



CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL – Cómputo / PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL – Término / PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL – Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Cómputo cuando se trata de actos de ejecución instantánea / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Cómputo cuando se trata de actos de ejecución continuada, de tracto sucesivo o complejos

El artículo 9 de la Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, consagra dos fenómenos jurídicos plausibles de configurarse en los procesos de responsabilidad fiscal: (i) caducidad y (ii) prescripción. Frente al primero, la norma indica que la acción fiscal caduca si transcurridos 5 años desde la ocurrencia del hecho que genera el daño al patrimonio público, no se ha dictado el auto por medio del cual se da apertura al proceso de responsabilidad fiscal, esto es, se extingue el derecho de acción que tienen las contralorías para iniciar formalmente un proceso de responsabilidad fiscal. Respecto del segundo fenómeno (prescripción), la norma dispone en el inciso segundo que la responsabilidad fiscal prescribe en 5 años, contados a partir del auto que da apertura al proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de ese lapso las contralorías no han dictado la providencia en firme que la declare, esto es, los entes de control fiscal pierden el derecho a atribuir responsabilidad al implicado. [...] De la [...] norma [artículo 9 de la Ley 610 de 2000], se puede concluir: (i) la acción fiscal caduca si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; (ii) el citado término se empieza a contar a) para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización; mientras que, b) para los hechos o actos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, desde el último hecho o acto.

CONTROL FISCAL SOBRE CONTRATO ESTATAL – Oportunidad / CONTROL FISCAL SOBRE CONTRATO ESTATAL – Alcance / CONTROL FISCAL SOBRE CONTRATO ESTATAL – Cuentas y pagos derivados del mismo

[S]i bien los dineros que se imputan como pérdida del patrimonio del Estado son aquellos que se depositaron en Corfipacífico, la realidad muestra que los hechos origen de la declaratoria de responsabilidad fiscal nacieron de la suscripción, por parte del Instituto SER y la Universidad del Pacífico, del contrato 017 de 1997. En este punto, valga la pena señalar que el control fiscal que se puede ejercer sobre la contratación estatal, normalmente es posterior, esto es, una vez liquidado el contrato. [...]Atendiendo lo señalado en precedencia, para esta Sala resulta válido que la Contraloría General de la República, al advertir que el contrato 017 de 1997 no se liquidó, tomara como referencia para efectos de adelantar el juicio fiscal la fecha en que Datapoint, firma subcontratada por el Instituto SER, suscribió el acta de entrega de aquella parte del contrato para el cual fue subcontratada, lo cual sucedió el 25 de julio de 2001. En criterio de la Sección Quinta del Consejo de Estado, incluso resultaba innecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió, bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas. Lo cual fue muy posterior al 25 de julio de 2001. Así las cosas, a diferencia de lo que señala el apoderado de la demandante, fueron las distintas inconsistencias contractuales las que provocaron el juicio fiscal, dentro del cual se estableció que en desarrollo del contrato 17 de 1997, el Instituto SER recibió anticipadamente dinero de la

Universidad del Pacífico, pese a que sabía que no podía cumplir con el objeto dentro del plazo acordado, dinero que invirtió en Corfipacífico, institución financiera que entró en liquidación, lo que generó un daño al patrimonio del Estado. Por lo anterior, como la Contraloría General de la República, expidió el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el 25 de julio de 2006, tomando como fecha de partida el 25 de julio de 2001, día en que la subcontratista firmó su acta de entrega, para la Sala no se configura la caducidad de la acción fiscal, razón por la que confirmará el fallo de primera instancia.

NOTA DE RELATORÍA: Ver Corte Constitucional, sentencia C-103 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

RECURSO DE APELACIÓN - Improcedencia de plantear nuevos argumentos

[E]l apoderado de la parte actora, como quedó resumido en el capítulo de antecedentes de esta providencia, planteó los cargos de caducidad de la acción fiscal e inaplicación de responsabilidad objetiva, pero nunca el de prescripción de la responsabilidad fiscal contenida en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000. [...] Así las cosas, si la Sección Quinta del Consejo de Estado abordará el estudio de un aspecto nuevo planteado por la demandante, en el recurso de alzada, produciría la violación del derecho fundamental al debido proceso de la Contraloría General de la República, en tanto como bien lo señala su apoderado judicial, la entidad nunca contó con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa respecto de ese aspecto. De acuerdo con lo anterior, la Sala se abstendrá de abordar el estudio de la prescripción de la responsabilidad fiscal que planteó el Instituto SER en la apelación y confirmará en su integridad la sentencia de 14 de febrero de 2013, proferida por la Sección Primera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 9

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00195-01

Actor: INSTITUTO SER INVESTIGACIÓN - EN LIQUIDACIÓN

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Referencia: FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA - NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de descongestión 357 de 5 de diciembre de 2017¹, suscrito entre las secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia de 14 de febrero de 2013², proferida por la Sección Primera, Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se resolvió negar las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El Instituto SER Investigación, en adelante Instituto SER, por conducto de apoderado judicial presentó el 14 de febrero de 2012 demanda³ en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la Contraloría General de la República, en la que solicitó hacer las siguientes declaraciones:

“Se decrete la nulidad del Acto Administrativo - Fallo con Responsabilidad Fiscal número 03 de fecha 8 de abril de 2011 proferido por el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental del Valle, de la Contraloría General de la República, en desarrollo del Proceso de Responsabilidad Fiscal número 82114-1536-1416 DJF número 39-01-0414-2011, por medio del cual se declaró responsable fiscal al INSTITUTO SER DE INVESTIGACIÓN, en cuantía de \$446.652.429.

Se decrete la nulidad del Acto Administrativo - Auto número 172 del 24 de mayo de 2011 proferido por el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental del Valle, de la Contraloría General de la República, en desarrollo del Proceso de Responsabilidad Fiscal 82114-1536-1416 DJF número 39-01-0414-2011, por medio del cual se resuelve el recurso de reposición contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal número 03 del 8 de abril de 2011, confirmando la decisión inicial.

¹ Por medio del cual la Sección Quinta del Consejo de Estado acordó colaborar en la descongestión de la Sección Primera de la Corporación.

² Folios 232 a 266 del cuaderno 1 del expediente.

³ Folios 1 a 23 del cuaderno 1 del expediente.

Se decrete la nulidad del Acto Administrativo - Auto número 001039 del 11 de julio de 2011 proferido por la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, por medio de la (sic) cual se confirma lo decidido en el Fallo con Responsabilidad Fiscal número 03 y en el Auto número 172, proferidos el 8 de abril y el 24 de mayo de 2011, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal 82114-1536-1416 DJF número 39-01-0414-2011, por el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental del Valle.

Como consecuencia de la (s) nulidad (es) decretada (s) y a título de restablecimiento del derecho, solicito:

Se declare que el INSTITUTO SER DE INVESTIGACIÓN –SER - EN LIQUIDACIÓN, no está obligado a cancelar el valor de la sanción impuesta por el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental del Valle de la Contraloría General de la República y la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República en los actos administrativos contenidos en los autos número 03 de fecha 8 de abril de 2011; 172 del 24 de mayo de 2011 y 01039 del 11 de julio de 2011, respectivamente.

En el evento en que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA hubiese hecho efectivo el valor de la sanción, se solicita, a título de restablecimiento del derecho, se le ordene reintegrar a favor del INSTITUTO SER DE INVESTIGACIÓN - SER - EN LIQUIDACIÓN, la totalidad de las sumas por ella canceladas; valor debidamente actualizado a la fecha de su reintegro y pago efectivo.

Se declare que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados por nuestros poderdantes para todos los efectos legales y pago de prestaciones sociales.

La demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del Artículo 176 del C.C.A.” (Subrayado es original del texto)

2. Hechos

Manifestó que el Instituto SER y la Universidad del Pacífico suscribieron el contrato 17 de 29 de diciembre de 1997 y el otrosí 2 de 12 de enero de 1999, cuyo objeto fue el “...*suministro por parte del contratista de los servicios técnicos y administrativos necesarios para el desarrollo y adquisición parcial del Sistema de Informática para la Universidad, como parte de su infraestructura científico-tecnológica, de acuerdo con las recomendaciones del estudio de factibilidad y plan de desarrollo*”. Igualmente la construcción de las instalaciones necesarias para tal efecto.

Informó que para desarrollar el objeto del contrato, la universidad entregó a la demandante unos dineros que invirtió en la institución financiera Corfipacífico, representados en CDT.

Expresó que el 7 de julio de 2006, la Contraloría General de la República profirió auto de apertura de indagación preliminar, al estimar que se presentaron inconsistencias en el desarrollo y ejecución del contrato, lo que generó un detrimento patrimonial al Estado.

Comunicó que la indagación se cerró el día 25 de julio de 2006, y se determinó como presuntos responsables del detrimento patrimonial al rector de la Universidad del Pacífico y al Instituto SER.

Indicó que por razones de competencia, el 21 de septiembre de 2007 el proceso se remitió a la gerencia departamental del Valle del Cauca de la Contraloría General de la República.

Destacó que mediante el fallo 03 de 8 de abril de 2011, el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la gerencia departamental del Valle del Cauca de la Contraloría General de la República, atribuyó responsabilidad fiscal y de manera solidaria al Instituto SER por la suma de \$446'652.429.

Sostuvo que contra la anterior decisión se interpusieron los recursos de ley, por lo que con el Auto 172 de 24 de mayo de 2011, la misma dependencia resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar el fallo de responsabilidad fiscal.

Señaló que mediante el Auto 1039 de 2011, la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República decidió la apelación, igualmente confirmando el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó por estado.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado de la parte demandante, señaló como vulneradas las siguientes normas:

Constitución Política: Artículo 29.

Código Contencioso Administrativo: Artículos 2, 3, 44, 45 y 48.

4. Cargos

4.1. Caducidad de la acción de responsabilidad fiscal

Sustentó que el artículo 9⁴ de la Ley 610 de 2000 previó que la acción fiscal caduca si transcurridos 5 años, contados desde la ocurrencia del hecho que generó el daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Señaló que el hecho que dio origen al proceso de responsabilidad fiscal se configuró el 25 de mayo de 1999, fecha en la cual la Superintendencia Bancaria dispuso la intervención de la institución financiera Corfipacífico.

Aseguró que *“...al congelarse los fondos contractuales en CORFIPACÍFICO, no por incuria de la Institución que apodero, sino*

⁴ **Artículo 9. Caducidad y prescripción.** La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

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

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

como consecuencia de la intervención del Gobierno Nacional, quedó perfeccionado el hecho complejo que el Auto de Apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal endilga al INSTITUTO SER”.

Explicó que no obstante que el hecho generador del daño se presentó el 25 de mayo de 1999, el ente de control expidió el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal el 25 de julio de 2006, fecha para la cual ya se había configurado la caducidad de la acción fiscal.

Sostuvo que en los diferentes actos de la Contraloría, en lo que hacía al Instituto SER, se entendió que el daño se presentó el 25 de mayo de 1999, fecha en que se intervino a Corfipacífico.

4.2. Inaplicación de la responsabilidad objetiva para juzgar fiscalmente al Instituto SER

Expresó que la Contraloría para adoptar la decisión frente al instituto demandante, acudió a la teoría de la responsabilidad objetiva, pues lo enjuició cuando el proceso se debió dirigir en contra de quien adoptó las decisiones que presuntamente lesionaron el patrimonio público, esto es, de la persona que para la fecha obraba como representante legal del Instituto SER.

Expresó que resulta contradictorio que frente a la Universidad del Pacífico sí se vinculara a su rector y no a la institución educativa y, frente a la contratista se vinculara al Instituto SER como responsable fiscal y no a su representante legal.

4.3 Ausencia de responsabilidad del Instituto SER

Narró que la responsabilidad que se imputó a la demandante lo fue por dos circunstancias: (i) no haber devuelto el dinero a la universidad, no obstante que los servicios para los cuales fue contratado el instituto no se ejecutaron en el plazo pactado y, (ii) haber depositado los dineros que le dio la universidad en una institución financiera que los devolvió parcialmente debido a que la acreencia se sometió a las condiciones de la liquidación.

Expuso que si el Instituto SER no ejecutó el contrato dentro del plazo pactado no se debió a su actuar sino al hecho de que la universidad carecía de la infraestructura para instalar los equipos, lo cual quedó

demostrado mediante certificaciones de la institución educativa y el dictamen pericial practicado dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

Destacó que, de otra parte, no existe norma que obligue al instituto a devolver el dinero que se le entregó, por el contrario, contractualmente tenía que conservarlo para ejecutar el contrato, como quedó señalado en las distintas pruebas allegadas a la investigación.

Indicó, frente al segundo de los cargos que se le endilgó al instituto, que la decisión de invertir en Corfipacífico la adoptó el representante legal de la época, pero que más allá de esa circunstancia, el haber realizado esa inversión no constituía falta y, por el contrario, demostraba que aquel obró con diligencia frente a los recursos públicos que se le confiaron, distinto es que pasado el tiempo se haya dispuesto la intervención de la institución financiera.

5. Actuación procesal en la primera instancia

Por auto de 10 de mayo de 2012⁵, el ponente de la Sección Primera, Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda y ordenó notificar al Contralor General de la República y al señor agente del ministerio público.

En la misma providencia negó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados.

Dentro del término de ley, la Contraloría General de la República contestó la demanda⁶, los cuales se resumirán en el acápite pertinente.

En proveído de 16 de agosto de 2012⁷, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca abrió a pruebas el proceso.

Cerrada la etapa probatoria, mediante auto de 27 de septiembre de 2012⁸, el *a quo* ordenó correr traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión. Dentro del

⁵ Folios 166 a 175 del cuaderno 1 del expediente.

⁶ Folios 181 a 196 del cuaderno 1 del expediente.

⁷ Folios 203 y 204 del cuaderno 1 del expediente.

⁸ Folios 209 y 210 del cuaderno 1 del expediente.

término de ley el Instituto SER⁹ y la Contraloría General de la República¹⁰, radicaron escrito de alegatos.

6. Contestación de la Contraloría General de la República

Mediante apoderado judicial sostuvo que contrario a lo que manifestó la parte actora, en el presente asunto el hecho que generó el daño y, por ende la caducidad de la responsabilidad fiscal, no se presentó con la intervención de Corfipacífico, sino a partir del contrato suscrito y la fecha en que se debió liquidar, actuación que nunca se cumplió.

Indicó que en el proceso de responsabilidad se practicó un dictamen pericial en el que se indicó que el Instituto SER subcontrató a Datapoint, sociedad que mediante acta de finalización del objeto contractual, de 25 de julio de 2001, informó sobre la ejecución de la parte subcontratada.

Adujo, con sustento en lo anterior, que no se configuró la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal porque el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal se expidió el 25 de julio de 2006, fecha límite para tal efecto, teniendo en cuenta que la única acta existente fue la que entregó el subcontratista el 25 de julio de 2001.

Continuó su defensa indicando que la Universidad del Pacífico es una entidad estatal, afectada en su patrimonio público y fue por ello que se vinculó al proceso de responsabilidad fiscal al rector de la época, mientras que en la vinculación del Instituto SER, la Contraloría General de la República procedió acorde con los artículos 633 y 639 del Código Civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues como no era posible analizar la conducta de una persona jurídica, sí se podía estudiar la de su representante legal para finalmente atribuírsela a la persona jurídica, pues este actuó en representación de aquella.

Advirtió que el Instituto SER, una vez recibió el dinero establecido en el contrato, y no obstante que era la responsable de adecuar la planta física; conocía la ausencia de esa adecuación en la Universidad del Pacífico, lo que le impedía cumplir el objeto contractual, guardó silencio y no devolvió los dineros que se le entregaron, por el

⁹ Folios 211 a 224 del cuaderno 1 del expediente.

¹⁰ Folios 199 a 218 del cuaderno principal del expediente.

contrario, recibió las demás sumas mientras transcurría el término para cumplir el contrato.

Subrayó que en el procedimiento administrativo se advirtió que finalmente los dineros que se le entregaron a la demandante se retuvieron en la liquidación de Corfipacífico, los cuales precisamente se causaron a raíz de un incremento en el valor pactado en el contrato por no haberse ejecutado por el Instituto SER dentro del plazo previsto para tal efecto.

Explicó que en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal se respetaron las garantías de las partes de acuerdo a lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia, por ello, y bajo ningún supuesto, se puede aducir que se vulneró el debido proceso.

7. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 14 de febrero de 2013¹¹, la Sección Primera, Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las súplicas de la demanda, para lo cual expuso los argumentos que a continuación se sintetizan:

Precisó que en virtud del 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 concordante con los artículos 267 a 274 *ídem*.

Explicó que conforme al artículo 2 de la Ley 42 de 1993, son sujetos de control fiscal 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.

Expuso que de acuerdo al artículo 33 del Decreto 353 de 1994, el control fiscal se ejerce de manera posterior y selectiva por las contralorías atendiendo los procedimientos, sistemas y principios señalados en la Ley 42 de 1993.

Señaló que el Instituto SER era una entidad sin ánimo de lucro, que en virtud del contrato 17 de 1997 suscrito con la Universidad del

¹¹ Folios 232 a 266 del cuaderno 1 del expediente.

Pacífico, manejó dineros del Estado, por lo que la Contraloría General de la República podía ejercer control fiscal sobre las actuaciones que realizó en relación con los dineros pertenecientes al erario.

Encontró que no podía prosperar el argumento relacionado con la caducidad de la acción fiscal, porque para el momento en que SER efectuó la inversión en Corfipacífico, nadie sabía que tal movimiento podría configurar un detrimento al patrimonio del Estado, pues ello solo fue posible en el momento de determinar que no se cumplieron las obligaciones contractuales dentro de los plazos previstos, momento en que se encontró que advirtió que los dineros entregados a SER podrían constituir faltante en el patrimonio estatal.

Explicó que la liquidación del contrato debió darse a partir del 25 de julio de 2001, fecha a partir de la cual resultaba lógico que el ente de control fiscal contara con 5 años para determinar si emitía el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, pues el contrato nunca se liquidó.

Subrayó que como el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal se expidió el 25 de julio de 2006, esto es, dentro de los 5 años siguientes a la fecha en que acaeció el hecho generador del daño, no operó la caducidad de la acción fiscal.

Continuó su análisis indicando, en relación a la naturaleza de la responsabilidad fiscal, que la Corte Constitucional en la sentencia C-619 de 2002 estableció que esta es *“...una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los **contratistas** y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado”*.

Hizo referencia a las principales características que identifican el proceso de responsabilidad fiscal, así como a sus elementos, para sostener que el procedimiento administrativo tuvo su génesis en una denuncia realizada por el sector social de auditoría gubernamental, con ocasión del contrato 17 de 29 de diciembre de 1997, suscrito entre la Universidad del Pacífico y el Instituto SER, cuyo plazo de ejecución era de un año.

Advirtió que el Instituto SER invirtió los dineros que se le entregaron en la entidad financiera Corfipacífico, intervenida el 25 de mayo de 1999 por la Superintendencia Bancaria, situación que conllevó a la devolución parcial de los dineros a la Universidad, puesto que quedó un saldo insoluto de \$228'545.366, suma que actualizada al mes de abril de 2011, fecha en que se dictó el fallo de responsabilidad fiscal, ascendía a \$446'652.429,58, de acuerdo al dictamen que se practicó para tal efecto.

Adujo que si bien la demandante sostenía que la decisión de invertir los dineros que se le entregaron no constituía falta contra el debido cuidado de los bienes y caudales públicos y, por el contrario el representante legal de SER actuó con extremo cuidado de los bienes públicos que se confiaron, lo cierto era que los dineros que recibió con ocasión del contrato tuvieron un uso y destino diferente al originalmente establecido, lo que provocó que el ente de control fiscal determinara que las inversiones generaron pérdidas al no poderse recuperar el dinero, lo que sin dudas configuraba un daño patrimonial al Estado.

Destacó que la parte actora era una entidad sin ánimo de lucro, particular que ejerció gestión fiscal al estar investida contractualmente para administrar recursos públicos y, por tanto, sujeto activo de responsabilidad fiscal quien de acuerdo al certificado de existencia y representación legal actúa a través de su representante legal.

Luego de transcribir una serie de normas relacionadas con responsabilidad fiscal de los contratistas, así como de jurisprudencia sobre la materia, señaló que en este caso se trataba de un particular que suscribió un contrato con una entidad estatal, por lo que el hecho de que se le haya atribuido responsabilidad fiscal no la convertía en objetiva, pues las personas jurídicas actúan a través de su representante legale, quienes, por consiguiente, no lo hacen en nombre propio, razón por la que quien es sujeto de la acción fiscal es el ente jurídico y no la persona que la representa.

Para terminar, indicó que si bien la demandante señaló una transgresión al debido proceso porque el Auto 1039 de 11 de julio de 2011, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación que presentó contra del Fallo de responsabilidad fiscal 03, se notificó por estado y no personalmente, lo cierto era que tal circunstancia no

constituía causal de nulidad de los actos administrativos demandados, pues a la luz del artículo 48 del Código Contencioso Administrativo tal anomalía lo que comportaba era que la decisión no produjera efectos legales, pero no su nulidad.

Expresó que, además, a la demandante se le garantizó el derecho de defensa y contradicción puesto que agotó todos los recursos administrativos dispuestos en la ley.

8. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión adoptada, el apoderado judicial de la demandante interpuso recurso de apelación mediante escritos radicados el día 5¹² de marzo de 2013, el cual sustentó con los siguientes argumentos:

Expresó que el recurso que presenta tiene como objeto demostrar que en el caso bajo estudio operaron dos figuras jurídicas: (i) la caducidad de la acción fiscal y, (ii) la prescripción de la responsabilidad fiscal con ocasión de la indebida notificación del auto 1039 de 2011, lo que violó el debido proceso.

Frente a la caducidad insistió que los hechos que dieron origen a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal se consumaron el 25 de mayo de 1999, fecha en que el gobierno nacional dispuso la intervención de Corfipacífico, entidad financiera en la cual el Instituto SER invirtió los recursos públicos que le entregó la Universidad del Pacífico.

Manifestó que para la época en que se entregaron los dineros a Corfipacífico, la entidad gozaba de solvencia económica, por ello su intervención obedece al hecho de un tercero que es el mismo gobierno a través de la Superintendencia Bancaria, en esa medida, cuando se intervino Corfipacífico, se perfeccionó el hecho dañoso que se le endilga al Instituto SER.

Indicó que si el hecho que originó el daño al patrimonio del Estado, se configuró el 25 de mayo de 1999, para el 25 de julio de 2006, día en que se expidió el auto de apertura del proceso de responsabilidad

fiscal, ya había operado la caducidad de la acción fiscal por haber transcurrido más de 5 años, la cual se debió declarar probada.

Respecto a la presunta violación del debido proceso explicó que no obstante que el Tribunal *a quo* aceptó que al Auto 1039 de 2011 se notificó indebidamente, entendió que no se presentó irregularidad (i) porque el apoderado de la demandante fue a la sede de la entidad demandada donde constató que se realizó la notificación por estado; (ii) ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa y, (iii) interpuso todos los recursos en sede administrativa en garantía de sus derechos fundamentales.

Manifestó que lo cierto es que el acto se notificó irregularmente por estado para evitar que se configurara la prescripción de la responsabilidad fiscal, la cual acaeció el 25 de julio de 2011 de conformidad con el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 y, por ello, tal figura se debe declarar probada.

Con sustento en los anteriores argumentos solicitó revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

9. Actuación procesal en segunda instancia

Por auto de 6 de febrero de 2014¹³, la consejera ponente de la Sección Primera del Consejo de Estado admitió la apelación y dispuso notificar personalmente al agente del ministerio público.

En providencia de 31 de mayo de 2016¹⁴, la Sección Primera de esta Corporación ordenó correr traslado a las partes para que en el término de 10 días presentaran sus alegatos de conclusión.

10. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Dentro del término concedido, el Instituto SER¹⁵ presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los argumentos que expuso a lo largo del proceso.

¹² Folios 268 a 278 del cuaderno 1 del expediente.

¹³ Folio 4 del cuaderno 2 del expediente.

¹⁴ Folios 41 del cuaderno 2 del expediente.

¹⁵ Folios 42 a 51 del cuaderno 2 del expediente

Por su parte, la Contraloría General de la República¹⁶ también presentó en tiempo sus alegatos de conclusión, en los que adujo que la parte demandante trajo un hecho nuevo respecto del cual la entidad del Estado no pudo defenderse a lo largo del proceso, esto es, el relativo a la prescripción de la responsabilidad fiscal, pues si bien es cierto en la demanda alegó la indebida notificación del Auto 1039 de 2011, en aquel cargo nunca expuso que se configuraba la citada prescripción.

Indicó que de estudiarse el nuevo hecho, provocaría la violación del debido proceso de la Contraloría general de la República.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de descongestión 357 de 5 de diciembre de 2017, así como en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante contra la sentencia de 14 de febrero de 2013, proferida por la Sección Primera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2. Problema jurídico

Le corresponde a esta Sección resolver, en los precisos términos expuestos en el recurso de apelación, si acertó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al negar las pretensiones de la demanda que el Instituto SER instauró en contra de la Contraloría General de la República o si, por el contrario, debían prosperar.

Para lo anterior, la Sala resolverá los dos problemas jurídicos que se plantean en sede de la segunda instancia, los cuales se delimitan así:

(i) Si se configuró la caducidad de la acción fiscal porque los hechos que le dieron origen acaecieron el 25 de mayo de 1999, fecha en que la Superintendencia Bancario ordenó la intervención de Corfipacífico y,

¹⁶ Folios 52 a 58 del cuaderno 2 del expediente.

(ii) Si es cierto el argumento del apoderado de la Contraloría General de la República, según el cual en la demanda el Instituto SER no planteó el cargo relativo a la prescripción de la responsabilidad fiscal, lo que impide que en segunda instancia se aborde el estudio de tal aspecto.

3. Caso concreto

3.1 De la caducidad de la acción fiscal

El artículo 9 de la Ley 610 de 2000, *“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*, consagra dos fenómenos jurídicos plausibles de configurarse en los procesos de responsabilidad fiscal: (i) caducidad y (ii) prescripción.

Frente al primero, la norma indica que la acción fiscal caduca si transcurridos 5 años desde la ocurrencia del hecho que genera el daño al patrimonio público, no se ha dictado el auto por medio del cual se da apertura al proceso de responsabilidad fiscal, esto es, se extingue el derecho de acción que tienen las contralorías para iniciar formalmente un proceso de responsabilidad fiscal.

Respecto del segundo fenómeno (prescripción), la norma dispone en el inciso segundo que la responsabilidad fiscal prescribe en 5 años, contados a partir del auto que da apertura al proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de ese lapso las contralorías no han dictado la providencia en firme que la declare, esto es, los entes de control fiscal pierden el derecho a atribuir responsabilidad al implicado.

El artículo 9 de la Ley 610 de 2000, es del siguiente tenor:

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

los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la (sic) del último hecho o acto.

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

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

De la claridad de la norma transcrita, se puede concluir: (i) la acción fiscal caduca si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; (ii) el citado término se empieza a contar a) para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización; mientras que, b) para los hechos o actos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, desde el último hecho o acto.

De acuerdo con lo anterior y bajo los parámetros anotados, en el expediente la Sala observa lo siguiente:

El 7 de abril de 2006, mediante el auto 1536, visible a folios 204 a 207 del cuaderno 2 de los antecedentes administrativos, el director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República inició una investigación en la Universidad del Pacífico al haber encontrado distintas irregularidades, entre ellas; (i) la suscripción con el Instituto SER del contrato 17 de 1997, con un plazo de ejecución de un año para el desarrollo y adquisición parcial del sistema de informática, no obstante que la institución universitaria no contaba con la infraestructura, la cual de todas maneras la demandante se comprometió a construir y, (ii) no haberse liquidado el contrato 17 de 1997, sin que la Universidad hubiera iniciado las actuaciones pertinentes para recuperar el dinero que entregó al Instituto SER como pago anticipado.

La citada investigación se cerró con el auto 076 de 25 de julio de 2006¹⁷, en el que además se dispuso la apertura del proceso de responsabilidad fiscal y se vinculó formalmente al Instituto SER, pues se advirtió, entre otras circunstancias, que *“[H]asta el momento no se ha liquidado el contrato No. 17 de 1997 y tampoco se tiene claro si el objeto contractual fue cumplido a cabalidad”*, encontrándose que la demandante *“[I]nvirtió los recursos de la Universidad del Pacífico en CDT’s en la CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO – CORFIPACÍFICO”*, la cual *“...fue intervenida el 25 de mayo de 1999 por la Superintendencia y por tal motivo devolvió los recursos en forma escalonada, quedando un saldo por pagar de \$228’545.366”*.

Ahora bien, luego de adelantada la respectiva investigación administrativa y oídas las partes dentro del procedimiento administrativo, la Contraloría General de la República expidió el fallo de responsabilidad fiscal, en el que resolvió una petición del Instituto SER tendiente a que se declarara la caducidad de la acción fiscal.

Para resolver la petición de la demandante, el ente de control manifestó que si bien la intervención de Corfipacífico se presentó el 25 de mayo de 1999, donde se congelaron los recursos públicos, lo cierto era que el Instituto SER recibió el pago anticipado de unos recursos no obstante que no podía ejecutar, dentro del término del contrato, las obras a las cuales se comprometió.

Indicó que el Instituto SER, conedora de su incapacidad para cumplir el objeto contractual, suscribió varios otrosi para adicionar el valor del contrato inicial y recibió el dinero que posteriormente invirtió en Corfipacífico.

Explicó que el Instituto SER, *“...el 29 de diciembre de 1998 firma un otrosi en el que se obliga a realizar el aula virtual, cuál fue el motivo que le impedía haberse obligado antes del vencimiento del plazo contractual, y cuál es el motivo para que una vez firmado este compromiso, que entre otras cosas, se constituye en el principal impedimento para la ejecución del contrato, en menos de 6 meses, manifieste en oficio D.038.98 de fecha 21 de junio de 1999 estar dispuesto a devolver los dineros por no poder llevar a feliz término las obligaciones adquiridas”*.

¹⁷ Folios 246 a 252 del cuaderno 2 de los antecedentes administrativos.

Destacó la Contraloría que resultaba ilógico que si el Instituto SER conocía que no podía cumplir con el objeto del contrato suscrito, haya recibido dineros del Estado, cuando lo apropiado era que procediera a su devolución previa liquidación, la cual no se llevó a cabo y, sin embargo, procedió a invertirlos en la institución financiera intervenida para liquidación.

Señaló que, en consecuencia, *“Para establecer la fecha de caducidad en el proceso que nos ocupa y como quiera que carecemos del acto de liquidación, tomaremos como punto de partida la fecha de verificación de terminación del objeto contractual, es decir, el 25 de julio año 2001 fecha de entrega del contrato con Datapoint, quien fue la firma subcontratada por SER Investigaciones y que llevó a cabo toda la parte tecnológica razón de ser del objeto del contrato 017 de 1997”*.

Como se aprecia, si bien los dineros que se imputan como pérdida del patrimonio del Estado son aquellos que se depositaron en Corfipacífico, la realidad muestra que los hechos origen de la declaratoria de responsabilidad fiscal nacieron de la suscripción, por parte del Instituto SER y la Universidad del Pacífico, del contrato 017 de 1997.

En este punto, valga la pena señalar que el control fiscal que se puede ejercer sobre la contratación estatal, normalmente es posterior, esto es, una vez liquidado el contrato.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en la sentencia C-103 de 2015, expresó:

*“...esta Corporación se pronunció **sobre el alcance del carácter posterior del control fiscal en relación con los contratos estatales**, al declarar exequible un aparte del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece que la vigilancia fiscal se efectuará “una vez liquidados o terminados los contratos”. La Corte consideró que el contenido normativo demandado no se oponía a la Constitución, por cuanto: (i) el control sobre los contratos estatales liquidados o terminados no es el único momento en que se lleva a cabo el control fiscal, dado que este puede efectuarse a partir de su*

legalización y durante su ejecución; (ii) el control posterior no es en sí mismo inoportuno, pues este debe iniciarse una vez ejecutadas las operaciones o procesos objeto de control y antes de que prescriban las acciones correspondientes.

*La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales “se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, **y después de su liquidación o terminación**”. Dentro del mismo, cabe distinguir dos momentos: “1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, **se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato, y 2. una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales**”.*

Atendiendo lo señalado en precedencia, para esta Sala resulta válido que la Contraloría General de la República, al advertir que el contrato 017 de 1997 no se liquidó, tomara como referencia para efectos de adelantar el juicio fiscal la fecha en que Datapoint, firma subcontratada por el Instituto SER, suscribió el acta de entrega de aquella parte del contrato para el cual fue subcontratada, lo cual sucedió el 25 de julio de 2001.

En criterio de la Sección Quinta del Consejo de Estado, incluso resultaba innecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió, bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas. Lo cual fue muy posterior al 25 de julio de 2001.

Así las cosas, a diferencia de lo que señala el apoderado de la demandante, fueron las distintas inconsistencias contractuales las que provocaron el juicio fiscal, dentro del cual se estableció que en

desarrollo del contrato 17 de 1997, el Instituto SER recibió anticipadamente dinero de la Universidad del Pacífico, pese a que sabía que no podía cumplir con el objeto dentro del plazo acordado, dinero que invirtió en Corfipacífico, institución financiera que entró en liquidación, lo que generó un daño al patrimonio del Estado.

Por lo anterior, como la Contraloría General de la República, expidió el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el 25 de julio de 2006, tomando como fecha de partida el 25 de julio de 2001, día en que la subcontratista firmó su acta de entrega, para la Sala no se configura la caducidad de la acción fiscal, razón por la que confirmará el fallo de primera instancia.

3.2 ¿El Instituto SER no planteó en la demanda el cargo relativo a la prescripción de la responsabilidad fiscal, lo que impide su estudio en segunda instancia?

La respuesta al anterior interrogante es que, en efecto, como lo manifestó el apoderado de la Contraloría, el Instituto SER no planteó el cargo de prescripción de la responsabilidad fiscal.

Lo anterior porque el apoderado de la parte actora, como quedó resumido en el capítulo de antecedentes de esta providencia, planteó los cargos de caducidad de la acción fiscal e inaplicación de responsabilidad objetiva, pero nunca el de prescripción de la responsabilidad fiscal contenida en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

Ahora bien, es cierto que en los hechos de la demanda, pero no como cargo, se indica que la apoderada del Instituto SER fue informada en las dependencias de la gerencia departamental del Valle del Cauca, de la Contraloría General de la República, que el Auto 1039 de 2011, por medio del cual se resolvió el recurso de apelación contra el fallo de responsabilidad fiscal 03 de 2011, fue notificado por estado, sin embargo, allí nunca se aludió a que esa circunstancia desconocía garantías constitucionales y, mucho menos a que la indebida notificación provocaba la prescripción que ahora se reclama en el recurso de apelación.

Así las cosas, si la Sección Quinta del Consejo de Estado abordará el estudio de un aspecto nuevo planteado por la demandante, en el

recurso de alzada, produciría la violación del derecho fundamental al debido proceso de la Contraloría General de la República, en tanto como bien lo señala su apoderado judicial, la entidad nunca contó con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa respecto de ese aspecto.

De acuerdo con lo anterior, la Sala se abstendrá de abordar el estudio de la prescripción de la responsabilidad fiscal que planteó el Instituto SER en la apelación y confirmará en su integridad la sentencia de 14 de febrero de 2013, proferida por la Sección Primera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia de 14 de febrero de 2013, mediante la cual la Sección Primera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero
Ausente con permiso



SC5780-6-1



GP059-6-1

