 24 de abril de 2012, suscrita por la Coordinación de Avianca Deprisa, que demuestran fehacientemente la ocurrencia de las condiciones climáticas adversas, reportadas para la ciudad de Bucaramanga, el día 16 de abril del citado año.

Anotó que lo anterior demuestra que la postura adoptada, en el sentido de no tener en cuenta las alegaciones defensivas, estuvo revestida de una rigidez exagerada y que dicho actuar se encuadra en lo que la Jurisprudencia ha denominado EXCESO RITUAL MANIFIESTO, que se caracteriza por el apego del funcionario al cumplimiento de las ritualidades descritas en las normas procesales,



sacrificando el derecho sustancial y, por ende, originando el desconocimiento de los derechos fundamentales.

Que ante la irrazonable rigidez demostrada por el funcionario fiscal, al no aceptar la realización de un hecho de fuerza mayor, se cristalizó el incumplimiento de los términos procesales, al recibirse el escrito de alegaciones y peticiones un día después de su vencimiento.

Expresó que ese injustificado rigor se extendió a desestimar el mecanismo utilizado por la apoderada del actor, esto es, al remitir por el correo institucional de la Gerencia Departamental del ente fiscalizador el 16 de abril de 2012, a las 3:18 p.m., el texto de las exculpaciones en el término legal, sin contar con la firma de la misma.

Señalo que se expidió el **Fallo núm. 019 de 2 de octubre de 2012**, en el que se reiteran y transcriben mayoritariamente las



argumentaciones y conclusiones enrostradas en el Auto núm. 011 de 18 de mayo de 2012 y en el que se desconoce el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en la medida en que en el proceso se encontraban demostrados los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal de la Universidad Militar Nueva Granada, interventora del contrato; sin embargo, el fallador no la encontró responsable fiscalmente, al considerar desvirtuadas las imputaciones en su totalidad.

Que dicha decisión fue confirmada, a través de los ***Autos núms. 01 de 22 de enero de 2013 y 000202 de 1º de marzo de 2013***, por medio de los cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente, interpuestos contra el citado fallo de responsabilidad fiscal, en los que no se aceptaron y descartaron las exculpaciones esgrimidas contra el referido fallo y se realizó un análisis equivocado y distante de la realidad procesal.



Consideró que las alegaciones defensivas contra el Auto de Imputación de Responsabilidad fiscal se presentaron de manera extemporánea, es decir, el 17 de abril de 2012, un día después del vencimiento para su presentación, para lo cual descartó la ocurrencia de un evento constitutivo de fuerza mayor.

I.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Contraloría General de la República, mediante apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Que la demanda carece de fundamento fáctico y jurídico, ya que el demandante está en el deber jurídico de soportar las consecuencias derivadas del fallo con responsabilidad fiscal proferido en su contra.

Manifestó que del análisis del expediente administrativo y particularmente de los actos demandados, se desprende que éstos fueron expedidos con arreglo a las normas y procedimiento relativos



al proceso de responsabilidad fiscal, y que sus fundamentos jurídicos no vulneran normas constitucionales o legales.

Que se respetaron y garantizaron los derechos de las partes intervinientes en sede administrativa referentes a la igualdad, debido proceso, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Que no se cumplió con los requisitos establecidos para solicitar la nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del artículo 138 del C.P.A.C.A.

Frente al cargo de la **falsa motivación**, señaló que lo que se cuestiona, con este cargo, es la no vinculación al proceso de responsabilidad fiscal de la Jefe de la Oficina Jurídica de CORMAGDALENA, para la época de los hechos objeto del proceso de responsabilidad fiscal núm. 1739.



Que existe la imposibilidad legal para el operador fiscal de atender la solicitud de nulidad de cualquiera de los actos expedidos, dentro de dicho proceso, por no encuadrarse dentro de las causales contenidas en el artículo 36 de la Ley 610 de 2000.

Que no existían pruebas que permitieran eximir de responsabilidad al actor y determinar, en su lugar, las de otras personas, de acuerdo con la naturaleza administrativa y resarcitoria del proceso de responsabilidad fiscal.

Que de la lectura de las funciones de la Jefe de la Oficina Jurídica de CORMAGDALENA y las del Director Ejecutivo de dicha entidad, se evidencian diferencias y que, además, no se puede predicar igualdad entre las funciones del actor y la funcionaria Erika Jimena Osorio Cardona, por cuanto las de ésta estaban encaminadas a asesorar y conceptuar sobre las actuaciones que debía ejecutar la Administración en cabeza del Director Ejecutivo, sin que tuviera



facultad decisoria sobre la inversión y la ordenación del gasto de los recursos públicos a cargo de la entidad.

Expresó que si aparentemente se presentaron irregularidades en el desempeño de las funciones de la Jefe de la Oficina Jurídica de la referida entidad, el Director de la misma debió tomar los correctivos del caso con el fin de garantizar el adecuado funcionamiento de la entidad a su cargo, teniendo en cuenta que las presuntas irregularidades se prolongaron en el tiempo. Las faltas endilgadas a la Jefe de la Oficina Jurídica en mención se encuentran bajo la esfera del Derecho Disciplinario, que escapan de las competencias irrogadas por la Constitución Política y la Ley a la Contraloría General de la República, previstas en los artículos 267 y 268 y las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000.

Con relación al cargo de la **violación del debido proceso**, estimó que la Contraloría General de la República, en desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal núm. 1739, garantizó de manera integral el



debido proceso, el derecho de contradicción de las partes, el derecho de defensa, el traslado de todas las pruebas, que se valoraron al momento de decidir el fallo, así como el análisis y decisión de todos los recursos interpuestos por las partes.

Adujo que con los argumentos expuestos en la demanda se desconocen y tergiversan las competencias de la Contraloría General de la República y la finalidad que se persigue con la declaratoria de responsabilidad fiscal, que lejos de ser sancionatoria, busca recuperar los recursos públicos perdidos.

Así mismo, afirmó que resultaba improcedente la aplicación de la reapertura del proceso, porque a la luz de lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la Ley 610 de 2000 no era procedente la figura invocada, además de que el proceso nunca se cerró, pues con ocasión del Auto núm. 0002127 de 20 de diciembre de 2011 se revocaron los artículos, que disponían la cesación de la acción fiscal



en favor de la Universidad Militar Nueva Granada; por consiguiente, el proceso de responsabilidad fiscal continuó contra la Universidad en mención.

Con respecto a la presentación de los argumentos de defensa contra el Auto de Imputación Fiscal, señaló que el actor pretermitió las etapas procesales para tal fin, conforme a lo establecido en el artículo 50 de la Ley 610 de 2000, dado que el mencionado plazo vencía el 16 de abril de 2012 y la apoderada de la parte actora allegó los documentos al despacho de la Gerencia Departamental Colegiada de Santander de la Contraloría General de la República un día después, el 17 de abril de 2012. Máxime cuando ella conocía del contenido del referido Auto de imputación desde el 21 de marzo de 2012, fecha en la que remitió al despacho solicitud de autorización de copias de documentos.



Indicó que las circunstancias, que según el actor, impidieron la entrega de los documentos con los alegatos de defensa y las pruebas que pretendía hacer valer, no constituyen fuerza mayor o caso fortuito, toda vez que el actor podía presentarlos de manera personal, en la sede central de la Contraloría General de la República, ubicada en la ciudad de Bogotá (donde la apoderada tiene su domicilio), dentro del término establecido para tal fin, sin necesidad de requerir exculpaciones por parte de la compañía de mensajería aérea. Argumentos que, a la luz de la normativa vigente para el trámite del proceso fiscal, no podían ser valorados, teniendo en cuenta que la ley no prevé esa situación como causal de justificación ante el agotamiento de los términos procesales.

