

RESPONSABILIDAD FISCAL - Daño patrimonial

La dación en pago realizada por Leasing Capital a favor de la CPVM, y aceptada por ésta, debe reputarse como plenamente materializada con la formalización del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de que se ha dado cuenta, y la entrega física de un título representativo de derechos fiduciarios de dicho fideicomiso, denominados Unidades Transactivos, cuya existencia y efectos jurídicos no era dable ignorar tanto por la Contraloría General de la República como por el a quo para restarle toda validez y eficacia jurídica, en la medida en que en el proceso no obra prueba alguna demostrativa de que su legalidad haya sido cuestionada o desvirtuada. De otra parte, la Sala considera que a pesar de que el porcentaje de recuperación de la inversión hecha por la CPVM es indeterminable, pues solo podrá serlo cuando culmine el proceso de liquidación del fideicomiso, lo cierto e innegable es que la obligación originariamente contraída por Leasing Capital para con la CPVM, se extinguió al haber recibido dicha entidad en dación en pago unos derechos fiduciarios, como activo sustituto de la obligación original. Retomando las consideraciones iniciales del análisis de este cargo, debe indicarse que para que el daño sea indemnizable, debe ser cierto, actual, real, es decir, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su existencia, y que no se trate de un daño meramente hipotético o eventual, precisamente porque no es cierto y se funda en suposiciones, y aunque puede tratarse de un daño futuro, deben existir los suficientes elementos de juicio que permitan considerar que así el daño no se ha producido, exista suficiente grado de certeza de que de todas maneras habrá de producirse. Analizada como se encuentra la falta del daño patrimonial que se atribuye al actor en los actos demandados, y al ser tal elemento esencial para poder predicar su responsabilidad fiscal, para la Sala se torna innecesario emprender el examen de los demás elementos que integran la noción de daño patrimonial, que ha de conducir a que en la parte dispositiva de esta providencia se proceda a la revocatoria de la sentencia recurrida en apelación y, en su lugar, se declare la nulidad de los actos demandados.

FUENTE FORMAL: LEY 42 DE 1993 / DECRETO 353 DE 1994 / DECRETO 1843 DE 1994 / LEY 610 DE 2000.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00064-01

Actor: LUIS ALBERTO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: APELACION SENTENCIA - RESPONSABILIDAD FISCAL

Inicialmente la Sala pone de presente que en este proceso se profirió sentencia el 16 de febrero de 2012¹, pero habida cuenta que esta fue suscrita por la Consejera de Estado María Elizabeth García González, quien se encontraba impedida y cuyo impedimento se aceptó por auto de 11 de julio de 2011², mediante providencia de 15 de noviembre de 2012 se declaró la nulidad de dicha sentencia³.

En consecuencia, debidamente integrada la Sala, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 27 de marzo de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante la cual se denegaron las suplicas de la demanda formulada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los siguientes actos administrativos: el Fallo núm. 000048 de 14 de diciembre de 1999, expedido por la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, por el cual se decidió un proceso de responsabilidad fiscal y se declaró responsable en esa misma naturaleza al demandante en cuantía de \$1.546.556.462,92; el Fallo núm. 000016 de 9 de mayo de 2000, proferido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, por el cual se decidió el recurso de reposición interpuesto contra el anterior fallo, en el sentido de modificar la cuantía a \$1.510.661.518,56 y conceder el recurso de apelación; y la Resolución núm. 07213 de 2 de septiembre de 2002, emitida por el Contralor General de la República, por la cual se resolvió el recurso de alzada, en el sentido de confirmar el acto administrativo recurrido y declarar agotada la vía gubernativa.

I.- ANTECEDENTES

I.1 Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., el ciudadano LUIS ALBERTO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ

¹ fls. 25 a 97 cuad. 2.

² Fl. 33 ibídem.

³ Fl. 117 ib.

demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la Contraloría General de la República, con el objeto de que se accediera a las siguientes:

1.1 Pretensiones

“PRIMERA PRINCIPAL: Que es nula la Resolución Número 0048 de 14 de diciembre de 1999 (Anexo 1), proferida por la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, mediante la cual resuelve fallar con responsabilidad fiscal a cargo de mi poderdante **LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, en su condición de Gerente General de la Caja Promotora de Vivienda Militar, para la época de los hechos, en cuantía de un mil quinientos cuarenta y seis millones quinientos cincuenta y seis mil cuatrocientos sesenta y dos pesos con 92/100 M/Cte (\$1.546.556.462,92).

“SEGUNDA PRINCIPAL: Que es nula la manifestación de voluntad de la administración, contenida en la Resolución Administrativa No. 000016 de Mayo 9 del 2000 (Anexo 2), proferida por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, mediante la cual resuelve confirmar el fallo número 000048 de 1999, modificar la cuantía inicial de responsabilidad fiscal de mi mandante de (\$1.546.556.462,92) a (\$1.510.661.518,56) y conceder el recurso de apelación interpuesto.

“TERCERA PRINCIPAL: Que es nula la Resolución Número 007213, fechada Septiembre 02 del 2000 (Anexo 3), proferida por el despacho del señor Contralor General de la República, mediante la cual resuelve el recurso de apelación instaurado contra el fallo de responsabilidad fiscal a cargo de **LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, en su condición de ex-gerente general de la Caja Promotora de Vivienda Militar. Resolución por la cual dicho despacho, confirma en todas sus partes la providencia impugnada.

“CUARTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones anteriores, a título de restablecimiento del derecho que los actos impugnados vulneraron a mi poderdante, se declare que no existe responsabilidad fiscal en la cuantía imputable a mi poderdante.

“QUINTA PRINCIPAL: Que se condene a la Contraloría General de la República a indemnizar a mi poderdante, o a quien o quienes representen sus derechos, los Daños (sic) ocasionados por los Actos (sic) de ejecución de la decisión anulada, todo ello con la pertinente indexación e intereses de conformidad a los artículos 77 y ss del C.C.A. desde el momento de la materialización de la ejecución.

“SÉPTIMA PRINCIPAL: Que se disponga dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso, de conformidad con lo que preceptúan los artículos 175 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y se condene en costas a la parte demandada.” (mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original – fls. 1 y 2 cdno. ppal.).

1.2 Los hechos

El demandante refiere, en síntesis, que se desempeñó como Gerente General de la Caja Promotora de Vivienda Militar (en adelante CPVM) por un lapso de 32 días hábiles, comprendidos entre el 3 de enero y el 19 de febrero de 1997, cargo éste que le fue entregado por el Contralmirante Carlos Alberto Olmus, mediante acta suscrita el 9 de enero de 1997.

En dicha acta quedó plasmada como única referencia de los acuerdos números 7 y 8 de 1996, proferidos por la Junta Directiva de la CPVM, la mención de la Subgerente Financiera y Administrativa de la época y secretaria de la Junta Directiva, en el sentido de que se encontraban pendientes los siguientes documentos: actas números 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 y Acuerdos 7 y 8.

Durante el tiempo en el que el demandante ejerció las funciones como Gerente General de la CPVM, presidió el Comité de Inversiones que se reunió el 22 de enero de 1997 y en el que se determinó invertir en la sociedad fiduciaria Leasing Capital S.A., así como en otras entidades financieras, según consta en acta núm. 02 de 1997, compañía ésta que no figuraba como autorizada para invertir de conformidad con los mencionados Acuerdos núm. 7 y 8 de 1996.

Tal Comité de Inversiones estaba constituido por el grupo de apoyo del Viceministro de Defensa, la Jefatura de Operación y Gestión, la Tesorería y el Gerente General de la entidad, cuya función esencial era conceptuar y asesorar las inversiones de la CPVM, de conformidad con la normatividad general, especial e interna que la regulaba.

El 5 de diciembre de 1997, la Oficina Jurídica de la CPVM, ante la dificultad de la remisión de dicha inversión, emitió concepto al Gerente General de la época sobre la propuesta de dación en pago de Leasing Capital S.A., a través de memorando núm. 198-OJACCPVM, documento éste en el que se recomendó lo siguiente:

“Examinada la solicitud de aceptación de dación en pago propuesta por la deudora condicionada a que efectivamente se celebre un contrato de fiducia mercantil y que en desarrollo del mismo se transfieran los activos del LEASING CAPITAL S.A., se advierte que la misma adolece de una serie de requisitos que le restarían eficacia jurídica en caso de ser suscrito en la forma propuesta (...).”

En comunicación de fecha 15 de diciembre de 1997, el Jefe de la División de Gestión y Operaciones remitió al entonces Gerente General de la CPVM concepto sobre el informe financiero realizado a la firma Leasing Capital S.A. en el que recomienda: *“Considero que se debe agotar hasta la última instancia con el fin de recuperar total o parcialmente el capital invertido, ya que con los activos (inversiones, propiedad, planta y equito y, bienes restituidos), la compañía puede cancelar más o menos hasta el 60% de sus acreedores.”*

El 24 de diciembre de 1997, la CPVM suscribió con el representante legal de Leasing Capital S.A. el documento de dación en pago; así mismo, el 15 de mayo de 1998 se suscribió un contrato de fiducia mercantil irrevocable entre Leasing Capital S.A. y Alianza Fiduciaria, el que se pactó recibir para cancelar las acreencias a cargo de Leasing Capital, a título de dación en pago, los derechos fiduciarios que proporcionalmente a sus créditos les correspondan en el fideicomiso y recibir el pago correspondiente a las acreencias originadas en la emisión de certificados de depósito a término, que reunieran los requisitos.

El 19 de noviembre de 1998, se entregó el Certificado de Propiedad de Unidades Transactivos número 478, a favor de la CPVM, por valor de \$1.102.040.000.00, expedido por la Alianza Fiduciaria S.A. además de cuatro cheques por un valor de \$192.300.904.16.

En tal sentido, la dación en pago consistió en la entrega física de los títulos CDT para su cancelación, a cambio de un título representativo de derechos fiduciarios denominados unidades transactivos, con celebración de contrato de fiducia mercantil para transferir los activos de Leasing Capital S.A. como una garantía en beneficio de los acreedores y el compromiso de presentar un memorial conjunto tendiente a dar por terminado el proceso instaurado por el acreedor.

La Contraloría General de la República inició el conocimiento de la acción de responsabilidad fiscal mediante auto de apertura de investigación núm. 000198 de

31 de julio de 1997, proferido por la comisión investigadora establecida para la CPVM, mediante oficio núm. 00775 del día 30 de los mismos mes y año, suscrito por el Jefe de la División de Investigaciones y Juicios Fiscales.

La División de Investigaciones y Juicios Fiscales Bogotá – Cundinamarca, dispuso el cierre de la investigación fiscal y ordenó la apertura del juicio fiscal núm. 000198 mediante auto de 26 de marzo de 1998, en el que resolvió elevar a faltante de fondos públicos la suma de \$1.356.922.407,64, la que imputó a cargo del actor como presunto responsable fiscal en su calidad de ex-Gerente General de la CPVM.

Contra el anterior auto de cierre de investigación y apertura a juicio fiscal se interpuso el recurso de reposición, con el argumento de que el demandante desconocía las normas que regían y limitaban su gestión en cuanto a inversiones, recurso éste que fue desatado en auto de 12 de junio de 1998, en el sentido de confirmar en todas sus partes la providencia recurrida y remitir dicha actuación a la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República para lo de su competencia.

A través de auto núm. 0052 de 27 de enero de 1996 (sic) se avocó el conocimiento del juicio fiscal y se abrió la etapa correspondiente, dentro de la cual el demandante rindió los respectivos descargos con fecha de 8 de marzo de 1999; así mismo, ejerció su derecho de defensa con la presentación de los alegatos de conclusión el 9 de agosto de 1999.

Mediante fallo núm. 000048 de 14 de diciembre de 1999, la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República declaró responsable fiscalmente al demandante, en su calidad de ex-gerente de la CPVM en cuantía de \$1.546.556.462,92.

Fueron interpuestos los recursos de reposición y apelación; el primero de éstos fue desatado mediante fallo núm. 000016 de 9 de mayo de 2000, proferido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, con modificación de la cuantía a \$1.510.661.518.56 y la consecuente concesión del recurso de alzada, el que fue resuelto a través de la Resolución núm. 007213 de 2 de septiembre de 2000, emitida por el Contralor General de la

República confirmando en todas sus partes de la providencia recurrida y agotando en consecuencia la vía gubernativa.

1.3 Normas violadas y concepto de la violación.

El actor indica como infringidas las siguientes disposiciones: artículos 3, 6, 13, 29, 90, 122, 124, 209, 210, 267 y 268 de la Constitución Política; artículos 12 y 13 de la Ley 153 de 1887; artículos 2, 8, 72 a 77 y 79 de la Ley 42 de 1993; artículos 22 y 24 de la Ley 122 de 1995; artículos 4 numeral 3; 5 párrafos segundo y tercero; 8 numerales 4, 7, 8, 10 y 14 y, 10 numerales 5, 7, 11 y 16 del Decreto 353 de 1994; artículos 7 párrafo segundo y tercero; 11 numerales 7, 9 y 13; 12; 14 numerales 5, 9, 10, 12, 19

y 32 del Decreto 1843 de 1994, por el cual el Presidente de la República aprobó el Estatuto Interno de la CPVM, adoptado por el Acuerdo núm. 16 de 1994 de la Junta Directiva de la referida Caja Promotora; artículos 11 y 12 del Decreto 1013 de 1995; artículos 1, 11, 13 y 15 del Acuerdo núm. 20 de 1994 de la Junta Directiva de la CPVM; Acuerdo núm. 7 y 8 de 1996 de la Junta Directiva de la CPVM artículos 28, 34, 35, 37, 38, 44, 45, 46, 48, 61, 84, 146, 165 y 267 del Código Contencioso Administrativo; artículos 653, 669, 756, 1687 y s.s. del Código Civil, y artículos 140, 236, 237 y 238 del Código de Procedimiento Civil.

Al explicar el concepto de violación de tales normas, expuso seis cargos o motivos de reproche de legalidad, los cuales, a su vez, fueron desarrollados a través de distintos fundamentos⁴, conforme a la siguiente síntesis:

- Primer cargo: Análisis de la infracción legal considerada en los actos impugnados

Esta acusación la desarrolló en los siguientes capítulos: i) potestades de la Junta Directiva – Gerente; ii) legalidad de los acuerdos núm. 07 y 08 de 1996; iii) legalidad del comité de inversiones; y iv) análisis sobre la falta de validez financiera (no jurídica) de los acuerdos 7 y 8 de 1996.

i) Potestades de la Junta Directiva – Gerente

⁴ Un total de noventa y dos (92) fundamentos, denominados en la demanda también como CARGOS.

Señaló que al analizar la normativa aplicable al ejercicio de funciones en la CPVM, se debe resaltar el Decreto 353 de 1994, conforme el cual se autoriza al Gerente General para ejecutar todas las operaciones comprendidas en el objeto de la entidad, según la cuantía determinada en el estatuto interno de la CPVM; que, por su parte, el Decreto 1843 de 1994, mediante el cual se aprueba el estatuto interno de dicha Caja adoptado por Acuerdo núm. 16 de 1994, prevé que no es necesaria la autorización de la Junta Directiva de la CPVM en las operaciones del Gerente General, máxime si ese mismo estatuto no establece una cuantía determinada; y que, ese mismo decreto (1843 de 1994), en su artículo 4º, establece que la dirección y administración de la CPVM estará a cargo de la Junta Directiva y el Gerente General, éste último quien es su representante legal, de lo cual se deduce una coadministración o administración compartida, que necesariamente implica una responsabilidad compartida.

ii) Legalidad de los acuerdos núm. 07 y 08 de 1996

Anotó que el Acuerdo núm. 07 de 20 de septiembre de 1996, proferido por la Junta Directiva de la CPVM, determina que el Gerente General solamente podrá realizar inversiones en las entidades del sector financiero que se relacionen en el cuadro que contiene tal Acuerdo, lo cual no significa una autorización general, porque está señalando límites a las funciones del Gerente y, por ende, contraviniendo las disposiciones contenidas en el Decreto 353 de 1994, porque tal Acuerdo es una orden directa de la Junta Directiva al Gerente, lo cual, rompe con el esquema de jerarquía y coadministración de que tratan los artículos 4 y 9 del Decreto 353 de 1994.

Precisó que los acuerdos 7 y 8 de 1996 fueron suscritos por el Presidente y Secretario de la Junta Directiva de la CPVM, quienes no estaban designados para tal función y, por lo tanto, actuaron con extralimitación de funciones, además sin tener en cuenta el quórum necesario para la aprobación de los mismos.

Estimó, en ese orden, que dichos acuerdos fueron expedidos en contravía de las disposiciones legales sobre la materia, lo que determina que carezcan de validez y generen una clara incompetencia para expedir los actos demandados, asunto éste que no fue valorado por la Contraloría General de la República al efectuar el

análisis de la legalidad e interpretación sistemática de los Decretos 353 y 1843, ambos de 1994.

iii) Legalidad del Comité de Inversiones

Indicó que el Decreto 353 de 1994 establece las funciones de la Junta Directiva de la CPVM, en el sentido de que le corresponde a ésta desarrollar el estatuto interno, la estructura orgánica y la planta de personal, de conformidad con las normas que rigen la materia, función ésta que es concordante con la atribuida por el mismo decreto al Gerente General, en cuanto debe adoptar los reglamentos, manuales de funciones y, dictar las normas y adelantar los procedimientos necesarios para el cumplimiento de las actividades de la entidad; que no obstante lo anterior, el Decreto 353 de 1994 y el Acuerdo 20 de 1994, normas éstas que establecen la estructura orgánica de la CPVM, no hacen referencia al Comité de Inversiones, como unidad asesora del Gerente o de la Junta Directiva y, menos aún, precisan su conformación, funciones, funcionamiento interno, toma de decisiones y actos que ejecute; y que el Comité de Inversiones define sus propias funciones y sus miembros, desconociendo las atribuciones establecidas en la Junta Directiva y al Gerente General en los artículos 8 numeral 4 y, 10 numeral 13 del Decreto 353 de 1994, lo cual viola manifiestamente el artículo 6 de la Constitución Política.

Afirmó, en ese mismo sentido, que el “irregular” Comité de Inversiones, aun no estando establecido en la estructura interna de la CPVM, definió 19 políticas para la colocación de recursos de ésta, es decir, estableció el procedimiento para invertir, lo que significó una usurpación de las funciones de la Junta Directiva, definidas en el numeral 10 del artículo 8 del Decreto 353 de 1994, en el siguiente sentido: *“1. Reglamentar sistemas especiales para recibir y administrar los ahorros y subsidios de los afiliados y vinculados por contrato de prestación de servicios”*, en concordancia con la función atribuida específicamente al Gerente General en el artículo 10 numeral 11 del mismo decreto, según la cual debe: *“Velar por la correcta recaudación e inversión de los recursos de la entidad, de los afiliados y vinculados por contrato de prestación de servicios”*.

iv) Análisis sobre la falta de validez financiera (no jurídica) de los acuerdos 7 y 8 de 1996

Expresó que los citados acuerdos se originan en el estudio desarrollado por los miembros del Comité Financiero en el Acta núm. 002 de 12 y 13 de septiembre de 1996, acta ésta a partir de la cual se desarrolla una calificación de las entidades, y que pretende medir el riesgo asociado de invertir en las entidades que posteriormente son escogidas en los acuerdos 7 y 8 de 1996.

Advirtió que la información relacionada en dichos acuerdos no concuerda con la reportada ante la Superintendencia Bancaria, contenido éste que da cuenta de la calificación de riesgo obtenida con el estado de pérdidas y ganancias reportados por cada una de las compañías, que no corresponde de ninguna manera tampoco con el contenido del acta 002, la cual define las políticas del Comité Financiero.

- Segundo Cargo: Motivación de la Contraloría para endilgar la responsabilidad fiscal – indebida constatación de los hechos

Señaló que la Contraloría General de la República en la Resolución núm. 07213 de 4 de septiembre de 2000 consideró que con las pruebas recaudadas el demandante sí conocía los acuerdos núm. 7 y 8 de 1996, los cuales prohibían colocaciones en cooperativas y compañías de leasing y, aun así, procedió a realizar inversiones en las entidades que expresamente había vetado la Junta Directiva de la CPVM; que, según puede advertirse, ese ente de control fundó el debate de responsabilidad fiscal en el estudio de las indagatorias que, como se sabe, son medios de defensa y no medios de prueba, salvo que aporten documentos u otras pruebas, situación ésta que no se produce en el presente proceso, lo cual violenta el derecho de defensa del demandante; y que la Contraloría General de la República, pese al argumento esgrimido, no tuvo en cuenta que el demandante no conocía las irregularidades de la CPVM, ni las normas especiales que regían las inversiones, las que se aduce le fueron entregadas para su estudio.

Esta acusación, a su vez, se concretó en cuatro aspectos sustanciales, a saber:

i) Conocimiento de los acuerdos

Dijo que al fundamentar la decisión y hacer el correspondiente análisis probatorio el órgano de control desconoció que en el acta de entrega del Contralmirante Olmos al General Luis Alberto Rodríguez Rodríguez se hace referencia a que se

encontraban unos documentos pendientes de entregar, como lo fueron las actas núm. 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 y los acuerdos 7 y 8 de 1996, lo cual deja como evidencia que, efectivamente, el demandante no conocía tales normas; que no hay constancia de acta alguna que registre la reunión de la Junta Directiva de la CPVM que se hubiere celebrado entre el 26 de diciembre de 1991 y el 31 de enero de 1997, según la respuesta al derecho de petición dirigido a esa Caja Promotora, radicado bajo el número 164602, en el que se habían solicitado copia de las actas de reuniones en tal período; y que tampoco hay prueba de que los acuerdos y la demás documentación hayan sido enviados al demandante; por el contrario, en memorando MDV-CINST-839 oficio 006 dirigido al actor, se dio cuenta de que fue imposible enviar nuevamente las originales de las actas de Junta Directiva núm. 13 y 14 y de los acuerdos núm. 7 y 8 de 1996.

Destacó que esto indica que en el Ministerio de Defensa Nacional no existía copia de los documentos mencionados y que nunca fueron enviados al demandante, lo que conlleva a determinar que éste no conocía el contenido de tales normas y, por tanto, no era dable endilgarle esa responsabilidad.

ii) Conocimiento del caos de la CPVM

Afirmó que el General Luis Alberto Rodríguez Rodríguez no conocía la situación de caos en la que se encontraba la entidad, ya que la Junta Directiva de la misma jamás le informó respecto de tal situación; no se efectuó la entrega del cargo, sino que el Gerente General se reunió con dicho órgano directivo hasta cuando convocó a una reunión extraordinaria celebrada el 7 de febrero de 1997.

iii) Recibo de cotizaciones vía fax

Las cotizaciones llegaban al fax de la Gerencia General debido a que el proceso de inversiones así lo estipulaba, sin embargo, tales cotizaciones también podían llegar a otro fax dentro de las instalaciones de la Caja Promotora, lo cual significa que si bien iban dirigidos al Gerente General de la CPVM ello obedecía a las comunicaciones emitidas con ocasión de la expedición de los acuerdos núm. 7 y 8 de 1996 que así lo señalaban.

iv) Manipulación para la toma de decisión de invertir

Apuntó que no existió ninguna manipulación al Comité de Inversiones por parte del demandante para realizar inversiones en las compañías que estaban vetadas en los acuerdos 7 y 8 de 1996, asunto éste que era ampliamente conocido por los integrantes de dicho comité y resaltó, en ese mismo sentido, que antes que llegara a la Gerencia General el actor existía una práctica reiterativa en la CPVM de invertir en las mismas compañías el mismo día que se vencían los títulos, sin hacer un estudio de riesgo de la inversión.

- Tercer cargo: Incompetencia de la Contraloría – Patrimonio estatal

Advirtió que la Contraloría General de la República carece de competencia para conocer el supuesto detrimento patrimonial a que alude en los actos demandados, porque no existe norma sustantiva que lo determine de esa manera, pues, las inversiones que fueron objeto de reproche fueron adelantadas por funcionarios de una empresa industrial y comercial del Estado, no obstante lo cual, el dinero invertido constituía los ahorros de sus afiliados o salario de sus empleados, y no como fue argumentado en los actos demandados, en los que se mezcló un fin estatal, como el de la vivienda digna, con el de la actividad secundaria de la Caja Promotora. En ese orden, no puede pasarse por alto que la función que cumple la Contraloría General de la República es la de vigilar la gestión fiscal, la cual no es otra cosa que la vigilancia de la forma en que utilizan los recursos del Estado para el cumplimiento de los fines estatales, asunto éste que no se aplica para el presente caso, ya que no se está en presencia de dineros estatales; así mismo, la actividad que se ejecutó con ellos no es la prioritaria de la Caja Promotora, esto es, no puede entenderse como el cumplimiento de los fines estatales.

- Cuarto cargo: Análisis de la responsabilidad fiscal

i) Ausencia de detrimento patrimonial

Precisó, en apoyo de este argumento, que la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo y requiere para su configuración la concurrencia simultánea de los requisitos de culpa, daño y un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño, de modo que al faltar uno de ellos, no es posible declarar responsable a la persona o entidad correspondiente. Añadió que sin la presencia del daño no es posible establecer si se es culpable y resulta inoficioso indagar si se presenta o no el

vínculo de causalidad. Sostiene que en materia de responsabilidad fiscal, el daño que se les puede imputar a las personas es el daño material o patrimonial, para lo cual se requiere un detrimento en el patrimonio del Estado, el que debe ser cierto, directo, estar probado y no estar previamente indemnizado.

Indicó que Leasing Capital S.A. está intervenida por la Superintendencia Bancaria, lo que significa que hasta que dicho proceso no concluya no se puede sostener que los dineros invertidos se perdieron definitivamente. Que la Contraloría General de la República desconoce la existencia de un acuerdo de pago, en el que no intervino el General Luis Alberto Rodríguez Rodríguez, pero, en el que se afirma la extinción de la obligación, de conformidad con lo establecido en el artículo 1624 del Código Civil; y que de igual forma se pretende desconocer la dación en pago con el argumento de que no hubo entrega de bienes, sin tener en cuenta que tal acuerdo consistió en que se creaba una fiducia, mediante la cual se cancelarían las acreencias.

Concluyó, que no existe el daño cuantificado en \$1.510.661.518,56, en cuanto que la Contraloría General de la República desconoció la manera irregular que la fiducia canceló la obligación.

ii) Ausencia de culpa – diligencia

Anotó que el segundo elemento requerido para establecer una responsabilidad fiscal consiste en la actuación culposa o dolosa del agente; que la presunta negligencia imputada al demandante emana de una apreciación subjetiva y descontextualizada de las pruebas testimoniales de quienes también son responsables de la inversión e instrucción al respecto, pruebas éstas que fueron consideradas criterio suficiente para tachar de falta de diligencia en el actuar el señor Luis Alberto Rodríguez Rodríguez.

iii) Ausencia de nexo causal entre el presunto daño y la conducta del demandante

Señaló que el tercer elemento de responsabilidad fiscal es el vínculo o relación de causalidad que debe existir entre el daño causado y la conducta del agente a quien por la misma se le imputa su causación.

Estimó que en el supuesto de haberse causado un daño a la integridad del patrimonio nacional, su autoría y determinación no le puede ser atribuida al demandante, como quiera que las circunstancias generadoras de ese presunto perjuicio acaecieron cuando ya no se desempeñaba como Gerente de la CPVM, dada la intervención de la decisión de aceptar una dación en pago que desnaturalizó las condiciones iniciales de la inversión y colocó a la Caja Promotora en condiciones desfavorables frente a la recuperación del patrimonio invertido.

- Quinto cargo: Falta de concreción del cargo fiscal

Consideró que en los actos demandados no se precisa el alcance de la responsabilidad fiscal predicable al actor, pues su formación es vaga, totalmente interpretativa y con falta de concreción, lo que la hace alejada de la realidad jurídica y procesal, porque no funda claramente el acervo probatorio de los hechos en los que se sostienen sus deducciones, circunstancia ésta que genera una indebida motivación de esos actos administrativos, de tal manera que la única referencia que se encuentra en los mismos tiene que ver con el desconocimiento de los acuerdos 7 y 8 de 1996 y que la inversión por estar prohibida puso en riesgo el patrimonio de la entidad, de lo cual estableció un daño hipotético.

Observó que, de esa forma, se endilgó responsabilidad al demandante por el desconocimiento de los reglamentos, más que por el detrimento eventual que la inversión pudo causar, sin tener en cuenta la connotación de la desnaturalización que se dio en la inversión, por la dación en pago que extinguió el negocio inicial para efectuar uno nuevo.

- Sexto cargo: Violación de los principios de igualdad, debido proceso (derecho a la defensa), buena fe y confianza

Señaló que las disposiciones constitucionales sí pueden ser susceptibles de violación directa, tal como sucedió en el trámite del proceso fiscal que nos ocupa, donde claramente fueron transgredidos los artículos 13, 29 y 209 constitucionales, de la siguiente manera:

i) Principio de igualdad:

La Contraloría General de la República desconoció la responsabilidad de todas las personas que adelantan la gestión fiscal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 42 de 1993, en razón a que no vinculó al proceso a todos los agentes responsables de la decisión de la inversión; por ende, si la inversión realizada fue objeto de censura por parte de la administración, debió censurarse a todos los que participaron en el comité y no solamente al demandante porque es claro que, de conformidad con el principio de igualdad, si el acto da origen a responsabilidad fiscal, ésta debe recaer sobre todos los que participaron y no en uno sólo.

ii) Debido proceso – derecho a la defensa

En la actuación administrativa que dio origen a los actos impugnados fueron trasladadas versiones e indagatorias rendidas ante otras entidades, y sólo se practicaron declaraciones rendidas por personas implicadas directamente en la inversión cuestionada, declaraciones éstas de las que no se puede concluir que el demandante conocía o no el contenido de los acuerdos núm. 7 y 8 de 1996; no obstante, tales pruebas no fueron controvertidas, no tienen valor de testimonios, no fueron regular y oportunamente allegadas al proceso y, en consecuencia, los actos administrativos acusados carecen de fundamentación y deben ser declarados nulos. Así mismo, se acumularon en un solo proceso investigaciones diferentes que versaban sobre hechos distintos, acerca de los cuales no era válido tomar como fundamento las mismas pruebas, sino ser tramitados en procesos separados. También constituye violación del debido proceso el hecho de que los elementos que favorecían al demandante en la investigación no fueran tenidos en cuenta como tales, sino solamente los que lo vinculaban desfavorablemente y lo tildaban de responsable fiscalmente por la inversión realizada en la CPVM.

iii) Principio de confianza

Quien actúa conforme a su deber puede confiar en que los restantes intervinientes en una actividad conjunta cumplan también con la conducta que les corresponde desarrollar. Por supuesto, ello incluye la autoresponsabilidad de cada cual, que se observa como de mayor calado cuando se presenta una actividad estatal, en donde cada cual posee una función determinada en la Constitución, la ley o el reglamento.

En tales condiciones, ante el desorden encontrado en la CPVM, la llegada reciente al país por parte del demandante y la falta de actas y documentos que permitieran conocer confiablemente el funcionamiento de la misma, la única alternativa de una persona diligente era acudir a funcionarios con trayectoria y experiencia en los temas de inversión, como eran los del Comité de Inversiones, órgano éste que tiene como objeto específico asesorar y tomar de consuno las decisiones a seguir.

En ese sentido, la Contraloría General de la República desconoció el principio de confianza y no tuvo en cuenta que los miembros del Comité de Inversiones, conformado por quienes con su testimonio tratan de endilgar toda la responsabilidad al demandante, tienen la calidad de acusados en la Fiscalía General de la Nación, personas éstas que eran las encargadas de presentar en las reuniones del comité, los balances y estados financieros del caso.

iv) Principio de la buena fe

Debe dejarse a salvo este principio, el cual se presume, ya que el Comité de Inversiones estaba conformado por un conjunto de personas expertas en su labor, con la suficiencia para emitir conceptos de delicadas connotaciones, lo que conlleva a determinar que el demandante confió en la asesoría que le brindaban dichas personas, sin prever que, con oscuros propósitos, se iban a aprovechar de él y de su poder de decisión. Para este caso, la buena fe con la que actuó el demandante, protege a quien ha obrado en virtud de una apariencia engañosa, esto es, del Comité Técnico, primando el principio de responsabilidad de la gestión.

I.2 Contestación de la demanda

La Contraloría General de la República se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y procedió a defender la legalidad de sus decisiones, con fundamento en los argumentos que en forma resumida se sintetizan a continuación:

1) De la lectura de los actos acusados puede predicarse que el procedimiento fiscal que se adelantó contra el demandante fue surtido con el cumplimiento de toda la normativa fiscal aplicable, sin que se hubieran violado derechos fundamentales constitucionales o legales.

El demandante, en la condición de Gerente General de la CPVM para la época de los hechos, era un gestor fiscal y como tal estaba obligado a dar cumplimiento a las distintas normas legales en ejercicio de las funciones asignadas como directivo de dicha Caja Promotora.

2) En cuanto a la supuesta violación del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, la misma no se configuró, en razón a que dicha norma es y constituye un principio general del derecho, cuya infracción o desconocimiento no es dable alegarla directamente, pues su vulneración es necesario invocarla referida a la norma legal que la desarrolle. Así mismo, en el procedimiento administrativo el demandante contó con todas las garantías procesales, esto es, refutar las pruebas obrantes, rendir descargos e interponer los recursos pertinentes.

En los procesos de responsabilidad fiscal, en los que la Contraloría General de la República declara que una persona debe cargar con las consecuencias de su gestión fiscal y reparar el perjuicio causado a la entidad estatal, el debido proceso constituye un presupuesto indispensable para su regularidad, eficacia y validez, por lo tanto, debe aplicarse tanto en la investigación como en el juicio fiscal. En tales condiciones, tanto el auto de cierre de investigación, como el de apertura a juicio fiscal y el fallo de responsabilidad fiscal fueron expedidos con las ritualidades contempladas en la Ley 42 de 1993, con total acatamiento del debido proceso.

3) Con relación a la solidaridad, debe seguirse lo consagrado en el artículo 113 del Decreto 111 de 1006, según el cual los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales; por lo tanto, en caso de ser varios los autores del daño, cada uno de ellos será solidariamente responsable de su valor, y las contralorías están facultadas para exigir la totalidad del crédito respecto de todos los deudores solidarios conjuntamente o, igualmente, por la totalidad de la deuda contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que sea oponible el beneficio de la división.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 27 de marzo de 2008, denegó las súplicas de la demanda, con sustento en las siguientes consideraciones:

Señaló que el acervo probatorio allegado al expediente demuestra la ocurrencia de los siguientes hechos: 1) el demandante se desempeñó como Gerente General de la CPVM desde el 3 de enero de 1997, según consta en el acta de entrega suscrita el día 9 de esos mismos mes y año, cargo éste que le fuera entregado por el Contralmirante Carlos Alberto Olmus Restrepo; con relación al hecho según el cual en la anterior acta quedó como única referencia que los acuerdos núm. 7 y 8 de 1996 y que las actas núm. 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 se encontraban pendiente de entrega, de la lectura integral de la misma no se halló tal constancia; 2) el Comité de Inversiones se reunió el 22 de enero de 1997, reunión ésta en la que se determinó invertir en la sociedad fiduciaria Leasing Capital S.A. así como en otras entidades financieras, según da cuenta el acta núm. 02 de 1997; dicho comité estaba integrado por las siguientes personas: Irene Duarte Méndez, Jefe de División, Gestión y Operaciones (E); María Esther Gil Bosiga, Tesorera; Alfonso Posada Campos, Asesor Financiero; Nora Inés Vaca Velandia, Subgerente Financiera (E) y el Gerente General de la CPVM; 3) el 5 de diciembre de 1997, la Oficina Jurídica de la CPVM emitió concepto al Gerente General de la época, Vicealmirante Gilberto Roncancio, ante la dificultad en la remisión de la inversión y propuesta de dación en pago, consideración ésta consignada en el memorando núm. 198-OJACCPVM; 4) en comunicación de fecha 15 de diciembre de 1997, el Jefe de la División de Gestión y Operaciones remitió al entonces Gerente General de la Caja Promotora, un concepto sobre el informe financiero hecho a la firma Leasing Capital S.A., en el que recomendó que se debía agotar hasta la última instancia con el fin de recuperar total o parcialmente el capital invertido; 5) el 24 de diciembre de 1997, la CPVM y la sociedad Leasing Capital S.A. suscribieron el documento de dación en pago; así mismo, el 15 de mayo de 1998 se suscribió un contrato de fiducia mercantil irrevocable entre Leasing Capital S.A. y Alianza Fiduciaria, contrato éste último con el que se pactó recibir para cancelar las acreencias a cargo de la primera de estas sociedades, a título de dación en pago, los derechos fiduciarios que proporcionalmente a sus créditos les correspondan en el fideicomiso y recibir el pago correspondiente a las acreencias originadas en la emisión de certificados de depósito a término; 6) el 19 de noviembre de 1998 fue entregado el certificado de propiedad de las unidades transactivos número 478 a favor de la CPVM, por valor

de \$1.102.040.000,00 expedido por la Alianza Fiduciaria S.A.; 7) la Contraloría General de la República inició la acción de responsabilidad fiscal mediante auto de apertura de investigación No. 000198 de 31 de julio de 1997; 8) la División de Investigaciones y Juicios Fiscales Bogotá – Cundinamarca cerró la investigación fiscal y ordenó la apertura del juicio fiscal núm. 000198 mediante auto de 26 de marzo de 1998, providencia ésta en la que resolvió elevar a faltante de fondos públicos la suma de \$1.356.922.407,64, la que fue imputada a cargo de Luis Alberto Rodríguez Rodríguez en la calidad de ex-Gerente General de la CPVM; 9) contra el auto de cierre de investigación y apertura a juicio fiscal se interpuso el recurso de reposición, el que fue desatado en auto de 12 de junio de 1998, con confirmación de la providencia recurrida y su posterior remisión a la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República; 10) en auto No. 0052 de 27 de enero de 1999 se avocó conocimiento y se abrió la etapa de juicio fiscal, para lo cual el demandante rindió los respectivos descargos con fecha de 8 de marzo del mismo año y, los correspondientes alegatos de conclusión de 9 de agosto de 1999; 11) en fallo núm. 000048 de 14 de diciembre de 1999, la Dirección de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República decidió declarar responsable fiscal al Brigadier General (R) Luis Alberto Rodríguez Rodríguez, en su condición de ex-gerente de la CPVM en cuantía de \$1.546.556.462.92; y 12) contra la anterior providencia fueron interpuestos los recursos de reposición y apelación, el primero de los cuales fue desatado mediante fallo No. 000016 de 9 de mayo de 2000, proferido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva con modificación de la cuantía a \$1.510.661.518,56, y la consecuente concesión del recurso de alzada, el que fue resuelto a través de la Resolución núm. 007213 de 2 de septiembre de 2000, emitida por el Contralor General de la República con confirmación en todas sus partes de la providencia recurrida y declaró agotada la vía gubernativa.

En relación con los cargos de nulidad formulados en la demanda, luego de retomar el contenido y alcance de los mismos, negó la prosperidad de los mismos, con sustento en las siguientes consideraciones:

Primer cargo: Análisis de la infracción legal considerada en los actos impugnados

- *Potestades de la Junta Directiva – Gerente*

Señaló que el Decreto 353 de 1994, *“por el cual se modifica la Caja de Vivienda Militar y se dictan otras disposiciones”*, consagra en los artículos 4 a 10 lo correspondiente a su dirección y administración, para lo cual establece que: *“estará a cargo de la Junta Directiva y el Gerente General, quien es su representante legal”*; que, en ese sentido, dichos artículos establecen funciones diferentes tanto para la Junta Directiva como para el gerente general, por ende, a pesar de la llamada coadministración, todas ellas generan tanto derechos como obligaciones igualmente propias y distintas; y que si bien la administración y dirección de la CPVM están a cargo de la Junta Directiva y del Gerente General, el Decreto 353 de 1994 es claro al señalar las funciones que les corresponde a cada uno de éstos, lo que determina que la responsabilidad que se genere por el actuar de los mismos es perfectamente diferenciable para una y otro y no de manera solidaria o única o inseparable, como pretende hacerlo ver la parte actora.

Destacó que las normas que regulan las funciones y atribuciones de los órganos administrativos de la CPVM, no señalan una cuantía determinada que limite los actos del gerente, lo que no puede prestarse al equívoco de que ello obste para que el gerente general no sea responsable por tales actos, puesto que, con más razón, al otorgarle tal libertad la responsabilidad derivada de sus actuaciones se encuentra más marcada y, por tanto, debe responder por los actos, tanto jurídicos, económicos, administrativos y financieros, que ejecute.

Estimó que, al no tratarse de una responsabilidad solidaria, única e inseparable entre la Junta Directiva y el Gerente General de la Caja Promotora de Vivienda Militar, no es de recibo el argumento del actor, en cuanto pretende sustentar una administración compartida para que sea disminuido el grado de responsabilidad del que le fuera declarado responsable.

- Legalidad de los acuerdos núm. 07 y 08 de 1996

Recordó que la parte demandante sustentó como uno de los cargos de nulidad la ilegalidad de los acuerdos núm. 7 y 8 de 1996, con el argumento de que éstos fueron el fundamento para declararlo responsable fiscalmente por el faltante en cuantía de \$1.510.661.518,56, en ejercicio del cargo de Gerente General de la CPVM, lo que implica que se estudie la viabilidad y procedencia de la excepción

de ilegalidad, la que eventualmente puede soportar la pretensión de nulidad de los actos administrativos demandados en este proceso.

Indicó, en ese orden, que el demandante no puede limitar las facultades que sustentan la competencia de la Junta Directiva de la CPVM para la expedición de los actos administrativos demandados solamente a las consagradas en los numerales 7 y 8 del artículo 8 del Decreto 353 de 1994, puesto que en los acuerdos núm. 7 y 8 de 1996 se invoca la competencia en los siguientes términos: *“LA JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR EN EJERCICIO DE SUS FACULTADES LEGALES, ORGÁNICAS Y ESTATUTARIAS”*; es decir, que si se hace un estudio integral de las atribuciones y funciones de tal órgano directivo, se tiene que los acuerdos 7 y 8 de 1996 están soportados en todas las funciones consagradas tanto en el Decreto 353 de 1994 como en el estatuto de la entidad, esto es, en el Decreto 1843 de ese mismo año.

Precisó que los topes señalados en los acuerdos 7 y 8 de 1996 tienen una duración indefinida e intemporal, pues no se señaló en ellos un límite a su vigencia temporal, y que si bien constituyen valores correspondientes al movimiento o giro ordinario de las finanzas, tales valores estarán vigentes hasta que esos actos administrativos mantengan vigencia o sean modificados por otro acto administrativo en el sentido de actualizar tales valores, lo que no significa que esto desvirtúe la presunción de legalidad de los mismos.

Apuntó que dichos acuerdos fueron firmados por el Viceministro de Defensa Nacional y por la Secretaria designada para tal fin lo que conlleva a establecer que de ninguna manera existe falta de competencia para la expedición de tales actos acusados, por cuanto la autoridad en este caso es el Viceministro de Defensa Nacional, quien de conformidad con el numeral 1º del artículo 5 del Decreto 353 de 1994 debe presidir la Junta Directiva de la CPVM y no la secretaria designada, quien solamente refrenda la decisión adoptada, lo cual tampoco vicia de ilegal esos acuerdos.

Señaló, de otra parte, que el Acuerdo núm. 7 tiene como fecha de expedición el 20 de septiembre de 1996, no obstante su aprobación está documentada sólo hasta el día 25 de los mismos mes y año, según da cuenta el Acta de Junta Directiva de la CPVM No. 013 de esa misma fecha, en los siguientes términos: *“El señor Viceministro hace un resumen y la Junta aprueba la elaboración del acuerdo”*; esto

significa que, desde el punto de vista jurídico, la decisión administrativa, vale decir, el acto administrativo, sólo nació a la vida jurídica a partir de la fecha en que realmente se expidió, esto es, a partir del momento en que materialmente fue adoptada la respectiva decisión, es decir, el 25 de septiembre de 1996.

Lo anterior con relación al asunto objeto de juzgamiento tiene las siguientes implicaciones: a) los actos administrativos cuya nulidad se demanda, proferidos por la Contraloría General de la República, por los cuales se declaró responsable fiscalmente al actor, tienen como fundamento, entre otras razones, la violación del Acuerdo 7 de 20 de septiembre de 1996; b) en ese contexto, los hechos y operaciones por los que la Contraloría General de la República investigó fiscalmente al demandante tuvieron lugar durante los meses de enero y febrero de 1997, fecha ésta en la que se encontraba vigente el Acuerdo núm. 7 de 25 de septiembre de 1996; sin embargo, le fue endilgada responsabilidad fiscal respecto del Acuerdo núm. 7 de 20 de septiembre de 1996, el que, si bien fue expedido materialmente, puede estar viciado de ilegalidad por expedición irregular o falta de competencia, por lo que es viable aplicar la excepción de ilegalidad solicitada por la parte demandante; c) en ese entendido, la acusación hecha al demandante por haber violado el acuerdo núm. 7 de 20 de septiembre de 1996 trasgredió efectivamente el derecho al debido proceso y derecho de defensa, porque tal Acuerdo no existe jurídicamente, ya que la decisión que contiene ese acto administrativo fue aprobada en fecha diferente, o si bien pudiera predicar su existencia, el mismo deviene inválido por no haber sido realmente expedido en esa forma por la autoridad competente para hacerlo, esto es, la Junta Directiva de la CPVM, sino, por otra sin competencia para ello, como lo es el Presidente de dicho órgano.

Observó, de otra parte, que el Acuerdo núm. 8 de 7 de octubre de 1996 modificó el artículo 2 del Acuerdo. 7 de 1996, en el siguiente sentido: *“La columna que indica los topes máximos autorizados es ‘VALOR MÁXIMO A INVERTIR.’”*

Destacó, bajo esa óptica, que los acuerdos 7 y 8 de 1996 no son el único fundamento de los actos administrativos demandados, toda vez que el cargo general endilgado al demandante es el de la indebida gestión fiscal en el desempeño como Gerente General de la CPVM., cargo que tiene dos aspectos, a saber: i) desconocimiento de los acuerdos 7 y 8 de 1996 y, ii) efectuar

inversiones sin la correspondiente autorización o alejadas de las reglas y procedimientos señalados para tal fin.

Señaló que como el argumento referido al desconocimiento de los acuerdos 7 y 8 de 1996 no es el único soporte de legalidad de los actos administrativos demandados, debe hacerse un estudio y análisis de la legalidad de la otra razón que soporta la decisión contenida en los actos acusados, para efectos de establecer si ella es suficiente para fundamentar la decisión sancionatoria cuya nulidad se solicita en este proceso.

Resaltó que en la Directiva Permanente 004-AGO-96-6 firmada por el Gerente General de la época, Brigadier General (R) Celso Suárez Martínez, fueron establecidas reglas y procedimientos para realización de inversiones de la CPVM, dentro de las cuales se determinó que al realizar inversiones se deben observar específicas políticas, tales como: *“Colocación de recursos por períodos no mayores a 90 días”*; y que en reunión de la Junta Directiva celebrada el 20 de septiembre de 1996, la que da cuenta en Acta No. 011 de esa misma fecha (*ibídem*), se dispuso que: *“No se harán inversiones en compañías de financiamiento comercial, ni de leasing pues aunque son vigiladas por la Superbancaria, requieren un estudio más detenido porque su posición de riesgo es distinta”*

Advirtió que las políticas, reglas y directrices antes mencionadas son de obligatorio cumplimiento para quienes ejerzan cargos directivos o de gestión en la CPVM, debido a que son disposiciones que pueden garantizar el efectivo y adecuado ejecución del objeto de ella.

Afirmó que en la reunión del Comité de Inversiones celebrado el 22 de enero de 1997, que da cuenta en el Acta núm. 002 de esa misma fecha, luego de estudiar las cotizaciones allegadas a la CPVM, se autorizó la inversión en varias entidades financieras, dentro de las cuales se encuentra: Leasing Capital, con título de C.D.T., con un plazo de 90 a 150 días, con tasa nominal de 25.42, tasa efectiva de 27.5 e inversión realizada de \$4.000.000.000.oo.

Por ende, es claro que el Gerente de esa época, hoy demandante, desconoció las directrices, procedimientos y reglas para la inversión de los dineros pertenecientes a la CPVM, lo que soporta claramente la decisión de la Contraloría General de la

República de declararlo responsable fiscal, medida ésta contenida en los actos administrativos objeto de la presente *litis*.

Concluyó este aparte afirmando que si bien puede ser aplicable la excepción de ilegalidad porque el Acuerdo núm. 7 de 1996 fue expedido de manera irregular o con falta de competencia, ésta no es la única razón que sustenta los actos demandados, pues la legalidad de los mismos está sustentada también en que fueron desconocidas las políticas, directrices y reglas para inversión en la CPVM, asunto éste que no ha sido desvirtuado por el demandante ni del que obra prueba en contrario dentro del expediente.

- Legalidad del comité de inversiones

Señaló que los numerales 13 a 16 del artículo 8 y, 15 y 16 del artículo 10 del Decreto 353 de 1994 permiten la delegación y autorización de algunas de las funciones de la Junta Directiva y del gerente general de la CPVM, que vayan encaminadas a ejecutar y concretar el objeto de la misma; e igualmente, que el numeral 4 del artículo 8 del Decreto 353 de 1994 le permite a la Junta Directiva de dicha entidad: *“Desarrollar el estatuto interno, la estructura orgánica y la planta de personal de conformidad con las normas que rigen la materia”*, para lo cual, el artículo 11 del mismo decreto establece que dentro de la estructura orgánica de la Caja Promotora pueden existir unidades dedicadas al estudio o decisión de asuntos especiales.

Anotó, de otra parte, que en la reunión de la Junta Directiva celebrada el 2 de septiembre de 1996, sesión ésta de la que da cuenta el acta núm. 0008, se corroboró la existencia de un Comité Asesor, cuya función específica estaba dirigida a la asesoría, seguimiento y decisión de asuntos como la inversión y el manejo del portafolio de tal naturaleza, lo que soporta la existencia y legalidad del mismo.

Precisó que la legalidad del actuar del Comité de Inversiones no es un estudio que corresponde al Tribunal, por cuanto, si bien fueron conocidas, autorizadas y convalidadas sus decisiones por parte de la Junta Directiva, el Gerente General y los afiliados de la Caja Promotora, debe resaltarse que en las decisiones tomadas por tal órgano asesor participó el hoy demandante y, por lo tanto, mal puede ahora pretender justificar o exculpar su conducta con base en hechos o actuaciones del

comité del cual él fue integrante y partícipe; es decir, no es de recibo que pueda invocar como sustento de la defensa su propia culpa proveniente de su participación en dicho comité asesor.

- Legalidad sobre la falta de validez financiera (no jurídica) de los acuerdos núm. 7 y 8 de 1996

Reiteró lo dicho en el desarrollo del cargo referido a la legalidad de los acuerdos 07 y 08 de 1996, por cuanto, de una parte, no es de recibo la solicitada aplicación de la excepción de ilegalidad y, por otra, nada tiene que ver con la declaratoria de responsabilidad fiscal del demandante con los topes máximos señalados en tales acuerdos, porque el asunto va dirigido a la inversión en entidades de *leasing* y por un término superior a 90 días, con lo que se desconocieron las directrices permanentes para inversiones.

Segundo cargo: Motivación de la Contraloría para endilgar la responsabilidad fiscal – indebida constatación de los hechos

Observó que en los casos en que una persona asuma un cargo de tal envergadura y responsabilidad, como lo es el de ser gerente general de la CPVM, debe ser conocedora de los derechos, deberes y obligaciones que dicho cargo atañe, lo que supone también que debe percatarse de las normas y reglas que debe cumplir en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, las que, para el presente asunto, están comprendidas en los Decretos 353 y 1843, ambos de 1994, y los acuerdos núm. 7 y 8 de 1996; y que debe darse aplicación al principio contenido en el artículo 9 del Código Civil, según el cual *“La ignorancia de las leyes no sirve de excusa”*, por cuanto que era obligación del demandante conocer las normas a las cuales estaba supeditado, ya que de ellas dependían la legalidad de cada una de las acciones desarrolladas en ejercicio de sus funciones y atribuciones.

Puso de presente que en el acta núm. 001 de 1997, por medio de la cual se hizo entrega del cargo de Gerente General de la CPVM al General (R) Luis Alberto Rodríguez Rodríguez por parte del Contralmirante Carlos A. Olmus Restrepo, se rindió un informe detallado del estado actual de la empresa, esto es, de la situación relacionada con los siguientes aspectos: a) gerencia general; b) subgerencia de atención al afiliado; c) coordinaciones FFMM y Policía Nacional; d) subgerencia financiera y administrativa; e) oficina de control interno; f) oficina

de planeación; g) oficina jurídica y, h) oficina de informática y sistemas; que en dicha acta se informó, de manera concreta, lo relacionado con: funciones, dirección y administración, personal, asuntos en desarrollo y asuntos pendientes; y que de una lectura integral de ese documento, se determina con claridad que se informó de la situación en la que se encontraba la Caja Promotora y, por lo tanto, no tiene fundamento fáctico real el argumento del demandante atinente a que no conocía el estado de dicha caja, a pesar de haber estado fuera del país, por cuanto tal situación le fue informada en el momento en que asumió ese cargo directivo, todo ello sin perjuicio del deber funcional que le asiste de actuar con la debida y necesaria diligencia y cuidado en su actuación funcional, lo cual supondría, enterarse acerca del real estado de la situación administrativa, financiera y jurídica que en su momento le fuera encargado gerenciar.

Afirmó, respecto del recibo de las cotizaciones vía fax en la oficina de la Gerencia General de la entidad, que ese simple hecho no es determinante en la responsabilidad fiscal endilgada al demandante, ya que tales cotizaciones eran recibidas también en un fax de otra dependencia de la entidad.

Dijo, finalmente, que no se encuentra probado ningún tipo o acto de manipulación al demandante en la época en que ejerció el cargo de Gerente General, que se haya llevado a cabo en las reuniones del Comité de Inversiones celebradas los días 20, 22 y 29 de enero de 1997, de las que dan cuenta las actas núm. 1, 2 y 3 de 1997, respectivamente y que, por el contrario, se demuestra que fue él quien presentó las propuestas de inversión; así mismo, en esas actas existe constancia de que varios miembros de ese comité recomiendan que no se efectúen determinadas inversiones.

Consideró, que no está llamado a prosperar el segundo cargo, en la medida en que la motivación que sirvió de sustento de la decisión tomada por la Contraloría General de la República en los actos administrativos demandados, fue efectuada con base en los hechos ocurridos.

Tercer cargo: Incompetencia de la Contraloría – patrimonio estatal

Señaló que en virtud de lo consagrado en el artículo 119 de la Constitución, “*La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.*”, norma ésta concordante con

los artículos 267 a 274 de la Carta Superior, los que regulan la actividad de control fiscal; que la Ley 42 de 1993 “sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, determina en el artículo 2° los sujetos de control fiscal; que el artículo 2 del Decreto 353 de 1994 determina la naturaleza jurídica de la CPVM, precisando que “La Caja Promotora de Vivienda Militar es una empresa industrial y comercial del Estado, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional.(...)”; que los artículos 17 a 19 del Decreto 1843 de 1997 regulan lo concerniente al patrimonio y rentas de dicha Caja Promotora; y que el artículo 33 del Decreto 353 de 1994 dispone que el control fiscal es una función pública que será ejercida en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República de conformidad con los procedimientos, sistemas y principios señalados en la Ley 42 de 1993.

Expresó que no queda duda acerca de que la Contraloría General de la República es el órgano competente para la inspección, vigilancia y control fiscal de la CPVM, toda vez que, de una parte, actuó conforme las normas constitucionales y legales que regulan sus funciones y atribuciones y, por la otra, ejerció tal control sobre una entidad que, por disposición constitucional y legal, era sujeto de control de esa naturaleza.

Cuarto cargo: Análisis de la responsabilidad fiscal

Precisó que el proceso de responsabilidad 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, concepto éste del que se infiere que no se requiere exclusivamente una acción dolosa por parte del agente que ejerce la gestión fiscal, pues, la responsabilidad fiscal también puede generarse por la omisión o por acciones culposas, siempre que exista un detrimento o menoscabo en el patrimonio estatal.

Destacó que si bien fueron firmados los contratos de dación en pago y de acuerdo de pago, los mismos no son en sí el hecho generador del daño en el patrimonio, sino que lo fue la decisión de invertir en entidades financieras sobre las cuales existía riesgo, en las que no se tenían los estudios de viabilidad respectivos, lo

mismo que omitir las diferentes recomendaciones efectuadas tanto por el Comité de Inversiones como por los diferentes conceptos financieros solicitados y allegados en su debido momento, previo a la inversión cuestionada.

Reiteró, de otra parte, que la responsabilidad fiscal de un agente que ejerza gestión de esa naturaleza no se genera solamente por una acción dolosa del mismo, sino que también puede ocasionarse por una omisión o acción culposa y que, por lo tanto, no puede escudarse el demandante en la supuesta “buena diligencia” que dijo tener en el ejercicio de sus funciones como Gerente General de la entidad, porque de tal ejercicio se derivó el detrimento patrimonial del Estado en cuantía de \$1.510.661.518,62.

Estimó que sí existe nexo causal entre el daño patrimonial y la conducta del actor, por cuanto fue en ejercicio de sus funciones, que se decidió llevar a cabo inversiones que se encontraban restringidas por ser riesgosas para la estabilidad del patrimonio de la Caja Promotora.

Quinto cargo: Falta de concreción del cargo fiscal

Advirtió que el cargo fiscal endilgado al demandante se concreta en la indebida gestión del patrimonio estatal, lo que causó un grave perjuicio a terceros, afectándose uno de los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991, como lo es el derecho a la vivienda, ya que, tal patrimonio, en parte, correspondía a los aportes que habían efectuado los afiliados y empleados de la CPVM.

Indicó, igualmente, que en el auto de apertura de investigación fiscal núm. 000198 se indicaron presuntas irregularidades detectadas por la comisión de control de legalidad ante la CPVM.

Consideró, entonces, que en las diversas actuaciones dentro del juicio fiscal le fueron señaladas al investigado las conductas objeto de investigación, y así mismo, que en el fallo núm. 000048 de 1999 se estableció que la declaratoria de responsabilidad fiscal se debe al desgüeño administrativo y a la indebida gestión fiscal.

Sexto cargo: Violación de los principios de igualdad, debido proceso (derecho a la defensa), buena fe y confianza

- Violación del principio de igualdad

Advirtió que no se encuentra probado que los otros funcionarios pertenecientes a la Caja Promotora de Vivienda Militar estuvieran en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas del demandante, pues, de una parte, éste asumía funciones y atribuciones como Gerente General, las que estaban debidamente reglamentadas en norma jurídica y, por otra, tales obligaciones y deberes imponían a aquel un tipo de responsabilidad superior, debido a que era la persona idónea para tomar decisiones de inversión, decisiones éstas que contaban con tal entidad que lo ubicaban en una posición privilegiada y diferente respecto del resto de funcionarios.

Puntualizó que la responsabilidad fiscal es de carácter personal y, por lo tanto, de las actuaciones y sus consecuencias debe responder el sujeto activo de tal acción; por ello, si cada una de los funcionarios tiene sus atribuciones definidas bien sea en la ley, reglamento o en el manual de funciones, cada uno de ellos debe responder por los actos que ejecuten de manera individual y no colectivamente.

De otra parte, las funciones de fiscalización con que cuenta la Contraloría General de la República, reguladas en los artículos 267 a 274 de la Constitución Política de 1991 y en la Ley 42 de 1993, le otorgan una total autonomía en el control fiscal que ejerce respecto de los sujetos objeto de tal control, de tal suerte que no se puede pretender, como lo hace el actor, que la investigación y posterior juicio que lleve a cabo tal ente estatal esté supeditado a otros procesos de responsabilidad de diferente naturaleza.

Resaltó, además, que respecto de los otros funcionarios de la CPVM, que de una u otra forma tuvieron que ver en la toma de decisiones financieras, económicas y de inversión de la misma, se surtió también una investigación respecto de los hechos que dieron origen a la investigación de naturaleza fiscal, de las que se dio cuenta tanto en el procedimiento fiscal como en los actos administrativos demandados, de manera tal que tampoco por esa sola razón podía ser eximido de responsabilidad fiscal el demandante.

- Violación del debido proceso – derecho de defensa

Indicó que le asiste razón al demandante en cuanto aduce que dentro del acervo probatorio valorado para la expedición de los actos administrativos demandados se tuvo en cuenta el traslado de los testimonios rendidos por los funcionarios Luis Hernán Rivera Galvis, Morris Harf Meyer, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Alfonso Posada Campos, Irene Duarte Méndez y, Gladis Rivera Espinosa, pruebas éstas que no fueron ratificadas, tal como lo ordena el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, lo que conlleva a que dicha prueba sea ineficaz y no deba valorarse al momento de decidir de fondo el asunto objeto de investigación fiscal.

Advirtió que, no obstante lo anterior, dentro del acervo probatorio no sólo se tuvieron en cuenta dichas pruebas trasladadas, sino que también se valoraron otras más, las cuales son idóneas y suficientes para soportar la decisión tomada por la Contraloría General de la República en los actos demandados; en ese orden, si bien algunas de las pruebas valoradas por el órgano fiscal son ineficaces, por cuanto carecen de la formalidad atinente a la ratificación de los testimonios trasladados, aun prescindiendo de las mismas, no se encuentra que dichos carezcan de prueba que dé sustento a esa decisión.

Con relación a que se acumularon en un mismo proceso varias investigaciones, consideró que ellas versaban respecto de un mismo sujeto de control fiscal; así mismo, que la declaratoria de responsabilidad fiscal de cada uno de los ex-gerentes generales investigados fue determinada de manera individual, tal como puede verse en el artículo primero de la parte resolutive del fallo núm. 000048 de 1999, lo cual era completamente viable y legal, en virtud de la aplicación del principio de economía procesal, sin que ello signifique violación del derecho del debido proceso.

Estimó, finalmente, que no le asiste razón al demandante en relación con el argumento concerniente a que se le violó el debido proceso por el hecho de que no fueron valorados los elementos que lo favorecían, puesto que dentro del expediente no se encontró que se hayan dejado de valorar algunas pruebas; además, resaltó, la garantía consagrada en ese derecho no va dirigida siempre a beneficiar al investigado, sino a que efectivamente se haga un debido y legal

estudio probatorio de los medio de prueba allegados al expediente, de modo que el demandante no puede adecuar a su conveniencia esa garantía constitucional.

- Violación del principio de confianza

Destacó que la confianza que dijo tener el actor en los demás miembros del Comité de Inversiones no lo alejaba de su obligación de conocer las normas y procedimientos para la ejecución del objeto de la CPVM, como tampoco lo libera de la responsabilidad que pueda ocasionarse por las decisiones tomada por él, ya que tal comité obraba como órgano asesor más no como generador de decisiones.

- Violación del principio de la buena fe

Señaló que conforme si bien el artículo 83 de la Constitución señala que las actuaciones de los particulares y de las autoridades deben ceñirse a los postulados de la buena fe, y que ella se presume, tal presunción fue desvirtuada por los hechos demostrados a lo largo de la investigación fiscal.

Precisó que en virtud de la presunción de buena fe, nadie puede alegar su propia culpa para favorecerse de ella, por lo tanto, no puede el actor escudarse en que actuó de buena fe para omitir la responsabilidad que pueda generarse con ocasión de las funciones que ejercía como Gerente General de esa entidad..

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

Las razones de inconformidad que se plantean frente a la sentencia de primera instancia son, en resumen, las siguientes (fls. 6 a 27 cuad. 2):

1.- Advirtió, en relación con el capítulo de la sentencia relativo a los hechos probados, que el Tribunal desconoció que en el cuaderno de pruebas obra el Acta de Entrega núm. 001 de 1997, en la cual consta que se encuentran pendientes las Actas 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19, así como los Acuerdos núm. 7 y 8 de 1996 (acápite correspondiente a la Oficina de Planeación de la CPVM, bajo el rótulo “*Secretaría Junta Directiva*”); e igualmente que pasó por alto el contenido de dicha acta en lo referente a la División de Gestión y Operaciones - Tesorería, de cuyo texto se desprende claramente que la misión y funciones de esa dependencia era

asesorar *“la determinación de los objetivos, estrategias, políticas y metas relacionadas con el recaudo y la administración financiera de los recursos de la entidad ... Dar ingreso a los dineros y establecer políticas de manejo financiero, así como responder por la custodia y manejo de los valores de propiedad de la Entidad”, y también lo consignado bajo el rótulo “ACTIVIDADES EN DESARROLLO”, en donde se informa que esa dependencia tenía a cargo el “Estudio, evaluación y recomendación diario de las cotizaciones para inversión” y el “Manejo del portafolio de inversiones, el cual se encuentra al día, a diciembre 31 de 1996. Se aclara que está pendiente por legalizar el portafolio a Noviembre 30 de 1996”.*

2.- En relación con el capítulo denominado *“Análisis de los cargos de nulidad”*, indica que aunque los tres primeros cargos formulados en la demanda, (relacionados con la infracción imputada en los actos acusados) se refieren a materias conexas, son separables y debieron resolverse de esa manera y no como lo hizo el Tribunal, como si se tratara de un solo argumento, quedando el demandante sin respuesta a todas sus consideraciones.

3.- Estima que lo dicho en la demanda es que el Decreto 1843 de 1994, que aprobó los estatutos de la CPVM, no reprodujo la función que el Decreto 353 de 1994 había establecido para la Junta Directiva de autorizar al Gerente para ejecutar las operaciones comprendidas en el objeto de la entidad según la cuantía determinada en el estatuto interno y, menos aún, señaló cuantía alguna que limitara las facultades del Gerente General, por lo que, de una parte, no sería necesaria la autorización de la Junta para las actuaciones del este y, de otra, no pueden considerarse válidamente expedidos los Acuerdos núm. 07 y 08 de 1996; y resaltó que, pese a encontrar viable aplicar la excepción de ilegalidad propuesta respecto del Acuerdo 07 de 20 de septiembre de 1996, por haber sido expedido de manera irregular o con falta de competencia (excepción que cobija al Acuerdo 08 de 7 de octubre del mismo año en cuanto se limitó a introducir una modificación al primero de los citados), el Tribunal negó las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Contraloría está sustentada también en el desconocimiento de las directrices y reglas para inversión contenidas en la Directiva Permanente 004-AGO-96-6, según la cual en la CPVM sólo podría efectuarse *“Colocación de recursos por períodos no mayores a 90 días”*, y en el Acta 011 correspondiente a la reunión de la Junta Directiva celebrada el 20 de septiembre de 1996 en la que

se dispuso que “No se harán inversiones en compañías de financiamiento comercial ni de leasing pues aunque son vigiladas por la Superintendencia Bancaria, requieren un estudio más detenido porque su posición de riesgo es distinta”, argumentando que tales políticas, reglas y directrices “*son de obligatorio cumplimiento para quienes ejerzan cargos directivos o de gestión en la Caja Promotora, debido a que, las mismas son disposiciones que pueden garantizar el efectivo y adecuado (sic) ejecución del objetivo de la Caja Promotora de Vivienda Militar*” y que la inversión efectuada en Leasing Capital con un plazo de 90 a 150 días en la reunión del Comité de Inversiones realizado el 22 de enero de 1997, se apartó de ellas.

Sobre este punto, el apelante considera que la Directiva Permanente 004-AGO-96-6 0 no tiene la fuerza vinculante que el a quo pretende imprimirle, puesto que, de una parte, contiene una política, regla o directriz dispuesta por un anterior Gerente General de la CPVM y el demandante tenía iguales facultades para establecer políticas, reglas o directrices, conforme a lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 10 del Decreto 353 de 1994 y en el numeral 14 del artículo 14 del Decreto 1843 de 1994, lo que comporta igualmente la potestad de derogar las expedidas con anterioridad o apartarse de ellas y, de otra, no puede afirmarse que la directriz de no efectuar inversiones por periodos mayores a 90 días *per se* garantice la adecuada ejecución de los objetivos de la CPVM, ya que, como bien lo afirma la propia Contraloría General de la República en la Directiva 80-110-1107 del 5 de septiembre de 2000, “*la decisión para efectuar una inversión de largo plazo o una inversión de tesorería debe tomarse analizando el comportamiento del flujo de caja y el momento en el cual se requiera disponibilidad de los recursos para atender compromisos adquiridos en el desarrollo de las actividades propias de las entidades públicas*”.

Así mismo, que la recomendación de no efectuar inversiones en compañías de leasing, que advierte el Tribunal, aparece consignada en el Acta núm. 011 correspondiente a la reunión de la Junta Directiva celebrada el 20 de septiembre de 1996, tampoco tiene fuerza vinculante, en razón a que de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 7° del Decreto 1843 de 1994 (Estatuto Interno de la CPVM) “*las decisiones se tomarán por mayoría*”, y según lo consagrado en el artículo 12 del mismo decreto “*Las decisiones de la Junta Directiva se denominarán Acuerdos, los cuales deberán ser suscritos por el presidente y secretario de la misma*” y, en este caso, no se cumplió con tales requisitos, si se

tiene en cuenta que la expresión del señor Viceministro de Defensa en el sentido de que no se harían inversiones en compañías de leasing no corresponde a una decisión de la Junta Directiva, puesto que no está incorporada a un Acuerdo y tampoco aparece aprobada por la mayoría de los miembros presentes; además, no puede afirmarse que tal recomendación garantizaba la adecuada ejecución de los objetivos de la CPVM, pues las decisiones de inversión deben corresponder a “*criterios técnicos en los que se evalúe el nivel de riesgo que se determine asumir, más que a descalificaciones generalizadas de entidades por su naturaleza jurídica*”, como se lee igualmente en la Directiva 80-110-1107 del 5 de septiembre de 2000 firmada por el Contralor General de la República de la época.

4.- Destacó, comentando lo analizado sobre el cargo de falta de competencia de la Contraloría para conocer del supuesto detrimento patrimonial a que alude en sus fallos, que el Tribunal se limitó a señalar la naturaleza de empresa industrial y comercial del estado de la CPVM, así como las normas que en sus estatutos se refieren a su patrimonio y recursos, pero omitió referirse al argumento jurídico de fondo que se expone en la demanda, cual es que las inversiones reprochadas fueron efectuadas con ahorros o salarios de los afiliados a la CPVM, aportados por ellos cuando ya habían ingresado al patrimonio personal del afiliado, esto es, con recursos que no eran dineros estatales, argumento éste que debe ser decidido por el *ad quem*.

Puntualizó la apelante que en donde radica la mayor inconformidad es frente a los argumentos con los que el Tribunal despachó los cargos relativos al análisis de la responsabilidad fiscal, cuyos elementos configurativos, insiste, no se presentan en este caso.

Anotó en efecto, que en relación con el requisito de que exista una conducta dolosa o culposa el Tribunal se limitó a consignar que “no puede escudarse el demandante en la supuesta “*buena diligencia*” que dijo tener en el ejercicio de sus funciones como gerente general de la Caja Promotora, porque de tal ejercicio se derivó el detrimento patrimonial del Estado en cuantía de \$1.510'661.518,62”, entendiéndolo, en forma equivocada, que dos de los elementos de la responsabilidad fiscal (conducta dolosa o culposa y daño patrimonial) quedarían reducidos a uno (pues no habría conducta excusable si se presenta daño patrimonial), lo cual, a su juicio, no es así, toda vez que cada uno de los

elementos de la responsabilidad fiscal debe ser analizado en forma independiente.

Indicó que dijo fue argumento del Tribunal el que: *“Con relación a la ausencia de detrimento patrimonial del Estado en el presente asunto, se tiene que, si bien fueron firmados los contratos de dación en pago y de acuerdo de pago, los mismos no son en sí el hecho generador del daño en el patrimonio sino, que lo fue la decisión de invertir en entidades financieras sobre las cuales existía riesgo, en las que no se tenían los estudios de viabilidad respectivos, lo mismo que, omitir las diferentes recomendaciones efectuadas tanto por el comité de inversiones como por los diferentes conceptos financieros solicitados y allegados en su debido momento, previo a la inversión cuestionada”*.

Consideró que en el citado párrafo el *a quo* no está realmente determinando la existencia de un detrimento patrimonial, sino más bien la existencia de un hecho potencialmente dañoso; que la decisión de invertir en entidades financieras sobre las cuales exista un riesgo no constituye en sí misma un daño, sino, como bien lo expresa la propia frase, un riesgo; y que si bien la mencionada decisión puede llevar a que se produzca un daño, es necesario determinar que éste en efecto se causó para que haya lugar a la responsabilidad fiscal, lo cual no ocurrió en este asunto.

Anotó que para dejar en evidencia el error del Tribunal al concluir que existe detrimento patrimonial, caben las siguientes consideraciones:

- Que el demandante ingresó a prestar servicios a la CPVM como Gerente General el día 3 de enero de 1997.

- Que aunque es cierto que bajo su administración (22 de enero de 1997), se realizó una inversión en Leasing Capital, a 150 días, por valor de \$1.000'000.000, no lo es que para la fecha en que ésta se efectuó se conociera que esa entidad se encontraba en riesgo, como tampoco que no se tuvieran estudios, pues Leasing Capital S.A. era receptora de inversiones de la CPVM con varios meses de anterioridad a la fecha de ingreso del actor, y en la demanda se encuentran señaladas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó esta inversión, así como el análisis de la conducta de quienes participaron en la adopción de esa decisión e igualmente está debidamente referenciado el material

probatorio que prueba los hechos narrados.

- Que el actor se retiró del cargo de Gerente General de la CPVM el 19 de febrero de 1997, lo que significa que ya se encontraba retirado del servicio público en la fecha en que debía redimirse el CDT a cargo de Leasing Capital S.A., que resultó impagado, por lo que la CPVM instauró en su contra proceso ejecutivo que se adelantó en el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, proceso que se terminó “*por pago total de la obligación*”, conforme certificó ese despacho en el oficio núm. 1130 del 25 de mayo de 2000 dirigido al señor Juez 13 Penal del Circuito.

- Que la obligación a cargo de Leasing Capital para con la CPVM que nació con la operación de inversión realizada bajo la administración del actor se extinguió en virtud de un contrato de dación en pago celebrado entre Leasing Capital y la CPVM, cuya copia se aportó al proceso, en el que aquel no intervino, pero en el que de manera enfática se afirma la extinción de la obligación de conformidad con lo establecido en el artículo 1624 del Código Civil; además, la circunstancia de que el activo que aceptó la CPVM en pago esté constituido por derechos fiduciarios no comporta que no tengan vocación liberatoria, pues fueron recibidos “*pro solutio*”, y si la entidad mantuvo el registro del pasivo a cargo de Leasing Capital, S.A. lo mismo fue un error, como se dijo en el dictamen pericial.

- Que la Contraloría desconoció los efectos jurídicos que el acuerdo de dación en pago suscrito entre Leasing Capital S.A. y la CPVM produjo y el Tribunal se negó a examinar los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por el actor, bajo el argumento de que la causa del presunto detrimento patrimonial no estaba en el contrato de dación en pago sino en la decisión de inversión, lo cual, a su juicio, constituye un “*ex abrupto jurídico*”, pues la dación en pago lo que demuestra es la extinción de la obligación que había nacido con la inversión efectuada por el demandante en la citada entidad.

- Que la Contraloría desconoció que en desarrollo de ese acuerdo de dación en pago, la CPVM entregó el CDT que respaldaba la operación de inversión que realizó el actor y lo cambió por un certificado de propiedad de unidades transactivos por valor de \$1.102'040.000 que la convirtió en titular de derechos fiduciarios y beneficiaria del fideicomiso constituido por Leasing Capital S.A. en Fiduciaria Alianza.

- Que se negaron la Contraloría y el Tribunal a darle efectos a la terminación por pago total de la obligación del proceso ejecutivo que había instaurado la Caja Promotora de la Vivienda Militar ante el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá contra Leasing Capital S.A..

- Que desconocieron la Contraloría y el Tribunal el fallo del 15 de diciembre de 2000 proferido por la Juez 13 Penal del Circuito, que resolvió la situación penal del demandante, en el que igualmente se reconoce la inexistencia de daño a indemnizar.

- Que se abstuvo el Tribunal de darle valor probatorio a los pagos parciales que el fideicomiso transactivo había hecho a la Caja Promotora de Vivienda Militar, que hasta el 2 de noviembre de 1999 ascendían a \$214'341.704,96, lo que claramente demostraba que había expectativa de recuperación de los recursos de la Caja, como expresamente admitió la Contraloría en la Resolución 48 de 1999, y correlativamente significaba que el daño no era cierto y cuantificable.

- Que tampoco le concedió mérito ninguno al hecho de que autoridades como la Superintendencia Bancaria y FOGAFIN dieron viabilidad al acuerdo de dación en pago “concebido como solución para el pago de las acreencias”.

- Que nada significó para la Contraloría ni para el Tribunal que el fideicomiso transactivo no se ha liquidado, que allí existen activos de cuya realización depende el pago de recursos a los beneficiarios, lo que significa que si la dación en pago no tuvo efecto liberatorio de la obligación que nació con la inversión inicialmente constituida en Leasing Capital S.A. bajo la administración del demandante, de existir daño, el mismo sería incierto o eventual.

- Que tanto la Contraloría como el Tribunal se han negado a admitir efectos a las decisiones adoptadas por personas ajenas al actor, pues no fue éste quien suscribió el acuerdo de dación en pago, ni quien terminó el proceso ejecutivo, ni el que dejó a la Caja Promotora de la Vivienda Militar sin posibilidad de éxito en un proceso liquidatorio de Leasing Capital.

- Que no existe en la sentencia apelada pronunciamiento expreso sobre la existencia del daño y su cuantificación, pese a que el demandante ha probado una serie de hechos y ha invocado fundamentos de derecho que le permiten

afirmar que no existe daño imputable a él o por lo menos que éste es eventual, siendo absolutamente relevante la definición de este aspecto, pues si no existe un daño cierto y determinado no hay responsabilidad fiscal y si no hay responsabilidad fiscal son nulos los actos administrativos demandados

Frente al tercer elemento de la responsabilidad fiscal (el nexo causal entre la conducta del General Rodríguez y el supuesto daño patrimonial), señaló que la inversión efectuada bajo la administración del demandante fue en un certificado de depósito a término, título valor con características especiales, con atributos que le hubieran dado a la CPVM una posición privilegiada en la liquidación de Leasing Capital S.A., en tanto que la inversión que hoy posee la CPVM es completamente distinta, debido a hechos acaecidos cuando ya no se desempeñaba como Gerente de la CPVM y que colocaron a la entidad en condiciones desfavorables frente a la recuperación de los recursos invertidos.

Destacó, en ese orden, que el daño para ser indemnizable debe ser cierto, directo, estar probado y no haber sido previamente indemnizado, y que la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que el eventual o meramente hipotético no es indemnizable.

Finalmente, puso de presente que la prueba documental que se relaciona en la sentencia como "suficiente" para derivar la responsabilidad fiscal a cargo del actor, en realidad no lo es, omitiendo el Tribunal valorar las pruebas que favorecían a éste, tal como se dijo en el alegato de conclusión presentado ante el Tribunal.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSION EN LA SEGUNDA INSTANCIA

En esta etapa del proceso intervino solamente la parte actora para reiterar, en lo fundamental, los argumentos consignados en el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal.

V.- EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el presente asunto, el Agente del Ministerio Público delegado ante el Consejo de Estado no rindió concepto.

VI.- DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La parte actora en su recurso plantea varios cargos contra la sentencia apelada que negó las pretensiones, porque considera que los actos acusados, están incursos en causal de nulidad de acuerdo con las acusaciones que presentó en la demanda. A ellos se referirá la Sala en el mismo orden en que fueron planteados.

PRIMER CARGO.- En él se indica que el a quo pasó por alto que en las pruebas obra el Acta de Entrega 01 de 1997, de la Gerencia General, en donde consta que se encontraban pendientes las actas 13 a 19 de la Junta Directiva de la entidad y las funciones de la División de Gestión y Operaciones-Tesorería.

Luego de revisar en anexo N° 2 de la demanda, efectivamente se constata a folio 374 que las actas 13 y 14 fueron “...recibidas en la Gerencia el día 29 de octubre de 1996, cuyos originales no han sido entregados a esta Oficina”; las actas 15 y 16 “...están en el Viceministerio de Defensa”; las actas 17, 18 y 19 “...están para aprobación de la Junta Directiva” y que los acuerdos 7 y 8 “...vienen en oficio remisorio con las actas 13 y 14.”

Respecto de la División de Gestión y Operaciones-Tesorería, igualmente se observa que tal dependencia tiene como misión (fl. 331 ib) la de “Asistir a la Subgerencia Financiera y Administrativa en la determinación de los objetivos, estrategias, políticas y metas relacionadas con el recaudo y la administración financiera de los recursos de la Entidad”, y “...dar ingreso a los dineros y establecer políticas de manejo financiero, así como responder por la custodia y manejo de los valores de propiedad de la Entidad.”

De consiguiente, la primera de dichas constataciones es plenamente demostrativa de que tanto los acuerdos 7 y 8 así como las actas 13 y 14 de Junta Directiva, sí

se encontraban en la Gerencia de la entidad a la fecha de entrega del cargo del Gerente saliente al actor, y no como se pretende hacer ver por el apelante, que tales documentos reposaban en la Oficina de Planeación. Y, respecto de la segunda de ellas, cabe decir que solo describen la misión de la División de Gestión y Operaciones-Tesorería.

SEGUNDO CARGO.- En él se cuestiona que el Tribunal de origen debió estudiar los tres primeros cargos de la demanda en forma separada y no conjunta, por lo cual dejó de resolver todos los asuntos en ellos planteados.

Al revisar la Sala el escrito de demanda, la Sala observa que los cargos primero, segundo y tercero que se formularon en la demanda se encuentran dentro del acápite denominado "*potestades de la Junta Directiva*", y se fundamentan en que en la normatividad que rige el ejercicio de las funciones de la CPCM (decretos 353 y 1443 de 1994) no se establece cuantía alguna para que el gerente realice operaciones comprendidas en el objeto social y que dado que en el artículo 4° del Decreto 1443 de 1994 (Estatuto Interno) se establece que la dirección y administración de la entidad está a cargo de la Junta Directiva y el Gerente General, ello determina que se presenta una coadministración o administración compartida, de lo cual se deriva que en caso de presentarse una falla en la administración de ella, la responsabilidad que de allí se derive debe ser compartida.

Sobre dichos cargos, igualmente se observa, que el Tribunal se ocupó de su estudio y análisis, para concluir, en cuanto al primero de ellos, que si bien en los citados estatutos legales no se señala una cuantía determinada que limite los actos del gerente, no puede pretenderse con ello que el gerente no sea responsable de sus actuaciones, con más razón al otorgársele mayor libertad de acción para la toma de sus decisiones, y, respecto del segundo y tercero, que los artículos 4° a 10° del Decreto 353 de 1994, en concordancia con los artículos 6° a 16 del Decreto 1843 del mismo año, establecen funciones diferentes tanto para la Junta Directiva como para el Gerente, por lo cual, a pesar de la llamada coadministración, todas ellas generan tanto derechos como obligaciones igualmente propios y distintos, lo que determina que la responsabilidad que se genere por el actuar de los mismos es perfectamente diferenciable para una y otro y no de manera solidaria o única o inseparable como pretende hacerlo ver la parte actora.

Por lo anterior, no es de recibo la cesura que por este aspecto se formula.

TERCER CARGO.- Éste se cimenta en que no obstante el a quo haber aplicado la excepción de ilegalidad respecto del Acuerdo 7 de la Junta Directiva de la CPVM, que sirvió de fundamento de los actos acusados, negó las pretensiones de la demanda con el argumento de que estos también se sustentan en la Directiva Permanente 004-AGO-96-6, según la cual sólo podían efectuarse colocaciones de recursos por períodos no mayores a 90 días, y en el Acta 011 de 20 de septiembre de 1996, en que se dispuso que no se harán inversiones en compañía de financiamiento comercial ni de leasing.

Sobre dichos aspectos, sostiene el apelante que en razón a que la referida Directiva Permanente fue dispuesta por un anterior Gerente de la CPVM, el demandante tenía iguales facultades para establecer políticas, reglas o directrices distintas, conforme a lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 10 del Decreto 353 de 1994 y en el numeral 14 del artículo 14 del Decreto 1843 de 1994, lo que comportaba la potestad de derogar las expedidas con anterioridad o apartarse de ellas, de acuerdo a la mayor conveniencia para la entidad. Añade que la recomendación que aparece consignada en el Acta de Junta Directiva N° 11 de 20 de septiembre de 1996 no fue aprobada mediante Acuerdo de dicha Junta así como tampoco por la mayoría de los asistentes a la misma, además de que no garantizaba la adecuada ejecución de los objetivos de la CPVM, pues las decisiones de inversión deben corresponder a criterios técnicos en los que se evalúa el nivel de riesgo que se determine asumir, más que a descalificaciones generalizadas de entidades por su naturaleza jurídica, como lo dice la Directiva 80-110-1107 de 2000 de la Contraloría General de la República.

En relación con los argumentos del apelante, la Sala considera que si bien de conformidad con las normas que señala de los decretos 353 y 1843 de 1994, el Gerente General de la CPVM tiene asignada la función de *“Adoptar los reglamentos, manuales de funciones y dictar normas y procedimientos para el cumplimiento de las actividades de la entidad”*, con fundamento en tal facultad no le era dable desconocer las Directivas que se encontraban en plena vigencia al momento de adoptarse la decisión de realizar la inversión que fue objeto de investigación por parte de la Contraloría General de la República, sin que de manera previa hubiera procedido a su derogatoria o, al menos, a explicar las razones y fundamentos de conveniencia para la entidad que le asistían o

asistieron para apartarse de ellas y de las recomendaciones hechas por la Junta Directiva, todo lo cual brilla por su ausencia tanto en la demanda como los antecedentes administrativos de los actos acusados, en las pruebas que obran en el proceso y en el recurso de apelación.

CUARTO CARGO.- La cuarta censura que se plantea a la sentencia apelada consiste en que el Tribunal no analizó debidamente el cargo de incompetencia de la Contraloría General de la República para investigar y sancionar al demandante, en razón a que los fondos de la CPVM están constituidos por los aportes de sus afiliados, pues se limitó a señalar la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado y las normas de sus estatutos que se refieren a su patrimonio y recursos.

Sobre este particular, la Sala hace las siguientes precisiones:

La Ley 42 de 1993, “sobre la organización de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, vigente al momento de expedirse los actos acusados, dispone en sus artículos 2º: y 4º

“ARTÍCULO 2º—Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, **las empresas industriales y comerciales del Estado**, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo.” (negrillas fuera de texto)

“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.”

Por su parte, el artículo 2º del Decreto 353 de 1994, “Por el cual se modifica la Caja de Vivienda Militar y se dictan otras disposiciones” en concordancia con el artículo 3º del Decreto 1843 de 1994, “Por el cual se aprueban el Estatuto Interno

de la Caja Promotora de Vivienda Militar”, determina su naturaleza jurídica, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA. La Caja Promotora de Vivienda Militar es una **empresa industrial y comercial del Estado**, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional.

PARAGRAFO. En ejercicio de la tutela administrativa, corresponde al Ministerio de Defensa Nacional la orientación, coordinación y control de la Caja, en los aspectos de organización, personal y actividades que debe desarrollar éste de acuerdo con la política general del Gobierno.” (negrillas fuera de texto)

A su vez, los artículos 17 a 19 del Decreto 1843 de 1994, o Estatutos de la entidad, regulan lo concerniente a los recursos de la CPVM, y para el efecto señala en su numeral 1 que ellos están constituidos por **“los aportes que se incluyan en el presupuesto nacional.”**(negrillas fuera de texto)

De igual manera, el artículo 47 del Decreto 1843 de 1994, en concordancia con el artículo 34 del Decreto 353 de 1994, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 47. CONTROL FISCAL. Conforme a los procedimientos, sistemas y principios señalados por la Ley 42 de 1993, el control fiscal es una función pública que **será ejercida en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República en la Caja Promotora de Vivienda Militar.**” (negrillas fuera de texto)

Finalmente, el artículo 18 del Decreto 353 de 1994 señala los recursos o aportes de los afiliados a la CPVM o vinculados por prestación de servicios, así:

“ARTÍCULO 18. APORTES. Los siguientes recursos se denominarán aportes de los afiliados o vinculados por contrato de prestación de servicios.

1. El ahorro obligatorio equivalente al 7% de la asignación básica mensual de los afiliados de que tratan los numerales 1o y 3o del artículo **14** del presente Decreto, siempre y cuando su afiliación haya sido anterior a la promulgación del presente Decreto.

Autorízase a la Junta Directiva para establecer hasta un 10% de la asignación básica mensual como ahorro obligatorio a quienes se afilien con posterioridad a la promulgación del presente Decreto.

2. El ahorro obligatorio equivalente al 4.5% de la asignación de retiro o pensión que reciba mensualmente el personal de que trata el numeral 2o del artículo **14** del presente Decreto.

3. El ahorro obligatorio equivalente al 4.5% de la pensión que reciba mensualmente el personal de que trata el artículo **15** del presente Decreto.

4. El ahorro obligatorio de los vinculados por contrato de prestación de servicios será igual al fijado en los numerales 1o, 2o y 3o del presente artículo, teniendo en cuenta para cada caso la condición del vinculado: activo, retirado, pensionado o cónyuge sobreviviente.

5. El ahorro voluntario de sus afiliados o vinculados por contrato de prestación de servicios.

6. El ahorro por concepto de cesantías causadas y liquidadas a favor de sus afiliados y vinculados por contrato de prestación de servicios, **que la Nación apropiará anualmente para ser transferido a la Caja.**

Los valores causados y acumulados a 31 de diciembre de 1994 por concepto de cesantías consolidadas, se transferirán de acuerdo con los plazos que determine el Gobierno, a favor de los afiliados y vinculados por contrato de prestación de servicios que hayan cumplido los 14 años de aportes, e **incluidos en el Presupuesto General de la Nación.**

(...)" (negritas fuera de texto)

De la lectura armónica y concatenada de las normas reseñadas, para la Sala es claro, de una parte, que son las mismas disposiciones legales las que determinan que la CPVM es una empresa industrial y comercial del estado, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional y que **su control fiscal lo ejerce la Contraloría General de la República** y, de la otra, que esa fiscalización que la ley radica en el dicha entidad, obedece a que sus recursos están constituidos por contribuciones parafiscales con carácter obligatorio, vale decir, con aportes del Presupuesto Nacional y con aportes a cuentas individuales de sus afiliados, rendimientos de ellas y reglas de permanencia en el sistema.

QUINTO CARGO.- En núcleo central de la quinta censura que se plantea en contra de la sentencia de primera instancia se hace consistir en que el a quo dejó de examinar los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por el actor, con el argumento de que la causa del presunto detrimento patrimonial que se le atribuyó no se encontraba el contrato de dación en pago, sino en la decisión de realizar la inversión en Leasing Capital, pues lo que demuestra dicho contrato es la extinción de la obligación de había nacido con dicha inversión.

Con el fin de proceder al análisis de la acusación, cabe precisar inicialmente que la responsabilidad fiscal que es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la

protección del Patrimonio Público; en tal sentido, su carácter es netamente resarcitorio y, por consiguiente, busca la recuperación del daño cuando se ha causado un detrimento patrimonial al Estado. En este orden, y a pesar de que los actos acusados se expidieron bajo la vigencia de la Ley 42 de 1996, nada obsta para acudir a lo establecido en la Ley 610 de 2000 “*por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*”, en la que se determina que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurren estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad fiscal.

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño.

Expresa así la indicada norma:

*“Artículo 40.- Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o 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. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno.*

(...)” (negritas fuera de texto)

En armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo, es decir, establecerlo en cifras concretas y en su real magnitud.

Por consiguiente, en concordancia con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, el

fallo que reconozca la responsabilidad fiscal solo puede proferirse cuando en el proceso obren las pruebas suficientes que conduzcan a la existencia del daño al patrimonio público y su cuantificación, y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente (dolo o culpa grave) y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Con el fin de determinar la existencia o no de daño patrimonial en el presente asunto, se procederá inicialmente a transcribir lo pertinente de la motivación de los actos acusados en cuanto a este aspecto y el análisis hecho sobre el mismo por el tribunal de origen.

LOS ACTOS ACUSADOS:

- La Contraloría General de la República inició el conocimiento de la Acción de Reparación Fiscal, mediante auto de apertura de investigación N° 00775 de julio 30 de 1997, proferido por la comisión investigadora designada para la CPVM, y decretó la práctica de pruebas (cuad. 3 Anexo 11).

- Mediante auto de 26 de marzo de 1998, la División de Investigaciones Fiscales Bogotá-Cundinamarca, dispuso el cierre de la investigación y ordenó la apertura de juicio fiscal, en el cual se elevó faltante de fondos públicos por la sumas de \$1.356.922.407,64 a cargo del señor Luís Alberto Rodríguez Rodríguez, como presunto responsable fiscal en su calidad de ex Gerente General de la CPVM. (cuad. 3 anexo 12).

- Por auto de 12 de junio de 1998 se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el citado auto de cierre de investigación, confirmándolo en todas sus partes y ordenó remitir el expediente a la Dirección de Investigación y Juicios Fiscales para lo de su cargo. (cuad. 3 anexo 12)

- Mediante Fallo 000048 de 14 de diciembre de 1999, la Dirección de Investigación y Juicios Fiscales, al resolver sobre el proceso de responsabilidad fiscal, declaró responsable al señor Rodríguez Rodríguez. (cuad. anexo 1)

- En el Fallo 000016 de 9 de mayo de 2000, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el mencionado fallo 000048 de 14 de diciembre de 1999, confirmando el sentido del mismo, modificando la cuantía a

\$1.510.661.518,56 y concediendo el recurso de apelación. (cuad. anexo 1)

- Por Resolución 7213 de 4 de septiembre de 2000, el Contralor General de la República resolvió el recurso de apelación interpuesto y confirmó la providencias recurridas. (cuad. anexo 1)

LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ACUSADOS RESPECTO DEL ELEMENTO “DAÑO PATRIMONIAL” EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

1.- En el Fallo 00048 de de 14 de diciembre de 1999, se expresa lo siguiente:

“...el día 22 de enero de 1997 se dispuso la colocación en LEASING CAPITAL MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.00) a un plazo de 140 días y una tasa nominal del 25.48%.

La Caja Promotora de Vivienda Militar instauró proceso ejecutivo en junio 20 de 1997, por el valor del capital (representado en cheque N°42671 de junio 16 de 1997 del Banco Selfin) y los respectivos intereses

(...)

En lo atinente a la Dación en Pago, el día 23 de diciembre de 1997 el Gerente General de la Caja de Vivienda Militar y el representante legal de Leasing Capital expresan que la Caja ha entablado un proceso ejecutivo contra LEASING CAPITAL y que han firmado un documento de dación en pago por las acreencias que tiene Leasing con la Caja.

El 24 de diciembre de 1997 la Caja Promotora de Vivienda militar firma con Leasing Capital un documento de Dación en Pago, a través de este pacto se sumará el valor total de las acreencias a cargo de Leasing Capital, en la fecha de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, deducidas aquellas obligaciones que serán pagadas como gastos de la fiducia....

Posteriormente el 15 de mayo de 1998, fue suscrito el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable, Fideicomiso Transactivo entre Leasing Capital S.A. y Alianza Fiduciaria y en este se pactó recibir en forma irrevocable para cancelar las acreencias a cargo de Leasing Capital, a Título de Dación en Pago, los derechos fiduciarios que proporcionalmente a sus créditos le correspondan en fideicomiso y recibir el pago correspondiente a las acreencias originadas en la emisión de certificados de depósito a término que reunieran los requisitos.

Posteriormente el 19 de noviembre de 1998, fecha de otorgamiento del poder por parte del Gerente General de la Caja Promotora de Vivienda Militar, se entregó al Jefe de Gestión y Operaciones el Certificado de Propiedad de Unidades Transactivos N° 0478 a favor de la Caja Promotora de Vivienda Militar por valor de \$1,170.260.108,00 expedido por la Fiduciaria Alianza S.A.

El día 19 de noviembre de 1998 se entregó a la Tesorería de la Caja tres títulos valores, los cuales ascienden a la suma de \$170.260.108,00 que fueron abonados a intereses y capital.

Con el memorando N° 279 OJCPVM del 8 de abril de 1999 se entrega a la Tesorería de la Caja el cheque N° 361032 de fecha 29 de abril de 1999 por valor de \$22.040.796,16.

Como queda demostrado ALIANZA FIDUCIARIA ha pagado parcialmente a la Caja la suma de \$192.300.904,16. El saldo pendiente asciende por capital a la suma de \$909.739.095,84. El porcentaje de recuperación es indeterminable hasta que no termine el proceso de liquidación, ya que el valor de la unidad transactiva es variable.

La deuda persiste y LEASING CAPITAL no ha transferido ningún bien mueble o inmueble a la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR, por consiguiente en este evento no se dan las circunstancias que configuran la Novación como medio de extinguir una obligación. En consecuencia el faltante fiscal persiste, por cuanto la Tesorería de la entidad aún no ha ingresado en su totalidad el capital con sus intereses.

(....)

En razón de lo expuesto anteriormente el faltante dejado a cargo del Brigadier General ® LUIS ALBERTO RODRIGUEZ RODRIGUEZ según Auto de Cierre de Investigación y Orden de apertura de Juicio Fiscal N°000198 de marzo 26 de 1998 por valor de \$1.356.922.407,64, quedará en la suma de \$909.739.095.84.

2.- En el Fallo 000016 de 9 de mayo de 2000, se expresa:

“Respecto de la dación en pago que aceptó la Caja Promotora de Vivienda Militar de Leasing Capital S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, baste solamente mencionar que se trata de unidades transactivas que no son títulos valores y por lo tanto, no son negociables en el comercio; lo que significa que la Caja Promotora de Vivienda Militar no tiene ninguna garantía de que va a recibir la totalidad del capital, pues no hay que olvidar que se trata de una compañía con ninguna solidez económica y además, porque los bienes entregados en dación en pago no ofrecen tampoco garantía alguna de que los dineros se van a cubrir en su totalidad.

*Desconoce el doctor Suárez Giraldo (apoderado del señor Rodríguez), que la Caja Promotora de Vivienda Militar se vio avocada ante la eminencia (sic) de la pérdida total de los bienes invertidos, a aceptar una dación en pago con bienes que como lo dijimos antes, son unidades transactivas que a la postre se constituyen en meras expectativas de pago; **de ahí que este despacho en orden a preservar la integridad del patrimonio del Estado Colombiano, desconozca esta dación en pago, hasta tanto no se le pruebe sobre el cubrimiento total de los bienes comprometidos.** (negrillas fuera de texto)*

Al censurar el acuerdo de dación en pago, en ningún momento la Contraloría General de la República, está haciendo imputable este hecho a Rodríguez Rodríguez, pues es un hecho cierto que él no lo realizó, pero

lo que también es un hecho cierto, es que fue él con su gestión fiscal dio lugar a que los fondos allí invertidos se vieran ante la inminencia de un pérdida irreparable para el Estado Colombiano.”

3.- En la Resolución N° 07213 de 4 de septiembre de 2000, se expresa:

*“Que el título precitado, no fue redimido en la fecha pactada, por cuanto esta entidad financiera (Leasing Capital) fue intervenida por la Superintendencia Bancaria, por la situación de iliquidez para atender sus obligaciones más inmediatas, quedando sus haberes, bienes y negocios bajo la administración de FOGASIS (sic). En noviembre 19 de 1998 se entregó el Certificado de Propiedad de Unidades Transactivos 478, a favor de la CPVM, por valor de \$1,102.409.000,00 expedido por Alianza Fiduciaria S.A. **Es indiscutible la calidad de contrato de la Fiducia Mercantil Irrevocable, Fideicomiso Transactivo a título de Dación en Pago.** Independientemente de esta aclaración, el aspecto que tiene en cuenta este órgano de Control Fiscal, para establecer el faltante de fondos públicos, es el hecho de que hasta tanto no se termine la liquidación, la recuperación del valor faltante no se puede establecer, debido a que las Unidades Transactivas son Variables, y tan solo existe una expectativa de recuperación de la inversión efectuada en el CDTA 10676, faltante que a la fecha asciende a la suma de \$1.510.661.518,56.”*

EL DETRIMENTO O DAÑO PATRIMONIAL EN LA PARTE MOTIVA DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar la prosperidad del cargo de ausencia de detrimento patrimonial del Estado, el a quo razonó así:

“2) Con relación a la ausencia de detrimento patrimonial del Estado en el presente asunto, se tiene que si bien fueron firmados los contratos de dación en pago y de acuerdo de pago, los mismos no son en sí el hecho generador del daño en el patrimonio sino, que lo fue la decisión de invertir en entidades financieras sobre las cuales existía riesgo, en las que no se tenían los estudios de viabilidad respectivos, lo mismo que, omitir las diferentes recomendaciones efectuadas tanto por el comité de inversiones como por los diferentes conceptos financieros solicitados y allegados en su debido momento, previo a la inversión cuestionada.

3) De otra parte, debe reiterarse que, la responsabilidad fiscal de un agente que ejerza gestión de esa naturaleza no se genera solamente por la acción dolosa del mismo, sino que, también puede ocasionarse por una omisión o acción culposa, por lo tanto no puede escudarse el demandante en la supuesta “buena diligencia” que dijo tener en el ejercicio de sus funciones como gerente general de la Caja Promotora, porque de tal ejercicio se derivó el detrimento patrimonial del Estado en cuantía de \$1.510.661.518,62.”

De la lectura de las motivaciones que expresó la Contraloría General de la

República y el tribunal de origen para derivar la responsabilidad fiscal del demandante, se observa que el punto esencial de ellas consiste en restarle todo valor jurídico y probatorio al contrato de dación en pago que suscribieron la CPVM y la Compañía de Financiamiento Comercial Leasing Capital, pues considera que la dación en pago se basa en unidades transactivas en las cuales el porcentaje de recuperación es indeterminable hasta tanto termine el proceso de liquidación. Al respecto se observa lo siguiente:

En el referido documento de dación en pago, que obra a folios 1086 a 1092 del anexo 5, se especifica que la acreencia de Leasing Capital para con la CPVM se originó en el Certificado de Depósito a Término N° 010676; que “...**la dación en pago se acepta en forma irrevocable...**” y está condicionada a que efectivamente se celebre contrato de fiducia mercantil y que en desarrollo del mismo se transfiera los activos de Leasing Capital, e igualmente condicionada a que la constitución del fideicomiso se realice por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en su carácter de entidad designada por la Superintendencia Bancaria para ejercer la función de administrador de Leasing Capital; que en desarrollo del contrato de fiducia mercantil se constituirá un patrimonio autónomo al cual se transferirán la totalidad o parte de los activos de Leasing Capital, con el objeto de que se realicen los bienes fideicomitidos o se efectúen las acciones y se celebren los actos y negocios orientados a transformar dichos activos en dinero y el producto así obtenido se distribuyan entre los beneficiarios del fideicomiso; que la CPVM acepta “...**que la dación en pago a que se refiere la cláusula segunda implica la extinción por pago de la (s) obligación (es) a cargo de Leasing Capital de las cuales es titular la entidad o persona jurídica que represento, de conformidad con lo expresado en la cláusula primera de este documento, la (s) cual (es) se entenderán cancelada (s) con los derechos fiduciarios que se recibirán en el fideicomiso que se constituya**”; que el valor por el cual se acepta la dación en pago es la suma \$1.102.040.000,00 que corresponde al CDT N° 010676.

En cumplimiento de la dación en pago, se celebró el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable – Fideicomiso Transactivos (fls. 1093 a 1148 anexo 5) entre Leasing Capital, representada por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y ALIANZA FIDUCIARIA.

Lo anterior permite a la Sala afirmar que la dación en pago realizada por Leasing Capital a favor de la CPVM, y aceptada por ésta, debe reputarse como

plenamente materializada con la formalización del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de que se ha dado cuenta, y la entrega física de un título representativo de derechos fiduciarios de dicho fideicomiso, denominados Unidades Transactivos, cuya existencia y efectos jurídicos no era dable ignorar tanto por la Contraloría General de la República como por el a quo para restarle toda validez y eficacia jurídica, en la medida en que en el proceso no obra prueba alguna demostrativa de que su legalidad haya sido cuestionada o desvirtuada.

De otra parte, la Sala considera que a pesar de que el porcentaje de recuperación de la inversión hecha por la CPVM es indeterminable, pues solo podrá serlo cuando culmine el proceso de liquidación del fideicomiso, lo cierto e innegable es que la obligación originariamente contraída por Leasing Capital para con la CPVM, se extinguió al haber recibido dicha entidad en dación en pago unos derechos fiduciarios, como activo sustituto de la obligación original.

Cabe recordar que en lo que se refiere a la dación en pago, la doctrina ha dicho que ella es "*...una modalidad de pago que consiste en que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, soluciona la obligación con una prestación distinta de la debida (...) esta figura jurídica, atípica en nuestra legislación, se integra en la preceptiva del pago en general, modo extintivo de las obligaciones, y repugna a otras figuras contractuales que, como tales, tienen por objeto contrario: la producción de nuevas obligaciones*"⁵.

Lo anterior significa que con la dación en pago, la CPVM cambió la inversión del CDT 10676, por otra inversión en derechos fiduciarios, como se deduce del dictamen pericial decretado y practicado en el curso del proceso, en el cual se observa que a la pregunta sobre "*cuál es efectivamente la transacción contable existente entre el Fideicomiso y la Caja Promotora de Vivienda Militar*", se responde así "*la transacción registrada en el fideicomiso Transactivos existente entre Alianza Fiduciaria S.A. y la Caja Promotora de Vivienda Militar es la de ser, esta última, beneficiaria de unidades transactivas. Es decir, la Caja Promotora de Vivienda Militar es beneficiaria del Fideicomiso Transactivos y por tal razón se encuentra registrado su beneficio en el mencionado Fideicomiso (Código 15351111-Leasing Capital)*"; y a la pregunta acerca de si "*en ningún momento ha estado registrado contablemente en el Balance de Fideicomiso Transactivos, un*

⁵ OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, RÉGIMEN DE LAS OBLIGACIONES., Quinta Edición, Editorial Temis 1994, págs. 418 y 422.

pasivo con la Caja Promotora de Vivienda Militar”, se responde así: “Si el Fideicomiso Transactivo, tiene registrado en su Patrimonio como beneficiara a la Caja Promotora de Vivienda Militar, en cuyo caso la Caja Promotora de Vivienda Militar debería tener registrado en sus Estados Financieros unos derechos fiduciarios en la cuenta N° 1245-Derechos Fiduciarios, que son una cuenta de INVERSIONES como lo define el Decreto 2649/93 y no una cuenta por cobrar como está registrada en la actualidad, tal como lo evidenció el experticio...” (fls. 199 a 200 cuad. ppal.)

Retomando las consideraciones iniciales del análisis de este cargo, debe indicarse que para que el daño sea indemnizable, debe ser cierto, actual, real, es decir, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su existencia, y que no se trate de un daño meramente hipotético o eventual, precisamente porque no es cierto y se funda en suposiciones, y aunque puede tratarse de un daño futuro, deben existir los suficientes elementos de juicio que permitan considerar que así el daño no se ha producido, exista suficiente grado de certeza de que de todas maneras habrá de producirse.

En este orden de ideas, se tiene que independientemente de que la inversión que realizó la CPVM en Leasing Capital haya sido o no riesgosa, es evidente que en el asunto bajo estudio el daño patrimonial, como elemento esencial para predicar la existencia de responsabilidad fiscal del demandante, no se produjo o materializó, puesto que la dación en pago implicó el nacimiento de una nueva obligación distinta de la inicialmente contraída por Leasing Capital, respecto de la cual no es posible predicar la existencia de daño y menos aún que éste revista la característica de ser cierto, real y cuantificable. Además, en el proceso no obra prueba alguna de la que pueda inferirse que la nueva obligación que nació a la vida jurídica con la dación en pago, y que se concretó con el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable- Fideicomiso Transactivos, haya sufrido tropiezos en su ejecución o que tal fideicomiso se haya liquidado, en cuyo caso será éste el momento en que podrá conocerse a ciencia cierta si dicha inversión se recuperó en su totalidad o en parte.

Por la anotada razón, la Sala no comparte el argumento del a quo en cuanto atribuye la existencia y causación del daño patrimonial a la decisión de haberse realizado la inversión en una entidad financiera respecto de la cual podía presentarse riesgo, toda vez que el riesgo, por sí y en sí mismo considerado y por esencia, no es indemnizable, por carecer, precisamente, del requisito de certeza

sobre la producción o no de un daño.

De otra parte, no puede perderse de vista que para la fecha de exigibilidad del Certificado de Depósito a Término que constituyó Leasing Capital a favor de la CPVM y su no pago, el demandante de tiempo atrás había cesado en el ejercicio de sus funciones como Gerente General de dicha entidad, y que la dación en pago se realizó en época posterior por persona distinta de él, por lo cual frente al eventual daño patrimonial, de concretarse y demostrarse en su momento, la Contraloría General de la República podrá iniciar el respectivo proceso de responsabilidad fiscal, siempre que se den los requisitos legales para ello y no haya operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe recordar el contenido del párrafo del artículo 81 de la Ley 42 de 1993, cuando señala que "*la responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que hubiere lugar*", lo cual significa que puede comprometerse una sin que sea necesaria la preexistencia de la otra, pues la responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio -ni penal, ni administrativo-, sino que su naturaleza es meramente reparatoria. Por consiguiente, la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma, distinta de las responsabilidades penal o disciplinaria que puedan establecerse por la comisión de los hechos que dan lugar a ella.

Analizada como se encuentra la falta del daño patrimonial que se atribuye al actor en los actos demandados, y al ser tal elemento esencial para poder predicar su responsabilidad fiscal, para la Sala se torna innecesario emprender el examen de los demás elementos que integran la noción de daño patrimonial, que ha de conducir a que en la parte dispositiva de esta providencia se proceda a la revocatoria de la sentencia recurrida en apelación y, en su lugar, se declare la nulidad de los actos demandados.

En relación con la pretensión de la demanda de condenar a la entidad demandada a indemnizar al actor por los daños ocasionados por los actos de ejecución de las decisiones anuladas, habrá de denegarse, puesto que no existe su demostración en el proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- Revocase la sentencia de 27 de marzo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B y, en su lugar, se dispone:

DECLARASE LA NULIDAD de las resoluciones números 00048 de 14 de diciembre de 1999, 000016 y 007213 de 2 de septiembre de 2000, proferidas por la Contraloría General de la República.

Denieganse las demás súplicas de la demanda.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 11 de julio de 2013.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA