

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015).

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

Expediente núm. 2007-00458-01.
Recurso de apelación contra la sentencia de 12
de marzo de 2012, proferida por el Tribunal
Administrativo del Cundinamarca.
Actor: BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA
COLPATRIA.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera -Subsección "C"-, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, relativas a declarar la nulidad del fallo de responsabilidad fiscal No. 0001 del 2 de enero, Auto 201 de 14 de marzo, fallo de apelación 0017 del 25 de junio y la providencia aclaratoria de 15 de agosto, actos expedidos en el año 2007 por la Contraloría General de la República.

I. ANTECEDENTES.

I.1- EL BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra la Contraloría General de la República, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

- La nulidad del fallo de responsabilidad fiscal núm. 0001 de 2 de enero de 2007, expedido por la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, mediante la cual se declaró fiscalmente responsable al Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A., *"En relación con la pérdida de los aportes fiscales consignados por la Universidad de los Llanos en el Banco COLPATRIA con destino al Instituto de Seguros Sociales"* por un monto de \$6.320.235.231 M/cte.

- La nulidad del Auto núm. 201 de 14 de marzo de 2007, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el fallo núm. 0001 citado y el cual confirmó la decisión recurrida.

- La nulidad del fallo de apelación núm. 0017 de 25 de junio de 2007 y la providencia aclaratoria de 15 de agosto de 2007, por la cual, la

Contraloría General de la República resolvió el recurso de apelación confirmando el fallo con responsabilidad fiscal de 2 de enero de 2007 y modificando el valor de la responsabilidad fiscal, fijándolo en la cifra de \$5.291'142.021.oo.

- Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Contraloría General de la República restituir al Banco COLPATRIA Red Multibanca COLPATRIA S.A., el monto que ésta última entidad pagó por la responsabilidad fiscal en cuantía de \$5.477.530.283.58 cancelando sobre el monto a restituir los intereses comerciales a la tasa máxima admitida para cada mes, por la Superintendencia Financiera, desde el 12 de octubre de 2007, fecha de pago a la Contraloría y hasta la fecha en que se haga efectivo el reembolso a COLPATRIA.

- Que para el evento de que no prospere la pretensión anterior, en relación con la condena al pago de los intereses sobre el monto a ser reembolsado, solicita se ordene a la Contraloría General de la República restituir al Banco COLPATRIA Red Multibanca COLPATRIA S.A., el monto que esta entidad pagó por responsabilidad fiscal en cuantía de \$5.477'530.283.58, debidamente actualizado a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que lo ordene.

- Se condene a la parte demandada a pagar las costas, incluidas las agencias en derecho del proceso.

I.2- El actor señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que el Banco Colpatria, en desarrollo de su objeto social celebró contrato de prestación de servicios, recaudo y depósito de aportes, con el Instituto de Seguros Sociales, a través del Convenio 4129 G del 30 de enero de 1995.

El Banco procedió a la apertura de cuentas corrientes y de ahorros, cuyo titular era el Instituto de Seguros Sociales, cuentas éstas a las cuales se abonaban los depósitos que mediante dinero en efectivo o en cheques le fueran consignados al Instituto por parte de los empleadores para cumplir con su obligación de cancelar los aportes parafiscales de seguridad social de sus trabajadores.

Dicha relación contractual, regulada por normas de derecho privado, se ejecutó hasta el momento en que el Instituto de Seguros Sociales, mediante comunicación núm. 5453 del 22 de noviembre de 2004, declaró la terminación del Convenio celebrado.

A raíz de las operaciones ilícitas de una empresa conformada por funcionarios de entidades públicas, particulares y trabajadores de entidades privadas, algunos recursos para el pago de aportes a la seguridad social fueron desviados y no consignados en las cuentas del Instituto de Seguros Sociales como beneficiario de dichos pagos.

Como consecuencia del fallo proferido dentro de la acción popular AP-02-076 se ordenó al Instituto de Seguros Sociales y a la misma Contraloría General de la República, recuperar las sumas que por su negligencia y falta de control fiscal habían permitido que se extraviaran.

La Contraloría General de la Republica a través del Grupo de Investigaciones del Meta, procedió a iniciar investigación de responsabilidad fiscal, decretando la apertura del proceso mediante Auto de 26 de julio de 2002.

El Grupo de Investigaciones de la Contraloría General de la República, mediante auto de 3 de febrero de 2003, declaró la caducidad de la acción fiscal dentro del proceso 29-05-009.

Posteriormente, al decidir la consulta, la Contraloría General de la Republica mediante Auto de 21 de octubre revocó la caducidad de la acción fiscal.

Mediante providencia 469 de 22 de agosto de 2006 la Contraloría General de la República profirió auto de imputación de responsabilidad fiscal vinculando al Banco Colpatria.

La Contraloría General de la República mediante providencia de 2 de enero de 2007 dictó fallo de responsabilidad fiscal en contra del Banco Colpatria.

A través de providencia 017 de 25 de junio de 2007, el Despacho del Contralor decidió el recurso de apelación interpuesto por Colpatria, manteniendo incólume el fallo de responsabilidad fiscal, pero reduciendo el monto de dicha responsabilidad fiscal a la suma de \$5.291'142.021.00.

I.3- Explicó así el alcance del concepto de violación:

Que se violó la Ley 42 de 1993¹, el artículo 29 de la Constitución Política² y el artículo 41 de la Ley 153 de 1887³.

I.3.1. Caducidad de la Acción de Cobro: La ocurrencia de los hechos investigados, sucedió en el período comprendido entre 1997-1999, es decir, antes del 18 de agosto de 2000, fecha en que entró en vigencia la Ley 610 de 2000.

Como la norma aplicable a los hechos investigados es la Ley 42 de 1993, se debe tener en cuenta el término de 2 años de caducidad a partir del último hecho, esto es, noviembre de 1999 o a más tardar en el momento en que según la Corte, fenece la cuenta, es decir, el 31 de diciembre de 1999.

¹ Ley 42 de 1993. Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. Diario Oficial 40732 del 27 de enero de 1993.

² Constitución Política de Colombia. Art. 29. ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

³ Ley 153 de 1887, Art. 41. La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera ó la segunda, á voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará á contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado á regir.

Por lo tanto, operó el fenómeno de la caducidad para adelantar la investigación fiscal, pues transcurrió un término mayor a los dos años entre la fecha máxima de fenecimiento de la cuenta y la fecha en que se profirió auto de apertura del proceso.

I.3.2. Falsa y contradictoria motivación: En el auto de 3 de febrero de 2003, el ente investigador aplicó la ley 42 de 1993, posteriormente, la segunda instancia revocó la declaratoria de caducidad, afirmando que la norma aplicable era la Ley 610 de 2000, y en el fallo de apelación de 25 de junio de 2007, estableció que se debía tener en cuenta el término señalado en la Ley 42 de 1993.

Ante la eventual concurrencia de las dos legislaciones y atendiendo al artículo 41 de la Ley 153 de 1887, el actor manifestó que se acoge al término de caducidad señalado en la Ley 42 de 1993.

I.3.3. Prescripción de la acción fiscal. Operó el fenómeno jurídico de la prescripción, porque el auto de apertura de la investigación fiscal se profirió el 26 de julio de 2002 y el fallo definitivo quedó ejecutoriado el 15 de agosto de 2007, al resolver las solicitudes de aclaración y corrección, es decir, fuera de los cinco años señalados en la Ley.

I.3.4. Inexistencia del daño a la Entidad Unillanos. La Universidad de los Llanos no sufrió ningún detrimento patrimonial, pues con ocasión de la sentencia de acción popular proferida por el Consejo de Estado, se determinó que ella había efectuado un pago válido a los aportes parafiscales.

El hecho de que erradamente el proceso de responsabilidad fiscal se hubiese iniciado y estructurado con referencia al aparente daño causado a la Universidad de los Llanos hace que todo el proceso esté viciado de nulidad, pues no existió daño patrimonial.

I.3.5. Inexistencia de responsabilidad fiscal por ausencia de gestión fiscal. El Banco COLPATRIA a través de las cuentas y el convenio de recaudo celebrado con el I.S.S. no está administrando recursos o bienes públicos. No existió gestión fiscal por parte del Banco Colpatria o de sus empleados en la recepción de los aportes parafiscales y la relación contractual celebrada entre las partes se rige por las normas contenidas en el Convenio 4129G de 30 de enero de 1995 y por la Ley 80 de 1993.

I.3.6. Inexistencia de responsabilidad fiscal al no tratarse de recursos públicos. Los aportes parafiscales que la Universidad de los

Llanos intentó depositar a favor del I.S.S., no adquirieron la característica de dineros públicos, por lo que mal podría predicarse que su pérdida pudiera estar afectando el patrimonio del Estado, en consecuencia, no existió responsabilidad fiscal para el Banco Colpatria.

I.3.7 Inexistencia de responsabilidad en cabeza del Banco Colpatria. El auto de imputación de Responsabilidad Fiscal estructura la responsabilidad del Banco COLPATRIA, conforme al artículo 2347 del Código Civil, sin embargo, la responsabilidad fiscal es una responsabilidad especial que tiene su propia normatividad y que no se puede extender a la Entidad Bancaria.

I.3.8 Indebida cuantificación del supuesto daño patrimonial. Para el evento en que se mantuviera la responsabilidad fiscal y al no existir una cifra exacta sobre los aportes extraviados, se deben tener en cuenta los valores reflejados en los dictámenes periciales obrantes en el proceso.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA se opuso a las pretensiones de la demanda. Explicó sus argumentos así:

No existió caducidad de la acción porque Unillanos y el I.S.S. tenían como plazo para presentar la cuenta del año 1999, hasta el 15 de febrero de 2000. A partir de ese día la Contraloría contaba con dos años para revisarla y pronunciarse, es decir, hasta el 15 de febrero de 2002.

Desde ésta última fecha se contabilizan los dos (2) años para que opere el fenómeno jurídico de la caducidad, esto es, hasta el 15 de febrero de 2004. Como el auto de apertura del proceso se profirió el 26 de julio de 2002, no operó la caducidad.

Tampoco operó la prescripción de la responsabilidad fiscal, porque el proceso se inició el 26 de julio de 2002 y la decisión definitiva quedó ejecutoriada el 17 de julio de 2007, es decir, dentro del término de los 5 años establecidos en la Ley.

Indicó que los recursos que se recaudaban a través del Convenio núm. 4129G, suscrito entre el Instituto de Seguros Sociales y el Banco COPATRIA, son dineros públicos y tienen como finalidad el cumplimiento del servicio público de la seguridad social, establecido en el artículo 48 de la C.P.

El Banco COLPATRIA cumplió la gestión fiscal, porque participó en el giro normal de los recursos destinados a la seguridad social en la etapa de recaudo y posteriormente con su colocación en las cuentas corrientes y de ahorros destinadas para tal fin.

Los recursos que debían ser consignados por Unillanos en el Banco Colpatria son públicos, pues los recursos del Estado constituyen un todo con una entidad jurídica única y bajo el principio presupuestal de unidad de caja, los dineros que se recaudan, independientemente de donde provengan, van a una bolsa común, para allí darles la destinación que se requiera, conforme a los parámetros presupuestales.

El Banco Colpatria es responsable de las actividades que realizan sus empleados en el desarrollo del objeto social de la entidad bancaria, pues debe asumir los riesgos que se pueden presentar en estas entidades.

En relación con la cuantía del proceso, precisó que debe tenerse en cuenta la liquidación efectuada por la Contraloría Delegada para investigaciones, porque se encuentra ajustada a derecho y no a los dictámenes periciales, como lo pretende el demandante.

Finalmente, propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, porque el recurrente no explicó de forma clara la acusación en contra del acto administrativo, expresando si se presentaba una desviación de poder, una falsa motivación o una violación al derecho de defensa del administrado, como lo prescribe el artículo 137 del C.C.A.

III. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal en el fallo que se recurre, declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda respecto a los cargos segundo y sexto y denegó las pretensiones.

Advirtió el tribunal que el demandante al explicar el concepto de violación en los cargos segundo y sexto, omitió indicar la norma violada y explicar las razones de hecho o de derecho por las cuales fue vulnerada, por lo que existe ineptitud sustantiva de la demanda en estos cargos.

Afirmó que no se configuró la caducidad de la acción, porque la entidad tenía hasta el día 15 de febrero de 2004 para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal y de acuerdo con las pruebas allegadas, el auto de apertura de la investigación fue expedido el 26 de julio de 2002, es decir dentro de los términos de Ley.

Tampoco se configuró la prescripción en la acción fiscal, porque como el auto de responsabilidad fiscal fue proferido el 26 de julio de 2002, la Contraloría contaba con cinco (5) años para declarar la responsabilidad fiscal, es decir, hasta el 26 de julio de 2007, y el fallo de responsabilidad fiscal quedó ejecutoriado el 19 de julio de 2007, es decir dentro de los términos de Ley.

Sostuvo que, si bien es cierto que la Universidad de los Llanos no sufrió perjuicios económicos, esto no excluye la investigación fiscal en contra de la entidad bancaria, pues el Instituto de Seguros Sociales resultó afectado con la conducta de la entidad bancaria y lo que pretende el proceso es identificar a los responsables fiscales.

El Banco COLPATRIA cumplía una función fiscal porque recaudaba los recursos enviados por Unillanos al I.S.S. en virtud del Convenio núm. 4129G suscrito el 30 de enero de 1995. Los recursos recaudados a nombre del I.S.S, en calidad de Administradora del Sistema General de Pensiones, están bajo la vigilancia de la Contraloría General, pues involucran intereses patrimoniales del Estado.

Finalmente, señaló que el Banco al ostentar la calidad de gestor fiscal es responsable de las conductas delictivas de sus empleados, al no

establecer mecanismos de control que pudieran evitar las irregularidades presentadas.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

En memorial obrante a folios 459 a 471 la parte actora solicita revocar el fallo apelado, porque el a quo omitió realizar un análisis más profundo de las irregularidades que sustentan la nulidad de los actos administrativos demandados.

Insistió en que operó el fenómeno jurídico de la caducidad, porque los hechos objeto de investigación ocurrieron entre 1997 y 1999; los dos años que se tenían para iniciar la investigación culminaban el 31 de diciembre de 2001 y el auto de apertura de la investigación fue proferido el 26 de julio de 2002, es decir, cuando ya habían precluido los términos de ley.

Adujo que la responsabilidad fiscal estaba prescrita, porque el fallo de responsabilidad fiscal quedó ejecutoriado el 10 de septiembre de 2007, cuando se notificó al actor de la decisión sobre la solicitud de aclaración y corrección presentada contra el fallo, es decir, después de los cinco años señalados en la norma.

El órgano de control en los actos acusados no estableció cuál había sido la entidad afectada con el detrimento patrimonial, como lo exigen los artículos 5, 31, 41 y 48 de la Ley 610 de 2000.

En relación con la prosperidad de la excepción de inepta demanda, respecto de los cargos segundo y sexto, sostuvo que aunque no se hubiera invocado ninguna norma como violada, el a quo estaba en la obligación de pronunciarse sobre la sustancia del cargo, es decir sobre la caducidad, pues ésta es una institución que no requiere solicitud de parte y debe ser decretada por el fallador cuando sea evidente su ocurrencia.

V. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Corresponde a la Sala examinar los argumentos expuestos por el actor en el recurso de apelación, a los cuales se circunscribirá el análisis en esta instancia, para determinar si es dable o no revocar la sentencia proferida el 12 de marzo de 2012, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primero Subsección "C", por medio de la cual se declaró probada

la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda respecto a los cargos segundo y sexto y se negaron las pretensiones de la demanda.

Afirma el recurrente, que la Contraloría General de la República no debió iniciar proceso de responsabilidad fiscal en su contra, porque los dineros extraviados no son públicos y además porque en el proceso adelantado operó el fenómeno jurídico de la caducidad y el de la prescripción.

Previo al análisis de fondo, la Sala hará unas breves consideraciones respecto a la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y sobre la facultad de la Contraloría para adelantar procesos de responsabilidad fiscal contra las entidades bancarias.

VI.1 De la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda en relación con los cargos segundo y sexto, por considerar que la parte actora se limitó a mencionar las normas trasgredidas por la Administración, omitiendo explicar las razones de hecho y de derecho por las que estas disposiciones fueron vulneradas.

Al respecto, cabe advertir que contrario a lo afirmado por el a quo, la Sala observa que en los cargos enunciados, el recurrente explicó las razones por las que a su juicio los fallos acusados están viciados de nulidad.

Aunque los cargos no se formularon de manera técnica, de acuerdo con la interpretación integral de la demanda y en aplicación del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades⁴, la Sala estudiará los cargos segundo y sexto, los cuales hacen referencia a la caducidad para adelantar la investigación fiscal y a la inexistencia de responsabilidad fiscal por no tratarse de recursos públicos.

⁴ Principio establecido en el artículo 228 de la Constitución Política, cuya aplicación ha sido reconocida por esta Sección, entre otras, en la sentencia del 2 de septiembre de 2010, proferida en la acción de nulidad incoada contra algunas expresiones contenidas en el Decreto 1020 de 30 de marzo de 2007, proceso con radicado núm. 11001-03-24-000-2007-00265-00, con ponencia del Consejero de Estado Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Esta labor interpretativa del juez, sin embargo, no pretende desconocer el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como lo precisó esta Corporación en la sentencia del 20 de enero de 2006 cuando expresó que: "No obstante, sin que signifique el desconocimiento al carácter rogado de esta jurisdicción ni la sustitución o relevo de las cargas impuestas por la ley a las partes, el juez administrativo también está en la obligación de interpretar las demandas que no ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia consagrado en la Constitución y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo, como también es correlativo al derecho de los particulares de acceder a la administración de justicia. El límite a la interpretación de la demanda por parte del juez en estos eventos está marcado por la iniciativa del interesado, razón por la cual no puede tener por demandado lo que no surge del libelo introductorio." (Sección Quinta, Expediente núm. 15001-23-31-000-2004-00453-02(3836), Consejera Ponente María Nohemí Hernández Pinzón).

VI.2 El proceso de responsabilidad fiscal en contra de las Entidades Bancarias.

El artículo 267 de la Constitución Política establece que el control fiscal es una función pública que ejerce la Contraloría General de la Republica, la cual vigila la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Así mismo, el artículo 268 de la Constitución Política establece que el Contralor General de la Republica está facultado para exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación y para establecer la responsabilidad fiscal que de ella se derive.

Del mismo modo, la Ley 42 de 1993⁵ señaló que el control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles⁶ y como sujetos de control, indicó entre otros, a los

⁵ Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.

⁶ Ley 42 de 1993. Artículo 4º.- El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles. Este será

particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado.

A su turno, la Ley 610 de 2000, definió la gestión fiscal como:

*"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"* (Resaltado fuera del texto)

En relación con el carácter integral del control fiscal, la Corte Constitucional recientemente señaló que:

*"Se ha destacado el carácter amplio e integral del modelo de vigilancia fiscal diseñado en la Constitución. Tales rasgos se expresan, en primer lugar, en la extensión de los sujetos destinatarios del control, que no sólo comprende los diferentes niveles de la administración pública, **sino que abarca a todos los particulares y entidades, de carácter público o***

ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, **los auditores, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales**, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la presente Ley. Texto Resaltado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-534 de 1993; texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-320 de 1994.

privado, que manejen fondos o bienes de la Nación. A este respecto, la Corte ha encontrado ajustadas a la Constitución las normas que someten a vigilancia de la Contraloría General de la República a las empresas de servicios públicos domiciliarios, a las cámaras de comercio, a las sociedades de economía mixta, a las entidades territoriales en relación con sus recursos propios y con los recibidos por concepto de regalías, al Banco de la República e incluso a la propia Auditoría General de la República”⁷.

Ahora bien, en relación con la responsabilidad fiscal de las entidades bancarias como sujetos pasivos de la responsabilidad fiscal, esta Sección en sentencia de 28 de abril de 2005, con ponencia del Consejero Rafael Ostau de Lafont Pianeta, señaló:

“En consecuencia, a las entidades bancarias - públicas o privadas – que celebren contrato de cuenta corriente con entidades estatales, tal como se ha hecho en los actos acusados, les es aplicable el artículo 83 de la ley 42 de 1993 en cuanto incluye a los contratistas entre los sujetos pasivos de la responsabilidad fiscal, pues esa norma se refiere a los contratistas estatales al señalar: “La responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso, hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal.

De ello se desprende que la Contraloría General de la República tiene competencia para promover y decidir procedimientos de responsabilidad fiscal contra las mismas, en la medida en que la entidad contratante sea de orden nacional, como en este caso lo es el Ministerio de Transporte. Dicho de otra manera, las personas públicas o privadas, que correspondan a la clase de

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-103 de 2015, Expediente: D-10404,M.P. María Victoria Calle Correa

entidades previstas en el citado párrafo, son sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal cuando el cuenta corrientista es una entidad pública⁸. (Subrayado fuera del texto)

Y recientemente en sentencia de 22 de enero de 2015, con ponencia del Magistrado Guillermo Vargas Ayala, agregó la Sección:

*"Al suscribir el contrato de cuenta corriente con una entidad estatal, éste adquiere la naturaleza de contrato estatal y por ende, **las entidades bancarias en su calidad de contratistas, responden fiscalmente** cuando realizan el pago de cheques falsos o adulterados, si con su proceder descuidado o negligente contribuyeron con el daño sufrido por la entidad pública".*

De acuerdo con lo expuesto, cuando las entidades estatales suscriben contratos con entidades del sector bancario o financiero, el contrato adquiere la naturaleza de contrato estatal y en consecuencia, la Contraloría General de la Republica tiene competencia para iniciar los procesos de responsabilidad fiscal en su contra, pues son sujetos pasivos de esta responsabilidad.

VI. 3 De la caducidad y la prescripción en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 28 de abril de 2005, Expediente 250002324000200000755 01, Actor: BBVA Banco Ganadero S.A, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

La Ley 42 de 1993 reguló el proceso de responsabilidad fiscal, pero no consagró término alguno sobre la caducidad de la acción. Por lo anterior, esta Sección señaló que el juicio de responsabilidad fiscal carecía de un término de caducidad para su iniciación, debido a que la Ley no lo fijó expresamente.⁹

Ahora bien, en relación con la prescripción la Ley 42 de 1993 no señaló el término de que disponían los órganos de control fiscal para proferir decisión definitiva dentro del proceso de responsabilidad fiscal, por lo que se entendió que la responsabilidad fiscal era imprescriptible.

No obstante, la Ley 610 de 2000¹⁰ derogó el procedimiento de responsabilidad fiscal contemplado en la Ley 42 de 1993, y estableció uno nuevo. En efecto, en relación con la caducidad y la prescripción, señaló:

"Artículo 9°. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 2 de abril de 1998, Expediente: 4605, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

¹⁰ Ley 610 de 2000, Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.”

De acuerdo con el artículo citado, la acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, y ésta prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

La Ley 610 de 2000, en relación con el tránsito de legislación, señaló:

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

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

Al respecto, esta Sección en sentencia de 5 de febrero de 2009 (Expediente: 2000-01882, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), indicó:

"... Es preciso resaltar que la Ley 610 de 2000 previó la figura de la caducidad de 5 años en los juicios de responsabilidad fiscal, contados desde la ocurrencia del hecho generador del daño hasta el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal en firme (artículo 9º); empero esta circunstancia no afecta lo actuado en el proceso administrativo que dio lugar a los actos acusados, pues, como ya se dijo, los hechos investigados, la expedición, notificación y firmeza de los mismos se produjo bajo la vigencia de la Ley 42 de 1993, dado que el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación y con el cual quedó agotada la vía gubernativa, se notificó el 24 de mayo de 2000 (ver folio 121 vuelto del cuaderno principal), y la Ley 610 de 2000 entró a regir el 18 de agosto del mismo año, en virtud de su publicación en el Diario Oficial CXXXVI No. 44133. ...".

Asimismo, en sentencia de 20 de enero de 2011 (Expediente: 2004-00857-01, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), precisó:

"... El artículo 67 de la Ley 610 de 2000 dispone en su segundo inciso que en todo caso, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación, luego las diligencias que se adelantaron bajo los parámetros de la Ley 42 de 1993, durante su vigencia son válidas.

Como está visto los hechos motivo de investigación ocurrieron cuando estaba vigente la Ley 42 de 1993 y para esa época, contrario a lo que afirma la actora, la acción de responsabilidad fiscal no tenía término de caducidad, de conformidad con lo

expresado por la Sección en diferentes providencias, en las cuales ha sostenido que dicha ley no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal y que no obstante que su artículo 89 consagra que en los aspectos no previstos se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso, dado que el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción y del contenido del artículo 17 se desprende que dicho juicio puede ser iniciado en cualquier momento. ...”.

Dicha postura jurisprudencial también se prohió en sentencia de 16 de julio de 2015 (Expediente núm. 2006-02905-01, Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), en la que se reiteró que los procesos de responsabilidad fiscal en los que se hubiera proferido auto de apertura a juicio fiscal, antes de la entrada en vigencia de la Ley 610 de 2000¹¹, continuarían rigiéndose por la Ley 42 de 1993 y, en los que todavía no se hubiere dictado dicho auto o no estuvieren en la etapa de juicio fiscal, se regirían por las nuevas disposiciones.

Como en el asunto objeto de estudio el auto de apertura a juicio fiscal se profirió el 26 de julio de 2002, la Ley aplicable es la 610 de 2000.

VI. 4 Caso en Concreto.

¹¹ La Ley 610 de 2000, entró en vigencia el 18 de agosto de 2000.

El 30 de enero de 1995 el Instituto de Seguros Sociales y el Banco COLPATRIA S.A., celebraron convenio 4129 G de “prestación de servicios de recaudo y depósito de aportes”, los cuales fueron prorrogados y modificados por los Acuerdos de 1o. de agosto de 1995, de 30 de enero de 1996 y 0138 de junio de 2000¹². Dentro del objeto de estos convenios estaba el de recaudar pagos por concepto de aportes al régimen social integral, depositar y transferir estos recaudos a las cuentas que para tal fin determinara el I.S.S.

En el desarrollo de los convenios citados, durante los años 1995 y 1999, la Universidad de los Llanos consignó en el Banco Colpatria a favor del Instituto de Seguros Sociales, la suma de \$3.576'223.898.00, dineros que fueron desviados hacia cuentas particulares y no ingresaron a las cuentas que para tal efecto tenía el I.S.S; posteriormente, se determinó que la suma ascendía a \$6.012.499.968.00.

El 23 de mayo de 2002, el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental del Meta de la Contraloría General de la Republica, profirió auto de apertura de indagación preliminar dentro del proceso núm. 29-05-009-2¹³ y,

¹² Folios 974 a 958 del

¹³ Folios 45, cuaderno anexo.

posteriormente, el 26 de julio del mismo año profirió auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal¹⁴.

Posteriormente, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República profirió fallo de responsabilidad fiscal núm. 000001 de 2 de enero de 2007¹⁵, en contra de Elkin Amir Agudelo Parrado, Oscar Eduardo Cardoso Rojas y Banco Colpatria Red Multibanca COLPATRIA en forma solidaria, por la pérdida de los aportes parafiscales consignados por la Universidad de los Llanos con destino al Instituto de Seguros Sociales y declaró civilmente responsable a Seguros ALFA S.A en cuantía de \$6.320'235.231.00

A través del fallo núm. 00147 el 25 de junio de 2007¹⁶ el Contralor General de la República, modificó el artículo primero del fallo núm. 000001 de 2 de enero de 2007, en el sentido de disminuir la cuantía a \$5.291'142.021.00 y fallar sin responsabilidad fiscal respecto de los señores Elkin Amir Agudelo Parrado y Oscar Eduardo Cardoso Rojas.

¹⁴ Folios 23 a 26 del Cuaderno No. 1.

¹⁵ Folios 39-89 del cuaderno No. 1.

¹⁶ Folios 111 a 178 del Cuaderno No. 1

Finalmente, mediante escritos de 18 de julio y 24 de julio de 2007¹⁷ Seguros ALFA S.A y el Banco COLPATRIA, presentaron solicitud de adición y aclaración al fallo de segunda instancia¹⁸, la cual fue resuelta negativamente mediante Auto núm 049 de 15 de agosto de 2007¹⁹.

Lo anterior, pone de manifiesto que no operó el fenómeno jurídico de la caducidad, pues los hechos investigados ocurrieron entre 1995 y 1999, el auto de apertura de indagación preliminar se profirió el 23 de mayo de 2002 y el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal el 26 de julio del mismo año, es decir dentro de los cinco (5) años señalados en la Ley 610 de 2000.

Tampoco operó el fenómeno jurídico de la prescripción, pues como se mencionó, el 26 de julio de 2002 se profirió auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal²⁰, y el 25 de junio de 2007²¹ el Contralor General de República, en segunda instancia, dictó fallo núm. 00147, el cual quedó ejecutoriado el 19 de julio de 2007²², es decir, dentro de los 5 años establecidos en la Ley.

¹⁷ Folios 179-182 del Cuaderno No. 1

¹⁸ Folio 2347 Anexo 11

¹⁹ Folios 2364-2372 Anexo 11

²⁰ Folios 23 a 26 del Cuaderno No. 1.

²¹ Folios 111 a 178 del Cuaderno No. 1

²² Folio 2331 Anexo 11.

Si bien es cierto que los investigados presentaron solicitud de adición y aclaración respecto del fallo de segunda instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 del C.C.A²³, tal solicitud no es un recurso y, en consecuencia, no modifica la fecha de ejecutoria del fallo definitivo.

No le asiste razón al apelante, al señalar que la Contraloría General de la República no debió iniciar proceso de responsabilidad fiscal en su contra, porque los dineros extraviados no son públicos, pues como se mencionó anteriormente, cuando las entidades estatales suscriben contratos con entidades del sector bancario, el contrato adquiere la naturaleza de contrato estatal y, en consecuencia, son sujetos pasivos de la responsabilidad fiscal.

²³ Artículo 50. Recursos en la Vía Gubernativa. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque. 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito. No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica. 3. El de queja, cuando se rechace el de apelación. El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso. De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión. Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.

Finalmente, en el escrito de apelación señala el recurrente que en el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, se debió identificar la entidad pública afectada, como lo ordenan los artículos 5º²⁴, 31²⁵, 41²⁶ y 48²⁷ de la Ley 610 de 2000, lo cual omitió el órgano investigador. Al respecto, la Sala no hará pronunciamiento alguno por cuanto este cargo no fue planteado en la demanda.

Así pues, estima la Sala que la sentencia apelada deberá ser confirmada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

²⁴ Artículo 5º. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: a. Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. b. Un daño patrimonial al Estado. C. Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

²⁵ Artículo 31. Visitas especiales. En la práctica de visitas especiales, el funcionario investigador procederá a examinar y reconocer los documentos, hechos y demás circunstancias relacionadas con el objeto de la diligencia y simultáneamente irá extendiendo la correspondiente acta, en la cual anotará pormenorizadamente los documentos, hechos o circunstancias examinados y las manifestaciones que bajo la gravedad del juramento hagan sobre ellos las personas que intervengan en la diligencia.

Cuando lo estime necesario, el investigador podrá tomar declaraciones juramentadas a las personas que intervengan en la diligencia y solicitar documentos autenticados, según los casos, para incorporarlos al informativo

²⁶ Artículo 41. Requisitos del auto de apertura. 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.

²⁷ Artículo 48. Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.

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 del 12 de marzo de 2012, proferida por la Sección Primera -Subsección "C"- en Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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 23 de julio de 2015.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ



GUILLERMO VARGAS AYALA