Y frente al argumento del envío de tales alegatos por medios electrónicos, expresó que no fue posible determinar con veracidad la procedencia en el análisis de los documentos, máxime cuando se enviaron sin firma, en formato Word, que no garantiza la integridad



del contenido, por cuanto permite fácil la modificación del contenido y a que se hizo caso omiso al requerimiento efectuado por el abogado sustanciador del proceso de responsabilidad fiscal núm. 1739, en el sentido de solicitar la remisión de los documentos con “nota de presentación personal y debidamente firmados, preferiblemente en formato PDF”, no obstante que la nota de presentación personal es innecesaria frente al ya existente reconocimiento del poder para actuar, sí se requería la firma del documento y el envío del mismo en un formato que garantizará la integridad de su contenido, verbigracia el formato PDF, TIF, JPG o cualquier otro disponible para tal fin.

Así mismo, puso de presente que no se aportaron pruebas que eximan de responsabilidad al demandante y que permitan determinar que de haber sido valoradas por el sustanciador fiscal, inexorablemente la decisión tomada en sede administrativa habría sido sustancialmente diferente.



Que, por el contrario, sus argumentaciones se encaminaron a endilgar culpabilidades a otros actores, desconociendo la naturaleza eminentemente administrativa y resarcitoria del proceso, en el cual se encontraba actuando, dado que los argumentos puestos de presente contra la Asesora Jurídica de CORMAGDALENA y el interventor del contrato núm. 0086 de 2005, objeto del proceso de responsabilidad fiscal, constituyen faltas disciplinables, que difieren de las competencias irrogadas por la Constitución Política y la Ley a la Contraloría General de la República, establecidas en los artículos 267 y 268 de la Constitución Política, las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, entre otras.

Advirtió que contra el Auto núm. 011 de 18 de mayo de 2011, el actor no interpuso recursos, por lo cual no es dable en sede judicial pretender revivir las etapas del procedimiento administrativo.



Concluyó que el fallo de responsabilidad fiscal cumple con todos los requerimientos formales y sustanciales, e incluye el análisis detallado de las pruebas obrantes en el proceso, con observancia de las normas legales y constitucionales aplicables al caso.

De otra parte, propuso la excepción *"Falta de relación entre la pretensión de nulidad y el concepto de violación"*, por considerar que se presentó una demanda sustancialmente inepta contra los actos acusados, por cuanto para fundamentar las razones por las cuales procedía la nulidad de dichos actos no se hizo un pronunciamiento o ataque serio por la violación de la Ley o la Constitución Política.

Así mismo, se propusieron las excepciones denominadas *"inexistencia de causal para demandar la nulidad del acto administrativo"*, *"falta de sustentación legal y probatoria"* y *"cobro de lo no debido"*.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.



Mediante la sentencia de 15 de octubre de 2014 el Tribunal Administrativo de Santander denegó las pretensiones de la demanda con base en los razonamientos, que pueden resumirse así:

Luego de pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la entidad demandada, que no prosperaron, se refirió al *Primer Cargo-Falsa Motivación*, señalando que en manera alguna la no vinculación de la Jefe de la Oficina Jurídica de CORMAGDALENA constituyó una transgresión a los principios constitucionales invocados, ni puede traducirse en una falsa motivación de los actos acusados, si se tiene en cuenta que en cabeza de dicha funcionaria no recaía la ordenación del gasto, ni la responsabilidad en el manejo de los recursos de la entidad, sino en su Director Ejecutivo, como sujeto de control fiscal, contra el que, en efecto, la Contraloría General de la República, endilgó responsabilidad fiscal, por la negligencia y exagerada benevolencia, en no hacer efectivas las sanciones, que tanto el



contrato, como el ordenamiento jurídico colombiano, en materia de contratación estatal, le daba a la Corporación, lo que originó el desmedro al erario, recursos de la referida entidad que no podían ser manejados de manera ligera, descuidada y atentando directamente contra los fines del Estado, acaeciendo ello en una conducta con connotación de culpa grave, ajustado a las normas referidas a la competencia, al sujeto pasivo del proceso de responsabilidad fiscal y a la finalidad que con éste se persigue.

Expresó que no se puede pretender exonerar de responsabilidad fiscal al Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, a partir de las actuaciones desplegadas por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, pues no estaba radicado en dicha Jefe el deber de tomar las decisiones tendientes a lograr el correcto manejo de los recursos de la entidad; facultad decisoria sobre la inversión y el gasto de los recursos públicos a cargo de la entidad, que sí tenía su Director Ejecutivo. Por lo tanto, no resulta predicable desconocimiento alguno



al principio de igualdad alegado, pues contrario a lo considerado por el actor, no estaban en el mismo supuesto de hecho.

Manifestó que estando “en cabeza” de la Contraloría establecer la responsabilidad, que se derive de la gestión fiscal e imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso y como quiera que el Director Ejecutivo de CORMAGDALENA es sujeto de control fiscal y no así la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, no se observa que se le imponga el deber al ente de control fiscal de vincular a esta última al proceso de responsabilidad fiscal, dado que la finalidad de este proceso no es otra que la de determinar y establecer la responsabilidad de los particulares, entre otros, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado, presupuestos que no resultan predicables de la persona respecto de quien se solicitó la vinculación.



Que, además de lo anterior, tal vinculación no constituía el único mecanismo viable que le permitiera a la Contraloría deducir si se violó el bloque de constitucionalidad y legal aplicable al caso, pues fue el caudal probatorio, que hizo parte del referido proceso, el que permitió encontrar configurada la responsabilidad declarada en contra del Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, para lo cual fue considerada la injerencia que pudo tener en las decisiones adoptadas por éste; sin embargo, es por razón de la responsabilidad directa en las disposiciones contractuales, su permisibilidad en los reiterados incumplimientos del contratista y la no atención de las sugerencias de la Interventoría, que se predicó el origen del desmedro de las finanzas de la empresa, dado que comprometió recursos públicos, lo que desencadenó finalmente en la declaratoria de responsabilidad.

Con relación al *Segundo Cargo*, estimó que no se encuentra acreditada la violación al debido proceso del actor.



Frente al *Auto núm. 039 de 21 de diciembre de 2009* (auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal), advirtió que los requisitos contemplados en los numerales 2 y 4 del artículo 41 de la Ley 610 de 2000 han de entenderse satisfechos, a partir de la lectura que del mencionado auto se efectúa. Que desconoce el Tribunal las circunstancias de orden fáctico relacionadas con el contrato núm. 0086 de 2005, que fueron omitidas en el auto de apertura y que ante su ausencia resultaba viciado. Que, además, la vinculación de la Jefe de Oficina Jurídica no era imperativa para la Contraloría, ni puede constituirse en causal de ilegalidad del acto administrativo demandado, razón por la cual tampoco existe el vicio endilgado en contra del Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal.

Sobre la irregularidad procedimental alegada respecto al *Auto núm. 6 de 7 de octubre de 2011* (que dispuso la cesación de la acción fiscal y, en consecuencia, el archivo parcial en favor del representante legal de la Universidad Militar Nueva Granada), consistente en que sin que mediara auto de reapertura de la investigación fiscal, en forma



posterior al referido auto núm. 6, se profirió auto de imputación de responsabilidad fiscal, en contra del mismo, estimó que ello no constituye irregularidad, pues contra el mencionado auto de cesación de la acción fiscal procedió el grado de consulta, conforme lo señala el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, en virtud de lo cual se profirió el Auto núm. 002127 de 20 de diciembre de 2011, que no confirmó el citado Auto núm. 6, razón por la cual debía entenderse que la Universidad Militar Nueva Granada seguía vinculada al proceso de responsabilidad fiscal y, por ende, resultaba procedente la imputación efectuada en su contra, sin que mediara auto alguno de “reapertura”.

En lo concerniente al *Auto núm. 011 de 18 de mayo de 2012*, expresó que contra las decisiones allí adoptadas, referidas a la negativa de decreto de pruebas y de prosperidad de las nulidades procesales- *negativa originada de la no presentación dentro del término legal de las exculpaciones defensivas-*, resultaban procedentes los recursos de reposición y apelación, los cuales no



fueron agotados por el actor, adquiriendo firmeza las decisiones en aquel contenidas. Posición que pese a ser mantenida por el ente de control fiscal en los actos acusados, fue estudiada para concluir que no se cumplieron los presupuestos de validez del eximente “fuerza mayor” alegado.

Con relación a la certificación expedida por la empresa de mensajería, indicó que el factor climático y el cierre del aeropuerto no configuran la causa extraña, en la modalidad de fuerza mayor invocada por la parte actora, pues “tan no fue imprevisible” que estableció contacto con la Gerencia Departamental y envió un correo electrónico solicitando que se le adjudicara un radicado para remitir las alegaciones, el cual fue respondido en la misma fecha y se le indicaron las condiciones que debía tener el documento que se iba enviar, para ser admitido. Sin embargo, el mensaje electrónico enviado no permitió ser debidamente aceptado, conforme le fue requerido, por carecer de firma; fue enviado en un formato que no



garantizaba la integridad el documento (Word) y que no permitía determinar la veracidad del remitente, conforme a la Ley 527 de 1999, y como consecuencia de ello fue considerado como presentado extemporáneamente dicho escrito de alegaciones, por no proceder en los términos indicados, y, por consiguiente, fue rechazado.

Estimó que la Contraloría pese a no tener en cuenta el escrito contentivo de la respuesta al auto de imputación, sí efectuó un análisis de los argumentos referidos a la vinculación de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica- en lo que se fundamentó la nulidad procesal invocada-, a los actos administrativos por aquella proyectados, a la vigencia de los amparos contractuales, a la oposición a los tiempos de aprobación ampliados y las acciones presupuestales al contrato con visto bueno de la Interventoría y a la reapertura del proceso fiscal, argumentos que corresponden a los esbozados en el escrito de exculpaciones defensivas presentadas contra el auto de imputación y cuyo desconocimiento predica el actor, por lo que aún, aceptándose en gracia de discusión, la irregularidad endilgada contra el actor, en



el mencionado Auto núm. 011, no se tradujo en violación a su derecho de defensa, pues, finalmente, dichos argumentos fueron considerados por el operador fiscal. Cosa distinta es que no hayan tenido asidero para éste, lo que no constituye la violación del debido proceso alegada.

Que el decreto de las pruebas solicitadas en el escrito de alegaciones defensivas resultaba de tal importancia, que de haberse procedido a ello y efectuado la valoración de las mismas, la decisión que finalmente la Contraloría adoptó sería otra.

Al respecto sostuvo el a quo que el análisis probatorio que se efectuó en la demanda, frente a la decisión de fallar sin responsabilidad fiscal en favor de la Universidad Militar Nueva Granada, no puede constituir el fundamento de la no responsabilidad fiscal declarada en contra del actor y traducirse en la nulidad de los actos acusados, pues lo que le correspondía al demandante no era acreditar que otros sujetos fiscales eran responsables y que, por ello, debía emitirse un fallo en



su contra, sino que el análisis debía enfocarse en que no existía responsabilidad fiscal imputable a él de manera directa y que debía exonerársele, lo cual no tuvo lugar.

Por último, señaló que se garantizó el derecho al debido proceso del actor y que los argumentos de no aceptación de las exculpaciones esgrimidas contra el fallo de responsabilidad fiscal, así como la no vinculación de la Jefe de Oficina Jurídica de CORMAGDALENA, no acarrear la nulidad de los actos demandados, como se pretende en la demanda, ni la violación del debido proceso.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El actor fincó su inconformidad, en esencia, así:

En relación con el *primer cargo*, el Tribunal consideró que el demandante como Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, por ser el ordenador del gasto y tener el poder decisorio sobre los recursos de



la Corporación era sujeto de control fiscal, situación que no era predicable de la Jefe de la Oficina Jurídica, ya que la actividad desplegada por ésta no podía encuadrarse en la denominación de gestión fiscal.

Que tal acerto tiene como marco jurídico y jurisprudencial el artículo 1º de la Ley 610 de 2000 y la sentencia de la Corte Constitucional C-840 de 2001, la cual declaró exequible condicionalmente el aparte subrayado del citado artículo, que es del siguiente tenor: *“El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”*



Sobre este aparte dijo la Corte Constitucional: *“El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gastos, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales, que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.”*

Que a las Contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al



patrimonio del Estado por acción u omisión, o produzcan directamente o contribuyan o concurran a la materialización del detrimento al patrimonio público, tanto en forma dolosa, como culposa.

Posteriormente, señaló que teniendo en cuenta los artículos 1º, 3º, 4º y 6º de la Ley 610 de 2000, del antecedente jurisprudencial y del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, es viable imputar responsabilidad fiscal, no sólo a quienes despliegan actividades que comportan “gestión fiscal o con ocasión de ésta”, sino que es extensiva a quienes “contribuyan o concurran al detrimento al patrimonio público”.

Adujo que al realizar el cotejo entre las obligaciones legales impuestas por el Manual de Funciones a la Oficina Jurídica de CORMAGDALENA y las desplegadas con ocasión al citado contrato núm. 0086 de 2005, se establece con claridad que dicha Oficina no



asesoró en debida forma al Director Ejecutivo y al supervisor del contrato sobre la imposición de multas y sanciones frente al contratista incumplido, al conceptuar que dichos mecanismos no eran procedentes; preparó y proyectó la declaratoria de caducidad del referido contrato, a pesar de que el plazo se encontraba vencido desde el 26 de junio de 2007; no tuvo control, supervisión y seguimiento de las pólizas contractuales, pues los amparos de anticipo y cumplimiento vencieron el 20 de octubre de 2007; proyectó el acto liquidatorio unilateral sólo hasta febrero de 2009, el cual no se notificó en debida forma, razón por la cual el referido acto nunca adquirió ejecutoria y ejecutividad.

Indicó que las referidas omisiones y equivocaciones realizadas por la Jefe de la Oficina Jurídica acarrearán una serie de consecuencias, conforme lo advierte el principio de responsabilidad, consagrado en el artículo 6º de la Constitución Política, máxime cuando tales comportamientos son determinantes en el daño ocasionado al erario.



Que el citado principio tiene íntima relación con los artículos 3º y 4º de la Ley 610 de 2000, pues está plenamente demostrado que las actividades jurídicas comportaron gestión fiscal y, en tal virtud, debe responder por los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa.

Estimó que con el análisis de dichos preceptos legales y del antecedente jurisprudencial se demuestra palmariamente que la Oficina Jurídica de CORMAGDALENA sí era sujeto de control fiscal, en la medida que la actividad jurídica si comportó gestión fiscal o se realizó con ocasión de ella, o contribuyó con sus actuaciones a la materialización del daño.

Manifestó que el proceso de responsabilidad fiscal núm. 1739 le endilgó responsabilidad fiscal a **HORACIO ARROYO SOTO**, en su condición de Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, y otros



funcionarios, por considerarlo *“el directo responsable del incumplimiento contractual, dado que lo que se imputa es la falta real del uso de los elementos jurídicos que el Estatuto de Contratación Estatal y demás normas complementarias daban a la entidad de proteger los intereses económicos en caso de contratistas incumplidos”*, pero no se ocupó de establecer cuáles fueron las razones que impidieron que el Director de dicha Corporación, de una manera oportuna, hiciera uso de los mecanismos y herramientas consignadas en el documento contractual, cuáles fueron la incidencias que se generaron como producto de declarar la caducidad del contrato, aún vencido el plazo contractual, por qué circunstancias la Oficina Jurídica y la interventoría no velaron para que las pólizas contractuales conservaran su vigencia hasta la liquidación del contrato; en síntesis, la autoridad fiscal sólo se ocupó del resultado producido: el daño por el daño mismo, sin consideración de esos motivos determinantes.



Expresó que al instructivo fiscal se incorporó un abultado número de piezas procesales relacionadas con la actividad desplegada por la Oficina Jurídica de CORMAGDALENA, con relación al contrato núm. 0086 de 2005, las cuales no formaron parte del grupo probatorio sometido a valoración. Omisión que implicó la violación del artículo 26 de la Ley 610 de 2000- valoración integral de pruebas-.

De las referidas pruebas se establece con claridad meridiana que la Oficina Jurídica no asesoró en debida forma al Director Ejecutivo y al supervisor del contrato, sobre la imposición de multas y sanciones frente al contratista incumplido; al conceptuar que dichos mecanismos no eran procedentes, tomó la decisión incorrecta de proyectar un acto administrativo de caducidad frente a un acto contractual con el plazo de ejecución vencido, no tuvo control, supervisión y seguimiento de las pólizas contractuales, pues éstas vencieron el 20 de octubre de 2007, por falta de seguimiento, razón



por la cual la Corporación en mención quedó desprovista de los mecanismos que le permitieran el recaudo de los fondos invertidos.

Que, además, declaró la ocurrencia del siniestro para hacer valer la cláusula penal pecuniaria, olvidando que ésta se encontraba recogida en la póliza de cumplimiento, pero ésta última estaba vencida.

Que, por consiguiente, el operador fiscal contaba con los elementos de juicio necesarios para vincular a Erika Osorio, responsable en buena parte del detrimento patrimonial de la Corporación en mención.

Adujo que el fallador de primera instancia, al igual que el operador fiscal, no realizaron en manera alguna el estudio, cotejo y valoración del material probatorio; que el a quo sólo se limitó a transcribir lo expuesto por el ente fiscal en sus autos, razón por la cual es viable predicar que se configuró la causal de nulidad de falsa motivación, en



la medida en que la Contraloría omitió tener en cuenta hechos que estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados, habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

En relación con el *segundo cargo*, advirtió que en el *Auto núm. 039 de 21 de diciembre de 2009*, se excluyeron todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que comprenden los aspectos fácticos, y que guardan relación con las actividades desplegadas por la Jefe de la Oficina Jurídica relacionadas con el contrato núm. 086 de 2005 y su falta de vinculación al proceso de responsabilidad fiscal, cuando se ha demostrado que era ella quien tenía la competencia funcional de realizar y acometer ciertos diligenciamientos de asesoría, control y vigilancia de dicho contrato.

Indicó que las equivocaciones y omisiones en las que incurrió la Jefe de la Oficina Jurídica tuvieron incidencia en la responsabilidad del Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, ya que éste incurrió en error



manifiesto, inducido por aquella funcionaria, teniendo en cuenta que aquel siempre tuvo la absoluta convicción de que su actuar tenía pleno respaldo legal y jurídico, pues él le había depositado plena confianza y credibilidad en todas las actuaciones producidas por dicha dependencia, que de haber sido comprendidas o sospechadas las irregulares oportunamente, hubiera utilizado los mecanismos para remediar dicha situación.

Con relación al *Auto núm. 6 de 7 de octubre de 2011*, que dispuso la cesación de la acción fiscal y el consecuente archivo parcial en favor del Consorcio Río Grande, de la Universidad Militar Nueva Granada y del Ingeniero Enrique Bueno Rey, en su condición de Subdirector de Navegación y Desarrollo Sostenible; y el hecho de que posteriormente se profirió auto de imputación de responsabilidad fiscal en contra del representante legal de la mencionada Universidad, sin que mediara auto de reapertura de investigación, advirtió que este aspecto no seguía siendo objeto de reproche, en



cuanto reconoció que a través de Auto núm. 002127 de 20 de diciembre de 2011 se ordenó revocar los artículos tercero y cuarto del auto núm. 6 de 7 de octubre de 2011, por los cuales se ordenó la cesación de la acción en contra de la mencionada Universidad.

Pero, reiteró que sí le asistía interés jurídico necesario para proponer la nulidad, por cuanto es parte jurídicamente reconocida en el proceso y, en virtud de ello, cuenta con las mismas oportunidades e instrumentos para controvertir las decisiones proferidas a lo largo del procedimiento.

Sobre el *Auto núm. 011 de 18 de mayo de 2012*, manifestó que la premisa esbozada por la Contraloría, para rechazar el correo electrónico de 16 de abril de 2012, a través del cual se enviaron los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto de imputación de responsabilidad, difiere y se aparta totalmente de lo establecido en la ley de comercio electrónico, ya que este



instrumento establece las bases para conceder eficacia a los mensajes de datos. Aspectos que fueron desconocidos por el operador fiscal. Por tal razón, transcribió los artículos 2º, 7º, 10 y 11 de la Ley 527 de 18 de agosto de 1999; y 252 del C. de P.C.

Así mismo, trajo a colación la sentencia T-268 de 2010 de la Corte Constitucional, que señaló que la autenticidad de un documento se puede establecer o derivar cuando existe certeza de la persona que lo ha elaborado, o de la persona que lo ha manuscrito o de quien ha incorporado en él su firma.

Sostuvo que la firma de un documento no es el único medio o forma que conduce al reconocimiento de la certeza sobre la autoría de un documento, que existen otros medios como las marcas, las improntas o cualquier señal física y/o electrónica. Que de la presencia de otros elementos diferentes a la signatura es posible establecer que "su elaboración corresponde a quién se reconoció como defensor del



encausado” y que el incumplimiento de una firma no afecta la autenticidad, validez y fuerza probatoria de los actos procesales.

Alegó que teniendo en cuenta lo anterior, el operador fiscal podía identificar con absoluta certeza a la creadora del memorial sin firma, remitido por internet al correo institucional de la Gerencia Departamental, vale decir, identificar que en efecto fue elaborado por la apoderada del actor.

Así mismo, reiteró los argumentos expuestos en la demanda sobre el documento físico que fue enviado por Avianca, entregado el 17 de abril de 2012, un día después del vencimiento del término para su presentación, por problemas invernales.

Reiteró las argumentaciones señaladas en la demanda con respecto al **Fallo núm. 019 de 2 de octubre de 2012**, y los **Autos núms. 01 de 22 de enero de 2013 y 000202 de 1º de marzo de 2013**.



En lo relacionado con la exclusión de la interventoría, señaló que no debió ser excluida del proceso de responsabilidad fiscal, toda vez que contribuyó en buena medida con las irregularidades acaecidas en el contrato núm. 0086 de 2005, las cuales tuvieron una notable incidencia en las decisiones del Director Ejecutivo de CORMAGDALENA.

Anotó que el hecho de que el Director en mención sea ordenador del gasto no implica per se que sobre él recaiga toda la responsabilidad, máxime cuando no fue asesorado en debida forma e inducido en error, frente a las irregularidades antes señaladas.

Concluyó que las anteriores argumentaciones permiten demostrar que los autos cuestionados en el transcurso del proceso de responsabilidad fiscal se encuentran comprometidos, en la medida en que no reunieron los presupuestos indicados en la Ley 610 de 2000 y



al no otorgar validez y valor probatorio a las alegaciones defensivas, concretándose violación de la ley de comercio electrónico y la desvinculación de la interventoría ejercida por la Universidad Militar Nueva Granada, por consiguiente, en efecto se concretó la violación del debido proceso del actor y la prosperidad de la segunda causal de nulidad invocada.

IV.- ALEGATO DE CONCLUSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

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

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad del "**Fallo No. 19 Fecha 02 de octubre de 2012 en el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 1739**", proferido por la Gerencia Departamental Colegiada Santander de la Contraloría General de la



República, a través del cual declaró responsable fiscalmente a **HORACIO ARROYAVE SOTO**, en su condición de Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, por la suma de \$737.425.450 M/Cte., correspondiente al daño patrimonial producido al erario; del **Auto núm. 01 de 22 de enero de 2013, “Por medio del cual se resuelve el recurso de reposición y en subsidio petición de apelación contra el Fallo No. 019 fecha 02 de octubre de 2012 en el proceso de responsabilidad fiscal No. 1739”**, emanado de la mencionada Unidad, a través del cual se resolvió el recurso de reposición, en el sentido de confirmar el antes citado acto demandado, y del **Auto núm. 000202 de 1º de marzo de 2013, “Por medio del cual se conoce un grado de Consulta y se resuelven sendos Recursos de apelación dentro del PRF-1739”**, expedido por la Directora de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, que al resolver el



recurso de apelación, confirmó el antes citado fallo con responsabilidad fiscal.

Se observa que la Contraloría demandada expidió los actos administrativos acusados, como resultado del proceso de responsabilidad fiscal adelantado contra el actor, en su condición de Director Ejecutivo y representante legal de CORMAGDALENA, “por la mora que tuvo al decidir realizar las acciones contractuales que garantizaban a la Corporación hacer efectivas o afectar las pólizas, con la declaratoria de siniestro, por medio de acto administrativo debidamente motivado”, por “su exagerada compasión y extralimitación de comprensión, se desencadenó en la pérdida que tuvo el erario, patrimonio público que como recursos de la Corporación, no podían ser manejados de manera ligera, descuidada y atentando directamente contra los fines de Estado”, “máxime cuando él como ordenador del gasto y junto al visto bueno de la



interventoría, ordenó el desembolso de la segunda mitad del valor de la grúa, antes que la misma fuese entregada en debida forma”.

Se le imputó la conducta a título de culpa grave y se le indicó que el nexo de causalidad estaba claramente determinado, en razón a que su negligencia y exagerada benevolencia, en no hacer efectivas las sanciones, originó el desmedro al erario y su omisión generó el daño al patrimonio público.

Los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente, en el escrito de apelación, reiteran los argumentos expresados en los cargos de la demanda, los cuales se pueden resumir en: *"FALSA MOTIVACIÓN"* y *"VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO"*, por lo que la Sala procederá a examinarlos, en aras de establecer la legalidad de los actos demandados.

FALSA MOTIVACIÓN.



El recurrente adujo que el operador fiscal omitió realizar la valoración integral de las pruebas, conforme al artículo 26 de la Ley 610 de 2000, toda vez que no tuvo en cuenta las relacionadas con las actividades desplegadas por la Jefe de Oficina Asesora de Jurídica de CORMAGDALENA, con ocasión de la ejecución del contrato núm. 0086 de 2005, suscrito entre dicha Corporación y el Consorcio Río Grande, que demostraban que las omisiones y equivocaciones cometidas por ella, al asesorar al Director Ejecutivo de dicha entidad, acarrearán una serie de consecuencias, de acuerdo con el principio de responsabilidad, consagrado en el artículo 6º de la Constitución Política, y que son determinantes en el daño ocasionado al erario.

Según su criterio, las actividades jurídicas realizadas por la mencionada Jefe sí comportan gestión fiscal y, en tal virtud, debía ser vinculada al proceso de responsabilidad fiscal y responder por los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la



conducta dolosa o culposa, razón por la cual no le asistió razón al fallador de primera instancia, al sostener que ella no era sujeto de control fiscal y que las actividades desplegadas por ella no podían ser encuadradas como gestión fiscal.

Que se configuró la causal de nulidad de falsa motivación, en la medida en que la Contraloría omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados, habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

En primer término, debe dilucidar la Sala, si las actividades desplegadas por la Jefe de la Oficina Jurídica Asesora de CORMAGDALENA, respecto del contrato núm. 0086 de 2005, suscrito entre dicha Corporación y el Consorcio Río Grande comportan gestión fiscal, vale decir, sí era sujeto de control fiscal.

En tratándose del alcance del concepto de gestión fiscal y de los sujetos pasivos del proceso de responsabilidad fiscal, es preciso



traer a colación la sentencia de 26 de agosto de 2004 de esta Sección (Expediente núm. 05001-23-31-000-1997-2093-01, Actor: Luis Carlos Ochoa y Norma Amparo Valencia Osorio, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la que se señaló:

“Cabe señalar que la Ley 42 de 1993, a diferencia de lo que sucede con la Ley 610 de 2000, no consagra una definición de gestión fiscal; empero nada impide a la Sala acudir al concepto que sobre el tema trae la referida Ley 610 **“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”**.

“El artículo 3º de dicha Ley prevé:

*“Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, **se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”**.*

De la definición transcrita deduce la Sala que **el sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal son los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado.**

Es oportuno traer a colación apartes de la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de algunas normas de la mencionada Ley:

“(…)

3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.

Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la **noción de gestión fiscal**... 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. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

*Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, **tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores.** Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólidum o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. **Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares¹, sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.***

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la

¹ Tal como ocurre en relación con los empleados de las empresas de servicios públicos mixtas; y de las empresas de servicios públicos privadas que incorporen aportes estatales. (arts. 14, numerales 6 y 7, y 41 de la ley 142/94).



condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.

4. El proceso de responsabilidad fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicán de las contralorías territoriales (art. 272, inc. 6º C.P.).

Conforme a lo anterior, las competencias que asisten a todas las contralorías se expresan a través de dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos deba darse necesariamente en todos los casos. Es decir, en un primer momento las contralorías realizan el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal seleccionados. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de daño fiscal, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal. El cual, en todo caso, está sujeto a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción.

Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido **de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos**².

El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa;³ de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el

² Op. Cit. SU 620 de 1996

³ Ciertamente, la Corte ha entendido que los órganos de control llevan a cabo una administración pasiva que consiste en la verificación de la legalidad, eficacia y eficiencia de la gestión de la administración activa, esto es, aquella que es esencial y propia de la rama ejecutiva, aunque no exclusiva de ella, pues los otros órganos del Estado también deben adelantar actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines. En este sentido, "la atribución de carácter administrativo a una tarea de control de la Contraloría no convierte a esa entidad en un órgano de administración activa, puesto que tal definición tiene como único efecto permitir la impugnación de esa actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...) Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la administración activa." Sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también Op Cit. SU 620 de 1996, C-540 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara

resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso⁴ según voces del artículo 29 Superior.

(...)

Frente al tema en estudio resulta ilustrativo el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, expresado dentro del Radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003, Consejero ponente doctor Flavio Rodríguez Arce), en el cual se precisó lo siguiente:

(...)

Control y gestión fiscal. Responsabilidad fiscal.- El control fiscal es una función pública que tiene por objeto la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, ejercida por la Contraloría General de la República⁵, las contralorías

⁴ En la sentencia varias veces citada SU 620 de 1996 se establece el alcance del derecho al debido proceso en el proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos: "la norma del artículo 29 de la Constitución es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y no ser juzgado dos veces por el mismo hecho."

⁵ El artículo 119 constitucional señala que "La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración". En la Asamblea Nacional Constituyente. Informe – ponencia se precisó que "...la función fiscalizadora es de interés primordial del Estado, en cuanto tiene que ver con el correcto manejo de las finanzas públicas que son objeto de su atención. Los caudales o recursos que tienen las actividades gubernamentales provienen del pueblo y a él deben revertir en forma de servicios. (...) la Contraloría representa a la sociedad en cuanto que es ella la titular de sus finanzas en último término, pues en principio lo son del Estado. Vela porque los recursos

territoriales y la Auditoría General, que se cumple mediante el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley (art. 267 de la C.P.).

Para el cumplimiento de esta función, se asigna a los organismos de control la atribución de establecer **la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal**, imponer las sanciones que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma (art. 268.5 de la C.P.).

Para deducir responsabilidad fiscal, es preciso que la conducta reprobable se haya cometido en ejercicio de la gestión fiscal, definida en el artículo 3° de la ley 610 de 2000 así:

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

De ésta definición legal de gestión fiscal ⁶, armonizada con las disposiciones siguientes de la ley 610 y dada su inescindible interrelación, se desprenden múltiples consecuencias: determina el objeto de la gestión; se tiene en cuenta para establecer el alcance, objeto y elementos de la responsabilidad fiscal, esto es, el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal (arts. 4º y 5º), así como la causación de un daño patrimonial al Estado producida por una **gestión fiscal** antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna (art. 6º). ⁷

Así mismo, sirve para estructurar el concepto de proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías

⁶ Sobre el concepto de gestión fiscal, esta Sala expresó en la Radicación No 848 de 1996 : “Gestión fiscal es, entonces, **el conjunto de actividades económico jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo, o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de éste y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado.** Dentro del género de entidades públicas queda comprendido el Banco de la República.” Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C- 529 de 1993 señala: “...**el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición.**” Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración (Ley 42 de 1993, arts. 8º a 13)”.

⁷ Sent. C- 840/01: “...**el circuito de la gestión fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado.** Criterios éstos que en lo pertinente cobijan a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado (...) Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, **tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores.** Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólidum o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente.” (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, **cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta causen, por acción u omisión, un daño al patrimonio del Estado** (art. 1º).⁸

La acción fiscal cesará cuando se demuestre que el hecho no comporta el ejercicio de gestión fiscal y, por tanto resulta procedente dictar auto de archivo del proceso de responsabilidad fiscal (arts. 16 y 47); sin embargo, de existir efectiva lesión al patrimonio del Estado, habrá lugar a exigir la correspondiente responsabilidad patrimonial por otra vía, como se verá más adelante.

En consecuencia, se deduce responsabilidad fiscal por la afectación del patrimonio público en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos o los particulares que administren o manejen bienes o recursos públicos. Al respecto la Corte Constitucional, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1º⁹ de la ley 610, señaló:

⁸ Sent. C- 840/01: “Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos Op. Cit. SU 620 de 1996. (...) la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, **dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos**; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso.” // V. sent. C- 477/01. (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

⁹ “Artículo 1º. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.” (El aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible en la sentencia C- 840/01)



“El sentido unitario de la expresión **o con ocasión de ésta** sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de **gestión fiscal**, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.

De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de la tipicidad de la infracción. De suerte tal que sólo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado.

Una interpretación distinta a la aquí planteada conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las



competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidades que informan la gestión fiscal y sus cometidos institucionales.

Consecuentemente, **si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa.** Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. **Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.** (Negrillas y subrayas son del texto)

De conformidad con el antecedente jurisprudencial antes transcrito, la Contraloría General de la República, como ente de control fiscal,



tiene que identificar a quiénes ejercen *gestión fiscal* dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores o particulares.

Para establecer la responsabilidad fiscal, se requiere examinar si la conducta comporta *gestión fiscal* o guarda alguna relación de conexidad con ésta.

La responsabilidad fiscal se deduce por la afectación del patrimonio público, tanto en forma dolosa como culposa, en desarrollo de actividades propias de la *gestión fiscal*¹⁰ o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos y particulares, que *manejen o administren bienes y recursos del Estado*.

Vale la pena puntualizar, que la responsabilidad fiscal debe necesariamente recaer sobre el *manejo o administración de bienes*

¹⁰ Actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, 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.



y recursos o fondos públicos, y respecto de los servidores públicos y particulares que tengan a su cargo bienes o recursos del Estado, sobre los cuales tengan capacidad o poder decisorio.

En el sub lite, de conformidad con el Manual de Funciones de CORMAGDALENA (Acuerdo de la Junta Directiva núm. 111 de 12 de noviembre de 2004¹¹), la Jefe de Oficina Asesora de Jurídica de dicha entidad tiene las siguientes funciones:

- “1. **Asesorar** Jurídicamente a la Junta directiva, el Director Ejecutivo y a las diferentes dependencias de la Corporación y solucionar los asuntos de carácter jurídico, y conceptuar acerca de los aspectos que sobre el particular le sean planteados.
2. Adelantar de manera eficiente la defensa jurídica de los intereses de la entidad y para el efecto deberá entre otras, representar judicial y extrajudicialmente a la Entidad en los procesos y actuaciones que se instauren en su contra o que ésta deba promover mediante poder que le otorgue el Director de la Corporación o por delegación de éste; supervisar el trámite de los mismos y mantener informado al Director y a las entidades competentes sobre el estado de cada uno de los procesos y actuaciones.

¹¹ El Acuerdo en mención fue consultado en la página web de dicha entidad.



3. **Absolver las consultas** que, en materia jurídica, le formulen a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena.
4. Realizar estudios e investigaciones, tendientes a mantener las normas relacionadas con asuntos de competencia de la Corporación y participar en los eventos que se programen internamente o por otras entidades públicas o privadas en los cuales se promueva la difusión de normas que incidan en el desarrollo de las funciones de la Corporación.
5. **Revisar y conceptuar** sobre los actos administrativos que sean sometidos a su consideración por el Director de la Corporación o por las dependencias de la misma y preparar los proyectos de actos administrativos que le sean solicitados.
6. Brindar el soporte legal interno que requieran las dependencias de la Corporación, en especial en la elaboración de las respuestas a los derechos de petición y tutelas y en las acciones administrativas, y emitir los conceptos jurídicos que le sean solicitados.
7. Presentar los informes que le sean solicitados sobre el desarrollo de sus funciones.
8. Asesorar y conceptuar jurídicamente sobre los pliegos de condiciones y términos de referencia para las licitaciones y concursos de méritos que se determinen para la escogencia de contratistas.
9. Tramitar el registro y custodiar los títulos por los cuales la entidad adquiere o enajena inmuebles y de las servidumbres que afectan predios de propiedad de terceros.
10. Ejercer la jurisdicción coactiva para el cobro de cuentas por concepto de las deudas a favor de la Corporación, de acuerdo con las normas sobre la materia.
11. **Asesorar** al Director Ejecutivo en la Imposición de las sanciones y multas por violaciones a la normatividad, conforme a la ley o los reglamentos.
13. Apoyar el trámite contractual para las concesiones portuarias.



13. **Revisar, conceptuar** y custodiar los contratos y convenios que en desarrollo del objeto de la corporación se suscriban.
14. Responder y hacer seguimiento a las tutelas interpuestas contra la Corporación.
15. Responder por el cumplimiento de todos y cada uno de los requerimientos y formalidades legales que determine el Régimen de contratación en la celebración de contratos y convenios.
16. Coordinar la consolidación y preparación de los informes que la Corporación deba suministrar en forma periódica a otras entidades, en los temas que le correspondan a la dependencia.
17. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo." (Negrillas son del texto)

Al revisar detenidamente las funciones asignadas a la Jefe de la Oficina Asesora en mención, se observa que no encajan dentro del concepto de gestión fiscal, por no estar referidas a la ordenación, control, dirección, administración y manejo de los bienes o recursos de la entidad, o por no implicar poder decisorio sobre dichos bienes o fondos.

Además, debe señalarse que la misma denominación del referido cargo "*Jefe de Oficina **Asesora** de Jurídica*", es la que indica que



éste tiene relación con funciones de asesoría, de conceptuar, absolver consultas y brindar soporte legal, pero no involucra poder decisorio sobre bienes o recursos del Estado, elemento necesario para pregonar responsabilidad fiscal.

Al respecto, se debe precisar que si bien es cierto que la Jefe de Oficina Asesora de Jurídica de CORMAGDALENA desplegaba actividades jurídicas con relación al contrato núm. 0086 de 2005, éstas no se encontraban relacionadas o comportaban *gestión fiscal*, pues dentro de las funciones aplicables a ella no tenía las de manejo, administración, dirección o disposición de los recursos de la entidad, conforme se dijo anteriormente.

De ahí que tampoco tuviera manejo o administración de los recursos del citado contrato núm. 0086 de 2005, suscrito por la referida Corporación con el Consorcio Río Grande.



Por consiguiente, las omisiones y equivocaciones cometidas por ella, al asesorar al Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, sobre la imposición de multas y sanciones frente al contratista incumplido, la caducidad, y supervisión y seguimiento de las pólizas contractuales, si bien podrían acarrear una acción disciplinaria, pues las mismas podrían estar relacionadas con el incumplimiento u omisión de sus deberes, contenidos en el Manual de Funciones aplicable a su cargo, no generan consecuencias desde el ámbito de la responsabilidad fiscal.

Al estar ausente la gestión fiscal, elemento vinculante y determinante para establecer la responsabilidad fiscal, en las actividades desplegadas por la Jefe de Oficina Asesora de Jurídica de CORMAGDALENA, con relación al referido contrato, no podía la Gerencia Departamental Colegiada Santander de la Contraloría General de la República, vincularla al proceso de responsabilidad fiscal.



En segundo lugar, debe la Sala señalar, conforme lo indicó el fallador de primera instancia, que en manera alguna las omisiones y equivocaciones cometidas por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA, al asesorar al Director de dicha entidad, pueden exonerarlo de su responsabilidad fiscal.

En efecto, el mencionado Director, al tener la condición de representante legal y de ordenador del gasto de CORMAGDALENA, y las funciones de *“expedir los actos administrativos que le correspondan de acuerdo con la Ley, el Código Contencioso Administrativo y demás normas concordantes y decidir sobre los recursos legales que se interpongan contra los mismos”* y *“Administrar y velar por la adecuada utilización de los bienes y fondos que constituyen el patrimonio de la Corporación, garantizando la racionalidad en la misma”*, tenía la ordenación, control, dirección, administración y manejo de los bienes y recursos o fondos de la



entidad, en sus diferentes etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición, así como la *responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26, numeral 5, de la Ley 80 de 1993.*

Y como tal, estaba llamado, en el caso bajo examen, a ejercer las acciones contractuales que garantizaban a la entidad hacer efectivas las pólizas, con la declaratoria del siniestro, a través de acto administrativo motivado, y a orientar y verificar la ejecución de los recursos hacia la consecución efectiva de los fines del Estado, vale decir, a responder por el buen manejo y administración de los recursos de la Corporación.

De ahí que obró conforme a derecho la Directora de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República,



cuando al resolver el recurso de apelación, mediante **Auto núm.**

000202 de 1º de marzo de 2013 acusado, señaló:

“... no se puede desconocer, que quien compromete recursos públicos, debe responder por la correcta ejecución y destinación de los mismos, en defensa del interés general y del ordenamiento jurídico. **Es imperativo para los servidores públicos buscar el cumplimiento de los fines perseguidos por el Estado con la contratación, vigilar su correcta ejecución, y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución.**

En consecuencia, responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas, situación que ha sido valorada por la instancia de conocimiento, y como se ha podido observar a lo largo de la actuación procesal, su representado es responsable fiscal. En razón de lo anterior a la recurrente no le asiste razón, por cuanto **no se observan motivos para vincular a la Jefe de la Oficina Jurídica.**”
(Las negrillas y subrayas fuera de texto.)

Respecto a este punto, es del caso traer a colación la sentencia de esta Sección, de 15 de abril de 2010 (Expediente núm. 66001-23-31-003-2006-00102-01, Actor: Esperanza de Jesús Gómez Pérez,



Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta), en la que se señaló:

“El concepto de gestión fiscal, cuyo contenido va más allá del simple comportamiento fiscal apegado al principio de legalidad, comprende igualmente la verificación de los resultados que se quieren alcanzar con ella. **En ese sentido, quienes tengan bajo su responsabilidad el manejo de los recursos presupuestales, están llamados a orientar dicha actividad hacia la consecución efectiva de los fines del Estado, con un apego estricto e incondicional a las normas vigentes, buscando alcanzar de manera exacta y puntual los objetivos a los cuales apunta el manejo de tales recursos.**” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por consiguiente, no cabe duda de que acertó el Tribunal de primera instancia cuando estimó que la Jefe de Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA no era sujeto de control fiscal y que su no vinculación al proceso de responsabilidad fiscal en manera alguna puede ser considerada como falsa motivación de los actos demandados. Al efecto razonó de la siguiente manera:

“Así las cosas, estando en cabeza de la Contraloría establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal e imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso y **siendo sujeto de**



control fiscal el Director Ejecutivo de Cormagdalena y no la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, no avizora la Sala conforme a las normas antes citadas, que se impusiera para dicho ente de control el deber de vincular a ésta última al proceso de responsabilidad fiscal adelantado en contra del hoy demandante para efectos de imputarle responsabilidad fiscal y con ello exonerar al Director Ejecutivo de ésta, pues se reitera, la finalidad de dicho proceso no es otra que la de determinar y establecer la responsabilidad de los particulares –entre otros-, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa una daño al patrimonio del Estado; presupuestos que no resultaban predicable de la persona respecto de quien solicitó su vinculación.

Aunado a lo anterior, contrario a lo considerado en la demanda, tal vinculación no constituía el único mecanismo viable que le permitiera a la Contraloría deducir si se violentó o no el bloque constitucional y legal aplicable al caso, pues **fue el caudal probatorio que hizo parte del mencionado proceso, el que permitió encontrar configurada la responsabilidad declarada en contra del Director Ejecutivo de Cormagdalena, para lo cual fue considerada la injerencia que pudo tener aquella en las decisiones adoptadas por éste, sin embargo, es por razón de la responsabilidad directa en las disposiciones contractuales, su permisibilidad en los reiterados incumplimientos del contratista y la no atención de las sugerencias de la Interventoría, que se predicó el origen del desmedro en las finanzas de la empresa, pues comprometió recursos públicos, lo que desencadenó finalmente en la declaratoria de responsabilidad.** (Negrillas y subrayas fuera de texto).



Las consideraciones expuestas constituyen razón potísima para que se desestime el primer cargo planteado contra la sentencia apelada.

VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.

De otra parte, el apelante adujo que se violó el debido proceso del actor, durante el trámite del referido proceso de responsabilidad fiscal, por la presencia de vicios, falencias y omisiones en los Autos núms. 039 de 21 de diciembre de 2009, 6 de 7 de octubre de 2011, 011 de 18 de mayo de 2012, así como en los actos acusados: el Fallo núm. 019 de 2 de octubre de 2012, 01 de 22 de enero de 2013 y 000202 de 1º de marzo de 2013, y ante la no aceptación de argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el Auto de Imputación Fiscal.

Sobre el particular, vale la pena señalar lo siguiente:

En relación con el *Auto núm. 039 de 21 de diciembre de 2009,*



"Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 1739", la Sala observa que fue precisamente el acervo probatorio el que permitió identificar a **HORACIO ARROYAVE SOTO** como presunto responsable fiscal, y no así, a la Jefe de Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA.

En efecto, las probanzas obrantes en el proceso demuestran que las actividades desplegadas por la Jefe de Oficina Asesora de Jurídica de CORMAGDALENA, con relación al contrato núm. 0086 de 2005, no comportaban *gestión fiscal*, habida cuenta de que dichas actividades no implicaban el manejo, administración, dirección o disposición de los recursos o bienes de la entidad, conforme se expresó anteriormente.

De tal manera que el elemento vinculante y determinante para ser considerada como presunta responsable fiscal y ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se encontraba presente en



la Jefe de dicha Oficina.

Al respecto, cabe reiterar que las presuntas equivocaciones y omisiones, cometidas por la Jefe en mención, al asesorar al Director de CORMAGDALENA, podrían acarrear una acción disciplinaria, al estar relacionadas con el incumplimiento u omisión de sus deberes, contenidos en el Manual de Funciones aplicable a su cargo, pero no generar consecuencias desde el ámbito de la responsabilidad fiscal, ni exonerar de su responsabilidad fiscal al actor.

Aunado a lo anterior, es menester destacar que el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República ordenó la apertura del proceso de responsabilidad, a través del citado de auto, al establecer la existencia de un daño patrimonial al Estado, que surgió como resultado de *"que fueron entregados por parte de la entidad al contratista la totalidad de los dineros sin la supervisión efectiva de*



*las obras en su ejecución o en su técnica de ejecución de conformidad con lo estipulado dentro del contrato No 0-0086-2005”, y de identificar como posible autor de dicho daño a **HORACIO ARROYAVE SOTO**, entre otros, por ser titular y “poseer la capacidad jurídica sobre los recursos estatales”, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 40 de la Ley 610 de 2000, que es del siguiente tenor:*

*“... cuando... del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, **se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo**, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.”*
(Negrillas fuera de texto)

Y de acuerdo con el artículo 41, numeral 4, ibídem, que prevé que el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente: “4. *Identificación de la entidad estatal afectada y de los **presuntos responsables fiscales***”.



En cuanto al *Auto núm. 6 de 7 de octubre de 2011*, que dispuso la cesación de la acción fiscal y, en consecuencia, el archivo parcial en favor del representante legal de la Universidad Militar Nueva Granada y de Enrique Bueno Rey, y la posterior imputación contra éste sin que mediara auto de reapertura, la Sala estima que no constituye un vicio capaz de afectar la legalidad de los actos objeto de impugnación en este proceso.

En lo concerniente al *Auto núm. 011 de 18 de mayo de 2012*, “*por medio del cual se resuelve sobre petición de pruebas postimputación, sobre peticiones de nulidades y reconocimiento de apoderados de confianza dentro del trámite del proceso de responsabilidad fiscal No. 1739-CORMAGDALENA*”, la Sala considera:

De conformidad con los artículos 10º y 11º de la Ley 527 de 18 de agosto de 1999, “*Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de*



*las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, los mensajes de datos tendrán la misma fuerza probatoria otorgada a los documentos en el capítulo VIII del título XIII del Código de Procedimiento Civil, para lo cual se habrá de tener presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información, **la forma en la que se identifique a su iniciador** y cualquier otro factor pertinente.*

En el sub lite, a folios 1639 y 1640 del Cuaderno Anexo 1, claramente se puede observar que el correo electrónico, a través del cual se remitieron los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas al actor, fue enviado el 16 de abril de 2012, por la doctora Martha Elena Camargo Villamizar, apoderada del actor, y que en respuesta al envío de dichos argumentos, la Contraloría demandada le contestó, dirigiéndose a ella con nombre propio, así:



"Doctora Martha

Para que puedan ser admitidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal, se requiere que el documento, venga con nota de presentación personal y debidamente firmados, preferiblemente en formato PDF"

Cordial saludo

Elkin Omar Wilches. (Las negrillas fuera de texto)

Lo anterior pone de presente que dicho correo electrónico sí permitió a la referida entidad estatal identificar a la apoderada del actor como remitente o iniciador del mismo, a pesar de encontrarse sin firma, y que, por consiguiente, dicho requisito se debe entender satisfecho, de acuerdo con el artículo 7º, ibídem, que establece:

"FIRMA. *Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si: a) se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos para indicar que el contenido cuenta con su aprobación..."*



Sobre el particular, vale la pena señalar, además, que al tener certeza sobre la persona que lo elaboró, dicho correo debe ser considerado como auténtico, conforme lo prevé el artículo 252 del C. de P.C.

Por tal razón, no le asistió razón al a quo al afirmar que el mensaje electrónico enviado no permitió ser debidamente aceptado conforme le fue requerido, por carecer de firma.

Tampoco le asistió razón al fallador de primera instancia, cuando consideró que no se podía aceptar el referido correo, por no haberse enviado en formato PDF, pues la Ley 527 de 1999 no indica que para garantizar la integridad de un mensaje de datos, debe ser enviado en un determinado formato. Tan sólo requiere que la información consignada en el mismo permanezca completa e inalterada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9º de la citada Ley.



En lo tocante a que el citado correo electrónico debía tener nota de presentación personal, se aclara que esta exigencia fue suprimida mediante el artículo 33 del Decreto 2150 de 1995.

No obstante lo anterior, debe la Sala precisar que si bien es cierto que no le asistió razón a la Contraloría demandada al rechazar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas al actor, enviados mediante el correo electrónico de 16 de abril de 2012, por la apoderada del actor, también lo es que no se le violó el debido proceso a éste, habida cuenta que dicha entidad estatal **sí** efectuó un análisis de los mismos, al dar las explicaciones para señalar que no se encontraba sustentada la causal de nulidad procesal, por la no vinculación de la Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica.

Además, no puede perderse de vista que contra el citado *auto núm. 011 de 18 de mayo de 2012*, el actor tenía el derecho a interponer los recursos de reposición y apelación, a fin de ejercer su derecho de



defensa y contradicción; empero no hizo uso de éstos, a pesar de que en el artículo noveno de dicho auto se dijo de manera expresa acerca de la procedencia de los referidos recursos.

En igual sentido, cabe mencionar que independientemente de que el factor climático y el cierre del aeropuerto pudieron haber constituido o no hechos de fuerza mayor, que justificaran la entrega extemporánea del documento contentivo de los argumentos de defensa, lo cierto es que éstos sí fueron tenidos en cuenta por la Contraloría demandada y, por ello, no se violó el debido proceso del actor, conforme se explicó anteriormente.

Con respecto a los argumentos señalados con relación al *Fallo núm. 019 de 2 de octubre de 2012*, y los *Autos núms. 01 de 22 de enero de 2013* y *000202 de 1º de marzo de 2013*, en el sentido de que no se tuvieron en cuenta las alegaciones presentadas por el actor en contra de dicho fallo y los citados autos, fundamentados en la no



vinculación de la Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de CORMAGDALENA al proceso de responsabilidad fiscal, así como a la no aceptación del referido correo electrónico enviado el 16 de abril de 2012, la Sala estima que las consideraciones expuestas en este acápite de la sentencia recurrida aparecen válidas para demostrar que no se violó el debido proceso.

Es del caso destacar que la Contraloría demandada profirió el citado fallo con responsabilidad fiscal en contra del actor, en su condición de Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, al considerar que en el proceso de responsabilidad fiscal obraba prueba que conducía a demostrar la existencia de un daño al patrimonio público, imputable a él, y de la relación de causalidad entre su comportamiento y el daño ocasionado al erario, de acuerdo con lo señalado en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

Así, lo expresó dicho ente de control:



“... este accionar del señor HORACIO ARROYAVE SOTO, como se ha probado durante todo el proceso, solo puede acaecer en una conducta con connotación de **CULPA GRAVE**, bajo los postulados plasmados en el artículo 63 del Código Civil Colombiano: “(...) es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o d época prudencia suelen emplear en sus negocios propios...”

La responsabilidad del señor ARROYAVE, no tiene justificación alguna, así haya manifestado sus deseos altruistas, de haber otorgado dichas prórrogas, haber aceptado y aprobado desembolsos sin cumplimientos de los estadios de la obra, en miras de proteger los recursos públicos, pues el deber de todo servidor público es cumplir con la Constitución, las leyes y en sí, todo el ordenamiento y además por acción y omisión, su omisión a su deber de hacer efectiva cada una de las acciones que tenía para sancionar al contratista incumplido, pero es su momento y no darle las largas en busca de resultados utópicos y llenos de ideales, tal evento solo concluyó en la pérdida del patrimonio público.

Otro de los factores que ha tenido en cuenta el despacho, es la serie de comunicados y sugerencias dadas por el interventor, sobre los diferentes, reiterados e insistidos incumplimientos del contratista, claro también la intención ligera del contratista de entregar una grúa, sin respetar los criterios exigidos en el contrato, dichas comunicaciones se describen concisamente:
(...)

Dentro de lo observado por el despacho, el nexo de causalidad, está claramente manifestado, en razón a que la negligencia y la exagerada benevolencia del señor Arroyave, en no hacer efectivas las sanciones que tanto el contrato, como el ordenamiento jurídico colombiano en materia de contratación estatal le daba a la Corporación, fue el artificio



(sic), sine qua non, originó el desmedro al erario, ya sea bien, para esta instancia el **NEXO CAUSAL**, fue sin lugar a dudas, probado, pues su omisión originó el daño al patrimonio público.” (Las negrillas son del texto.)

Ahora, frente al argumento de que en el proceso de responsabilidad fiscal se encontraban los elementos que estructuraban la responsabilidad fiscal de la interventoría del cuestionado contrato, ejercida por la Universidad Militar Nueva Granada, pero que a pesar de ello, la Contraloría demandada no la encontró responsable fiscalmente, la Sala estima, al igual que el fallador de primera instancia, que si la interventoría era responsable fiscalmente o no, ello no exime de responsabilidad al actor, dado que *“no puede constituir el fundamento de la no responsabilidad fiscal declarada en contra del Director Ejecutivo y traducirse en la nulidad de los actos acusados, pues lo que le correspondía al demandante no era acreditar, que otros sujetos fiscales como en este caso la UMNG¹² eran responsables y que por tanto debió emitirse un fallo en su*

¹² Universidad Militar Nueva Granada.



contra, sino que en efecto y contrario a lo considerado por la Contraloría no existió responsabilidad fiscal a él imputable de manera directa y debió exonerársela de ésta, lo cual no tuvo lugar”.

En consecuencia, tampoco prospera este cargo.

Así las cosas, para la Sala, en el presente caso, no se evidencian las violaciones aducidas por el actor, razón por la cual debe mantenerse incólume la presunción de legalidad que ampara a los actos acusados y confirmarse la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A:



CONFÍRMASE la sentencia apelada.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 19 de mayo de 2016.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA