

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Finalidad / RESPONSABILIDAD FISCAL – No tiene carácter sancionatorio / RESPONSABILIDAD FISCAL - Es independiente de la responsabilidad penal y disciplinaria

[L]a responsabilidad fiscal, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 610 de 2000, no tiene carácter sancionatorio, ni penal; tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, por lo que cada proceso trae consigo consecuencias diferentes, aunque si se percibe indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente obtener un nuevo reconocimiento.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Corte Constitucional SU-620 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-840 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; y Consejo de Estado, Sección Primera, de 6 de junio de 2013, Radicación 18001-23-31-000-2002-00374-01, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – De jefe del Departamento de Tesorería y Cartera de empresa de telecomunicaciones / RESPONSABILIDAD FISCAL A TÍTULO DE CULPA GRAVE – Por omitir constatar que los dineros dados a la firma comisionista para invertir en la Bolsa Nacional Agropecuaria le hubieran sido efectivamente entregados a esta última / RESPONSABILIDAD FISCAL - De jefe del Departamento de Tesorería y Cartera por no verificar el desenlace final de la inversión que autorizó

[E]l Jefe del Departamento de Tesorería [...] debía conocer los pormenores del negocio y, por tanto, estar pendiente como mínimo de que las operaciones que ella misma autorizaba realmente se llevaran a cabo en tiempo oportuno y cerciorase con los documentos idóneos, que eran ni más ni menos, los comprobantes de que efectivamente los dineros fueron entregados a la BNA y no conformarse con unos fax enviados por diferentes Gerentes de la Sucursal de CORCARIBE S.A. en Bucaramanga. [...] [L]as sumas entregadas a CORCARIBE S.A. que la actora autorizó junto con el Subgerente Financiero, eran de tal monto, que es inexplicable que una persona que desempeña un cargo de tal responsabilidad en una empresa de telecomunicaciones se excuse en que creyó en la buena fe y good will del comisionista; pero además, sin cerciorarse de que la transacción de 19 de febrero de 2005 se hubiera realizado, aún así autorizó la del 17 de mayo del mismo año, cuando se habría podido evitar el desembolso de \$ 6.826'935.051 y, por ende, disminuido el daño patrimonial. Considera la Sala que la actora no puede excusarse en que tuvo la confianza legítima de que al entregar el dinero a CORCARIBE S.A. la operación era segura como lo fue en épocas anteriores, pues lo cierto es que hasta finales de 2003 dicha empresa comisionista sí entregaba los comprobantes de la BNA a TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. [...] De otro lado, el Manual de Funciones antes transcrito, indica claramente entre las facultades del Jefe del Departamento de Tesorería: i) que conjuntamente con el Técnico de Comercio Exterior, funcionario que depende de su Despacho, solicita las respectivas cotizaciones a las entidades financiera y comisionistas y que ii) dicho técnico recibe la Carta de Confirmación de la Inversión. Luego, a la actora le correspondía estar atenta y verificar o constatar con su subalterno el desenlace final de la inversión que autorizó. [...] Por lo anterior, la Sala considera que su conducta, como Directora del Departamento de Tesorería y Cartera, cargo que necesariamente supone altos niveles de conocimiento y responsabilidad, es gravemente culposa por omisión y negligencia inexcusables en el ejercicio del mismo.

RESPONSABILIDAD FISCAL - Daño patrimonial

[E]s indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona. En el presente caso, no existe duda, ni siquiera por parte de la actora de que en efecto hubo un daño patrimonial al Estado [...].

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Sección Primera, de 30 de mayo de 2013, Radicación 63001-23-31-000-2004-00313-01, C.P. María Elizabeth García González; y de 15 de septiembre de 2016, Radicaciones 25000-23-41-000-2013-02564-01 y 25000-23-41-000-2014-00058-01; C.P. María Elizabeth García González.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 3 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 4 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 5 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 6 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 53

SÍNTESIS DEL CASO: La Gerencia Departamental de Santander de la Contraloría General de la República, declaró responsable fiscalmente a la Directora de Tesorería de TELEBUCARAMAMGA S.A. E.S.P. solidariamente junto con el Gerente y el Subgerente de la empresa de comunicaciones y la sociedad CORREDORES DEL CARIBE – CORCARIBE S.A., por la suma de \$9.469'619.147.43, al considerar que su actuar fue negligente y omisivo, toda vez que no se realizó el control y el seguimiento debido a las inversiones que fueron autorizadas por ella, debiendo requerir al comisionista CORCARIBE S.A., el Certificado de Custodia que expide la Cámara de Compensación de la BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA – BNA, que constituía el soporte de que la negociación se había realizado, o acudir a ésta para confirmar la operación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00706-01

Actor: CLARA BIBIANA OREJARENA DÍAZ

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 25 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 25 de septiembre de 2013, proferida por la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

I.1- La señora **CLARA BIBIANA OREJARENA DÍAZ**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

- La nulidad parcial del Fallo de Responsabilidad Fiscal núm. 012 de 30 de septiembre de 2009, proferido dentro del Proceso núm. 1603 por el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental de Santander de la Contraloría General de la República, en cuanto le endilgó responsabilidad fiscal.

- La nulidad parcial del Fallo núm. 000014 de 5 de marzo de 2010, proferido por el Director de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada, Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, por medio del cual se resolvió el recurso de apelación que interpuso, confirmando el fallo núm. 012 de 30 de septiembre de 2009.

- Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Contraloría General de la República abstenerse de ejecutar ante su jurisdicción coactiva los mencionados fallos, en lo que a ella respecta y abstenerse de incluirla en el Boletín de Responsables Fiscales.

- Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

I.2- La actora señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que la Gerencia Departamental de Santander de la Contraloría General de la República practicó auditoría especial a TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., en relación con la presunta desviación de dineros de la empresa por parte del Comisionista de Bolsa CORCARIBE S.A. por no colocarlos en la Bolsa Nacional Agropecuaria -BNA-.

Que, como consecuencia de la mencionada auditoría, la entidad mediante auto de 25 de noviembre de 2005, dispuso la apertura de proceso fiscal en su contra, porque para la época de los hechos desempeñaba el cargo de Directora de Tesorería de TELEBUCARAMAMGA S.A. E.S.P.

Mediante los actos acusados se le declaró responsable solidariamente junto con el Gerente y el Subgerente de la empresa de comunicaciones y la sociedad CORREDORES DEL CARIBE – CORCARIBE S.A., por la suma de \$9.469'619.147.43, por el daño patrimonial producido.

Explicó que paralelamente al proceso fiscal, la Fiscalía General de la Nación y la Jurisdicción Penal han venido realizando investigaciones en contra de los

presuntamente involucrados en el desfalco, siendo ella la única persona que ha resultado absuelta de todo cargo.

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

Que se violaron los artículos 2°, 6°, 29, 83, 209 y 267 de la Constitución Política; 3° del Código Contencioso Administrativo; y 1°, 2°, 4°, 5°, 22, 23, 26 y 53 de la Ley 610 de 2000, por violación de norma legal, falsa motivación y violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Se refiere a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la responsabilidad fiscal, su naturaleza, alcance y características y elementos que la conforman, a saber: una conducta dolosa o gravemente culposa, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre éstos.

Que se incurrió en falsa motivación porque se tergiversó la naturaleza de las funciones que estaban a su cargo, cuando se dice que ella *“tenía gran responsabilidad, pues como Directora de cartera desplegaba una relación directa con la ejecución de políticas y estrategias para manejar los recursos, por lo cual tenía relación directa con la disposición de los recursos de la empresa, correspondiéndole tramitar y ejecutar las operaciones financieras necesarias para la inversión de los recursos y excedentes financieros que poseía la entidad, directamente le correspondía el manejo final o desenlace de la operación que trascendía directamente en los soportes de la transacción financiera que eran los soportes de la bolsa y certificados de la Cámara de Compensación, por tanto no puede excusarse que recibiendo la carta suscrita por un intermediario, tenía el soporte correspondiente, cuando las inversiones eran ordenadas para ejecutarse en la Bolsa Nacional Agropecuaria”*.

Consideró que el argumento se aleja totalmente de la realidad, pues la función de *“ejecutar las políticas y las estrategias para el manejo de los recursos financieros, fijado por la Gerencia y la Subgerencia”*, no tiene nada que ver con el recibo de soportes o comprobantes de inversión expedidos por la BNA, simplemente se trata de *“ejecutar”* que según la Real Academia de la Lengua Española significa cumplir, consumir, poner por obra algo y, en este caso, se trataba de poner en marcha las políticas y estrategias para el manejo de los recursos financieros, *“fijados por la Gerencia y la Subgerencia Financiera”* y como se observa en el fallo de responsabilidad fiscal, dentro de las pruebas recaudadas y valoradas, no existe documento alguno que contenga una orden o directriz expedida por dichos funcionarios que le ordenara solicitarle directamente a la BNA un comprobante de inversión.

Que según el Manual del Manejo del Portafolio de las Inversiones, entre las funciones que tenía como Jefe del Departamento de Tesorería de TELEBUCARAMANGA S.A., se encuentran: el establecimiento del excedente, selección de alternativas, elaboración de Carta de Compromiso de Inversión, Recepción carta de Confirmación de Ofrecimiento de Inversión, generación comprobante de egreso y entrega de Título a Custodia.

Que el fallo de primera instancia se pronuncia afirmando que *“igualmente no es de recibo justificar que le correspondía a otras personas esta labor esencial, que era el de soportar las operaciones ejecutadas por su conducto, tampoco creer que con una comunicación vía fax suscrita por una sucursal de la intermediaria podía dar por ejecutada la operación ordenada por la empresa. Como se observa la defensa está suficientemente inclinada en considerar que se cumplió con el manual de Procedimientos establecido para una inversión, porque recibieron una carta*

ineficaz frente al sustento de la operación... carece de fuerza la argumentación presentada por el memorialista que considera pobre razonamiento el que de haberse allegado la papeleta de la BNA y el Certificado de la Cámara de Compensación se hubieran salvado los recursos de la defraudación. Es claro el interés que tiene la defensa en desviar la atención a otros puntos en los cuales nunca se va a poder justificar la actuación negligente de la señora OREJARENA, ya que debió estar atenta a los soportes correspondientes y en su defecto exigir a la comisionista la devolución de los recursos ante lo cual se apremiaba a esa empresa a cumplir el mandato o a devolver los recursos, pues la inoperancia de presión alguna o exigencia le permitió a la intermediaria a su libre albedrío manejar los recursos públicos sin presión alguna”.

Arguyó que la Contraloría pretende responsabilizarla del cumplimiento del Manual de Procedimiento, pues según el numeral 5.5 “el Técnico de Comercio Exterior del Departamento de Tesorería recibe por las entidades financieras o intermediarias de la bolsa si es del caso escogidas, la Carta de Confirmación de la Inversión y la entrega al Departamento de Contabilidad para que genere la orden de pago”, lo cual cumplió a cabalidad y no, como lo pretende hacer ver la Contraloría, en el sentido de que ella “debió” solicitarle a la BNA un comprobante o certificado que consignara las inversiones, lo cual no se encontraba en dicho manual, pues claramente se observa que simplemente la obligación estaba en solicitarle a la intermediaria el comprobante de inversión y no a la Bolsa Nacional Agropecuaria, lo cual comprueba la falsa motivación.

Que se le pretende endilgar un exceso de confianza en la intermediaria CORCARIBE S.A., sin tener en cuenta que para la época de los hechos ésta gozaba de una óptima acreditación a nivel nacional en su actividad contractual; que la Superintendencia Financiera practicó Informe de Visita núm. 425 de 10 de

abril de 2006 a CORCARIBE S.A. y, en el informe señaló que *“Los funcionarios de Corcaribe hicieron creer a sus víctimas que estaban cumpliendo con el mandato en cierta manera coadyuvados por el deficiente control de la Bolsa Nacional Agropecuaria y la misma Superintendencia de Valores (hoy Financiera) al punto que tal convicción igualmente cobijó a la Contraloría General de la República que avaló las actividades y gestiones de CORCARIBE S.A. como enmarcadas dentro de los precisos parámetros legales; circunstancia esta que permitió dar crédito o por lo menos no dudar ni eliminar la confianza depositada en la entidad de intermediación, que reitero de años atrás venían realizando operaciones bursátiles con un gran número de personas jurídicas y naturales”*.

Resaltó que solo hasta el mes de agosto de 2006 la Superintendencia de Valores a través de la Resolución núm. 630 de 1° de agosto de 2005 *“Por la cual se toma posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de la sociedad Corredores del Caribe S.A.”*, sancionó esta empresa, en la cual asevera que durante los años 2002, 2003, 2004 y 2005 no fue objeto de sanción por parte de ellos y solo hasta dicha fecha fue intervenida; que, además, esta información, poco difundida, fue realizada con fecha muy posterior a las operaciones financieras efectuadas por TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P.

Que también se incurre en falsa motivación por error de hecho, porque la responsabilidad fiscal se determina en \$9.469'619.147.47, estipulando que esa cuantía fue actualizada de acuerdo con la fórmula matemática que citó en la parte considerativa del fallo, aunque se manifestó que el valor perdido fue de \$8.093'691.579 a partir de junio de 2005, fecha en la cual TELEBUCARAMANGA S.A. informa de las irregularidades, sin tener en cuenta que la obligación se fue cumpliendo antes de la expedición del fallo de primera instancia, pues obra en el expediente que CORCARIBE S.A. realizó pagos por \$654.168.440.00 y

333.656.326 y que TELEBUCARAMANGA S.A. ha recibido pagos a la fecha por valor de \$2.019'651.5189.

Que otro error de hecho consiste en que la Contraloría General de la República jamás tuvo en cuenta el título valor -PAGARÉ- suscrito por Luis Adrián Pulido y Luz Clemencia Escobar de Pulido, por la suma de \$10.187'115.095 de 28 de julio de 2005 suscrito a favor de TELEBUCARAMANGA S.A.

Recalcó que con la expedición de los actos acusados se atentó contra el debido proceso y derecho a la defensa a los cuales se refiere trayendo a colación Jurisprudencia de la Corte Constitucional, por cuanto no fue valorado el material probatorio aportado, por lo cual se violan los presupuestos de la responsabilidad fiscal, ya que la Ley 610 de 2000 exige que el actuar del investigado sea doloso o gravemente culposo; que la Contraloría confunde el concepto de culpa grave y culpa leve, que prevé y explica el artículo 63 del Código Civil, tratando por todos los medios de atribuirle una responsabilidad que no existe y se le endilgó culpa grave sin fundamentos claros, contundentes y precisos, interpretando de manera arbitraria las funciones de su cargo.

Que se le violaron dichos derechos porque el fallo se profirió de manera improvisada, con el único fin de endilgar responsabilidad fiscal a cada uno de los investigados.

Destacó, que con el ánimo de que se analice la ineficaz e inadecuada valoración probatoria que realizó la entidad demandada, se tenga en cuenta que la Fiscalía General de la Nación – Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Despacho 44, en respuesta al recurso de apelación que presentó contra la providencia de 12 de junio de 2006, decidió:

“... .

Tercero: REVOCAR parcialmente el mismo numeral segundo de la parte resolutive de la resolución de junio 12 de 2006, mediante la cual el Fiscal de Primera Instancia, profirió resolución de acusación en contra de **CLARA BIBIANA OREJARENA DÍAZ**, por el delito de Peculado por Apropiación y en su lugar **PRECLUIR** la investigación a su favor, por aplicación del **Indubio Pro Reo (DUDA)**.

En consecuencia, REVOCAR la medida de Aseguramiento que pesa en contra de Orejarena Díaz, de acuerdo a la determinación aquí adoptada.

Cuarto: ORDENAR la libertad inmediata de Clara Bibiana Orejarena Díaz, ...

Quinto: ORDENAR que se cancelen las anotaciones a que haya lugar”

Explicó que dentro de los motivos expuestos por la Fiscalía para precluir la investigación penal, están: el hecho de que cuando la Sociedad CORCARIBE S.A. fue designada por TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. como comisionista para sus inversiones, en el año 2002, no tenía vinculación alguna, ni desempeñaba el cargo de Tesorera; que por estar bajo dependencia jerárquica del Subgerente Financiero y de acuerdo con el Manual de Funciones específicas, desempeñó únicamente el rol de “ejecutora” como lo sostiene la Secretaria General de la empresa de servicios públicos; que los funcionarios del CTI, como la Primera Instancia, dieron una lectura equivocada a lo establecido en la Inspección Judicial que lo que quería precisar era que a *“la División de Tesorería le correspondía, tal como lo afirma el informe, ‘tener en cuenta el estado financiero de fondos y valores de bancos’, -no los fondos o valores en bolsa-, el flujo de efectivo proyectado en el mes y el reporte diario del mes’, ‘háblese de flujo en efectivo no de reinversiones en bolsa’ “*.

Que entonces no se demostró su conducta irregular ni siquiera a título de culpa y quedó acreditada su inocencia; que las actuaciones proferidas por las diferentes autoridades administrativas y/o judiciales, deben guardar armonía entre ellas y, si

bien sus decisiones son autónomas e independientes, no pueden ser flagrantemente contrarias, como ocurrió en este caso.

Insistió en el hecho de que desde el punto de vista penal quedó plena y claramente demostrada la ausencia de toda clase de responsabilidad y es incuestionable que no se apoderó de ningún dinero, por lo que no puede verse obligada a la devolución de lo que no ha tenido; que no es posible que existan decisiones flagrantemente contrarias entre dos o más clases de responsabilidad; que la Contraloría omitió de manera total valorar sus argumentos.

Adujo que no reposa en la historia del control a la Dirección de Tesorería y Cartera ninguna objeción por parte de la Auditoría Interna, que de manera tácita consideró que el manejo del asunto fue adecuado y correcto cumpliendo con las directrices dadas por la empresa.

Que se debe tener en cuenta el concepto de la Auditoría Externa que realizaba la firma Deloitte and Touche en el informe final de diciembre de 2004 que presentó a TELEBUCARAMANGA S.A., en el que destaca que dentro del mapa de riesgos no se contempló ningún aspecto que tuviera que ver con la Dirección a su cargo, lo cual generó tranquilidad y seguridad para la empresa, ya que hizo relación a los excelentes resultados, entre ellos que: las inversiones temporales superaron el 25% del total de los activos, demostrando la estrategia de obtener rentabilidad de fuentes diferentes de las ventas; la política general de inversiones de la compañía no fue especulativa y no se expuso al riesgo de pérdidas; se manejó dentro de un esquema conservador del portafolio y que como la empresa no cuenta con un comité de inversiones su planeación implica la discusión por parte del Gerente, Sugerente y Jefe de Tesorería; que de acuerdo con la revisión y análisis de los indicadores financieros de la empresa, se refleja adecuadamente su situación

financiera a corto plazo; no se observan situaciones que llamen la atención y pudieran suponer que existen riesgos importantes que pongan en peligro la viabilidad financiera de la empresa a corto plazo.

Que el informe final de KPMG, señaló que existen medidas adecuadas de control interno de conservación y custodia de los bienes de la compañía y los de terceros que están en su poder.

Finalmente, se remitió a algunos apartes del Informe Final de la Contraloría en el año 2004, en el cual se señala que no existe ningún tipo de anotación o sugerencia que tenga relación con el portafolio de inversiones, entre ellos que: hubo un mejoramiento no solo de los estados contables de los años 2003 y 2004, sino del manejo global de la empresa y solo se establecieron tres hallazgos en los estados contables, ninguno de los cuales tiene alcance fiscal, disciplinario o penal; la entidad cuenta con mecanismos ágiles y técnicos para la verificación y evaluación de sus procesos y procedimientos aplicados tanto al campo administrativo como operativo; maneja un sistema de control interno contable que cumple con los principios y normas expedidas por la Contaduría General de la Nación, que permite la aplicación de un control de advertencia o de prevención para que el administrador público reconozca en tiempo real las inconsistencias detectadas por la Contraloría y, mediante la aplicación de un control de corrección, proceda a subsanarlas y además, examina la razonabilidad de los estados financieros y procura el resarcimiento del patrimonio público.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA presentó extemporáneamente la contestación de la demanda por lo cual no fue objeto de valoración en la primera instancia¹.

III. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión 680012331703, denegó las pretensiones de la demanda y no condenó en costas.

Una vez se refirió a las funciones de la Contraloría y transcribió en lo pertinente el fallo con responsabilidad fiscal, consideró que la decisión de la Contraloría está debidamente fundamentada al endilgar responsabilidad fiscal a la actora, por su conducta omisiva y negligente como Jefe de Tesorería de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., toda vez que a ella y al Subgerente Administrativo y Financiero les correspondía la administración, manejo, dirección y disposición de los recursos públicos de la entidad, de modo que con su incumplimiento se generó un daño fiscal.

Que los motivos expuestos en los actos demandados fueron acreditados con las pruebas que obran en el proceso y, por tanto, no prospera el cargo de falsa motivación.

¹ En el alegato de conclusión que la Contraloría General de la República presentó en esta instancia, señaló que sí allegó en tiempo la contestación de la demanda; sin embargo, lo que presentó supuestamente en tiempo fue el poder otorgado a su abogado, parte reversa del mismo con nota de presentación personal y solamente la última hoja de la contestación de la demanda, con constancia de envío por fax, el 9 de junio de 2011, luego no se puede tener como tal (folios 505 507 del cuaderno principal); A folios 508 a 510, obran los mismos documentos anteriores pero con presentación 10 de junio; después del folio 510 se encuentran 21 hojas sin foliar con fecha de recibido el 13 de junio, es decir por fuera de término, porque éste venció el 9 de junio; a folios 524 a 535 reposa contestación de la demanda con fecha 9 de junio, pero no se firmó el memorial de contestación.

Que el fallo con responsabilidad fiscal endilgó culpa grave a la conducta de la actora, por cuanto su actuar fue negligente y omisivo, toda vez que no se realizó el control y el seguimiento debido a las inversiones que fueron autorizadas por Juan Gilberto Hernández Mora y por ella, independientemente de que CORCARIBE S.A. hubiera utilizado toda suerte de artimañas y engaños para ocultar la utilización indebida que estaba dando a los recursos de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. porque se debió requerir al comisionista el Certificado de Custodia que expide la Cámara de Compensación de la BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA – BNA, que constituía el soporte de que la negociación se había realizado, o acudir a ésta para confirmar la operación, además de que para el año 2005 ya debía existir un procedimiento claro y preciso en torno al manejo que se debía dar a este tipo de operaciones.

Estimó que si bien no se observó en el actuar de la demandante la intención de realizar un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado, sí se evidencia una falta de diligencia y deber de cuidado frente a un resultado que era previsible; que conforme al Manual de Funciones de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., le correspondía la custodia y el manejo de los títulos valores constituidos por la empresa, frente a lo cual tuvo una conducta omisiva y negligente que fue determinante para que la situación irregular que se estaba presentado con los dineros de la empresa no se hubiera detectado con anterioridad, por cuanto dicha funcionaria tenía una relación directa con el manejo de los recursos de la entidad, lo que trajo como consecuencia su considerable detrimento patrimonial.

Destacó que la Contraloría sí valoró el proceso penal cuando aclaró la independencia que existe entre las diferentes clases de responsabilidad; que la fiscal tiene identidad propia y que la Corte Constitucional la ha considerado como autónoma y resarcitoria; que si bien tanto el proceso penal como el de

responsabilidad fiscal, tienen el mismo investigado, su objeto y finalidades son distintas, máxime cuando se juzgan diferentes aspectos de su comportamiento, de manera que en materia penal se requiere la adecuación del tipo, en este caso peculado por apropiación, a diferencia de la responsabilidad fiscal, donde se debe tener en cuenta la ocurrencia de los tres requisitos consagrados en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000.

Que, además, el proceso penal frente a la actora se precluyó porque sus principios son diferentes a los de la investigación por responsabilidad fiscal y se debe tener en cuenta que la penal terminó por existencia de duda y no porque se hubiera comprobado la inocencia de la actora.

Finalmente, señaló que no se observa que la Contraloría haya vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa, por cuanto cada etapa procesal se adelantó con el lleno de los requisitos legales y se le dio a la investigada la oportunidad de rendir sus descargos, solicitar pruebas e impugnar las decisiones adoptadas, de conformidad con la Ley.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

En memorial obrante a folio 657 del cuaderno principal, la parte actora solicita la revocatoria del fallo apelado, porque considera que el a quo realizó un inadecuado análisis probatorio, ya que dentro del proceso se recaudaron los antecedentes administrativos y se demostraron los vicios de nulidad alegados, lo cual no fue estudiado por aquél.

Que la Jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado que se presenta falsa motivación cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto

administrativo, se revela inexistente, o se califica erradamente desde el punto de vista jurídico.

Que se puede concluir que la Contraloría General de la República incurrió en falsa motivación por error de derecho, ya que le endilgó responsabilidad fiscal en virtud de un actuar culposos, tergiversando la naturaleza de las funciones a su cargo como Tesorera de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., por cuanto manifiesta que tenía gran responsabilidad, pues como Directora de Cartera desplegaba una relación directa con la ejecución de políticas y estrategias para manejar los recursos, por lo cual tenía disposición sobre ellos, correspondiéndole tramitar y ejecutar las operaciones financieras necesarias para la inversión de los recursos y excedentes financieros que poseía la entidad, así como el desenlace de la operación que trascendía directamente en los soportes de la transacción financiera de la bolsa y Certificados de la Cámara de Compensación y que no podía excusarse recibiendo una carta suscrita por un intermediario.

Que la función de *“ejecutar las políticas y las estrategias para el manejo de los recursos financieros, fijado por la Gerencia y Subgerencia Financiera”*, no tiene nada que ver con el recibo de soportes o de comprobantes de inversión expedidos por la BNA, simplemente se trata de ejecutar, que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, quiere decir *“cumplir, poner por obra algo”*; que dentro de las pruebas recaudadas y valoradas dentro del proceso, no existe documento alguno que contenga una orden o directriz expedida por el Gerente o Subgerente Financiero de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. en el que se le ordenara solicitarle directamente a la BNA un comprobante de inversión.

Una vez transcribió las funciones a su cargo contenidas en el Manual del Manejo del Portafolio de las Inversiones, sostuvo que la Contraloría pretende

responsabilizarla del cumplimiento del manual de procedimiento establecido por TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., pues según el numeral 5.5 “El Técnico de Comercio Exterior del Departamento de Tesorería recibe por las entidades financieras o intermediarios de la bolsa si es del caso escogidas, la Carta de Confirmación de la Inversión y la Entrega al Departamento de Contabilidad para que genere la orden de pago”. Que cumplió a cabalidad lo subrayado y no como pretende hacerlo ver la Contraloría en el sentido de que debió solicitarle a la BNA un comprobante o certificación que consignara las inversiones, situación que no se encontraba contemplada en el Manual **pues la obligación estaba en solicitarle a la intermediaria el comprobante de inversión y no a la Bolsa Nacional Agropecuaria.**

Anota que, además, la demandada pretende endilgarle una responsabilidad por “exceso de confianza” en CORCARIBE S.A., la cual para la época de los hechos gozaba de una óptima acreditación a nivel nacional en su actividad contractual, revistiendo del concepto de Good Will.

Que es importante señalar que la Superintendencia Financiera practicó una visita el 10 de abril de 2006 a CORCARIBE S.A., en cuyo informe demuestra que fue consciente de su engaño a TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. y en el cual concluyó que “*si bien la Superintendencia autorizó la presentación de los estados financieros de los ejercicios concluidos en diciembre 31 de 2003 y 2004, es necesario precisar que para cualquier organismo de control y supervisión resulta imposible detectar este tipo de irregularidades Los funcionarios de CORCARIBE hicieron creer a sus víctimas que estaban cumpliendo con el mandato en cierta manera coadyuvados por el deficiente control de la Bolsa Nacional Agropecuaria y la misma Superintendencia de Valores (hoy Superintendencia Financiera) ...*”

Que dicho informe demuestra que el desfalco realizado por CORCARIBE S.A. a TELEBUCARAMANGA S.A. E.P.S. en las operaciones financieras efectuadas los días 14 de febrero y 17 de mayo de 2005, no tiene que ver con sus competencias y funciones; solo hasta el mes de agosto de 2005 la Superintendencia de Valores a través de la Resolución núm. 630 de 1° de agosto sancionó a CORCARIBE S.A. y ordenó la toma inmediata de sus bienes, haberes y negocios, en la cual asevera que durante los años 2002 a 2005 tal empresa no fue objeto de sanción y que solo hasta esa fecha fue intervenida, información que difícilmente fue difundida.

Consideró que la cifra estipulada en los actos acusados –\$9.187'578.321-, se encuentra falsamente motivada, porque no tuvo en cuenta la totalidad de los Pagos que hizo a TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. por valor de \$2.038'337.673.00, que se realizaron antes de 2009, fecha en la cual se expidió el fallo fiscal de primera instancia; que, además, no se tuvo en cuenta la existencia del título valor –pagaré por \$10.187'115.095- de 28 de julio de 2005, suscrito por los señores Luis Adrián Pulido y Luz Clemencia Escobar de Pulido, representantes de CORCARIBE S.A., a favor de dicha empresa.

Que los actos acusados incurrieron en violación a los principios del debido proceso y derecho de defensa, porque no fue valorado el material probatorio; asevera que no causó el detrimento patrimonial, ni siquiera culpa leve y, por tanto, no existió nexo de causalidad entre estos dos elementos, lo que conlleva a que se le exonere de responsabilidad fiscal; que se violaron sus derechos constitucionales y legales y los actos acusados se profirieron de manera improvisada con el fin de endilgarle responsabilidad fiscal.

Que teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-619 de 2002, para imputar responsabilidad fiscal la conducta debe calificarse como dolo o culpa grave; considera que el estudio valorativo de la Contraloría fue precario y se basó en la culpa leve, en cuanto afirmó que *“su actuación no se limitaba a confirmar la realización de las inversiones a través de un medio de comunicación escrito y por teléfono y vía fax, conforme estaba consignado en el Manual de Manejo del Portafolio de Inversiones, sino que con una mediana diligencia ha debido requerir al comisionista el certificado de custodia que expide la Cámara de Compensación de la Bolsa Nacional Agropecuaria”* (Resalta la actora).

Insistió en el hecho de que la propia Fiscalía General de la Nación dudó de cualquier acción dolosa o culposa y, por ello, dio aplicación al principio *in dubio pro reo*; luego, en relación con el supuesto daño patrimonial nunca fue la causante y, por ello, se condenó penalmente a las demás personas quienes fueron sujeto de prisión intramural así como de multa con ocasión de la condena por peculado.

Recalca que si bien es cierto que existen diferentes tipos de responsabilidad en que pueden incurrir los particulares y los servidores públicos; que ellos son autónomos e independientes, pero si se tiene en cuenta el concepto de Sistema Jurídico, no es posible que existan decisiones flagrantemente contrarias entre dos o más clases de responsabilidad, como ocurre en este caso.

Advirtió que al momento de presentar los alegatos de conclusión de la primera instancia el 24 de enero de 2012, hizo alusión al contenido de la sentencia de diciembre 14 de 2011, proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bucaramanga, que declaró su despido de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. sin justa causa y le ordenó pagar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales,

providencia que apeló y hasta esa fecha, 13 de febrero de 2012, no había sido resuelto; que lo anterior significa que para la justicia laboral es una víctima inocente.

Que concordante con lo anterior, la Contraloría General omitió valorar los argumentos o análisis efectuados por los entes de control que auditaban anualmente a TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., como eran: Auditoría Interna, Auditoría de Gestión y Resultados (externa) realizada por Delloite and Touche e informe final de KPMG.

Se refirió nuevamente a algunos apartes del informe final del año 2004 de la Contraloría General a los que hizo referencia en la demanda.

Anotó que las operaciones realizadas el 14 de febrero y 17 de mayo de 2005, no tuvieron origen temporal espacial con motivo de su ingreso, teniendo en cuenta que TELEBUCARAMANGA S.A. E.P.S. ya había tenido relaciones comerciales con la misma firma CORCARIBE S.A. desde el 2001; que las inversiones las realizó en virtud de una orden superior de quien tenía la potestad para hacerlo, lo cual implica que no tiene ninguna responsabilidad, conforme fue avalado por las Jurisdicciones Penal y Laboral; que a su ingreso a la Dirección de Tesorería y Cartera, en el año 2003, la entidad le puso de presente un procedimiento para efectuar una inversión -punto 5.8. Entrega de título a custodia-, del Manual del Manejo del Portafolio, donde claramente se lee que las inversiones que se hagan con la Bolsa Nacional, por excepción, son desmaterializadas y custodiadas en deceval, lo que quiere decir que no era de su resorte la responsabilidad y no obstante, al solicitar los soportes de las inversiones le enviaban los “cierres en firme” con los cuales se confirmaban las operaciones y adicionalmente se solicitaban al comisionista las certificaciones de rendimientos generados mes a

mes, lo cual era aprobado tácitamente por la Contraloría General de la República, como lo hizo en el año 2004, sin recibir ningún requerimiento adicional ni objeción, como tampoco en el 2005, cuando solicitó a todas las firmas comisionistas, incluyendo a CORCARIBE S.A., el envío de la información detallada de cada una de las inversiones que tenían.

V. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el presente caso se demandan los Fallos núms. 012 de 30 de septiembre de 2009, expedido por la Coordinadora de Gestión del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva (E) de la Gerencia Departamental de Santander de la Contraloría General de la República y 000014 de 5 de marzo de 2010, expedido por el Director de Juicios Fiscales de la misma entidad, por medio de los cuales, respectivamente, se declara fiscalmente responsable a la actora, junto con otros dos funcionarios y se confirma la decisión en respuesta al recurso de apelación.

Los actos acusados:

- ***“Fallo con Responsabilidad Fiscal núm. 012, dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal núm. 1603”, de 30 de septiembre de 2009***, da cuenta de lo siguiente:

La génesis del proceso fiscal es el resultado de la auditoría especial practicada a TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P, adelantado por la Contraloría Departamental a

solicitud de su Gerente en agosto de 2005, por presunta desviación de dineros de propiedad de la empresa por parte del comisionista de bolsa CORCARIBE S.A., quien, según el contrato de mandato, desde el año 2003 venía colocando los recursos de la empresa en la Bolsa Nacional Agropecuaria –BNA-; pero en el caso en estudio, en el año 2005 la firma comisionista invirtió recursos por la suma de \$8.093'691.579 en préstamos para cafeteros, es decir, les dio un destino distinto del expresamente indicado.

La Coordinadora de Gestión del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva (E) de la Gerencia Departamental de Santander de la Contraloría General de la República, mediante este fallo, declaró fiscalmente responsables a tres funcionarios de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., entre ellos, a la actora en este proceso -CLARA BIBIANA OREJARENA DÍAZ-, por el daño causado al patrimonio público, una vez explicó que la responsabilidad fiscal es autónoma de la penal y no tiene carácter sancionatorio sino una finalidad meramente resarcitoria; consideró que dicha empresa de comunicaciones no recibió los soportes correspondientes a las operaciones de inversión, a saber, i) la papeleta de la BNA y ii) el Certificado de la Cámara de Compensación y que, solo existe una carta enviada por FAX por el Gerente de la sucursal CORCARIBE S.A. de Bucaramanga mediante la cual confirmaba el cierre en firme de la operación.

Por lo anterior, la CONTRALORÍA consideró que tres funcionarios de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. eran responsables fiscalmente del daño patrimonial al Estado, por “culpa grave”, entre ellos, la actora en su condición de Directora de Tesorería, porque sus funciones tenían una relación directa con la ejecución de políticas y estrategias para manejar recursos de la empresa y el desenlace de la operaciones de CORCARIBE S.A. que constaría directamente en los dos soportes de la transacción financiera mencionados, ya que al no recibirlos

oportunamente, debió pedir la devolución de los recursos; que lo cierto es que la Superintendencia de Valores en agosto de 2005 tomó posesión de CORCARIBE S.A. la cual no tenía fondos para reintegrar y después en el año 2009 ordenó su liquidación forzosa.

También declaró fiscalmente responsables a otros dos funcionarios de TELEBUCARAMANGA S.A. -el Gerente y el Subgerente-, porque consideró, que si bien es cierto que la operación se venía realizando desde el año 2002 por medio del comisionista CORCARIBE S.A. para invertir en la BNA, merecía que los directivos se asesoraran debidamente para el desarrollo de las inversiones y no pretender que debido a la forma acostumbrada y habitual como se venían haciendo las operaciones, se entregaran los recursos de manera imprudente e irresponsable en un nivel o suma muy superior a las operaciones que antes realizaba.

Que los mencionados funcionarios tenían dentro de sus facultades la administración, el manejo y disposición de los recursos de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. y era a ellos a quienes correspondía elegir las mejores opciones de inversión, confirmar y controlar las operaciones que ordenaban realizar al comisionista, así como vigilar que se perfeccionara el mandato u orden conforme al Manual de Funciones; que su gestión fue ineficaz e ineficiente pues eran ellos quienes tenían la obligación de velar por los intereses de la empresa.

Que a esa fecha la suma mencionada se quedó sin recuperar y no existía ninguna garantía de pago.

En este fallo se consideró que CORCARIBE S.A. también era responsable fiscal, de manera solidaria junto con los mencionados funcionarios públicos.

E incorporó las Pólizas de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos núm. 1002660 y la de Infidelidad y Riesgos Financieros General contra Delitos núm. 1001011, expedidas por LA PREVISORA S.A., para responder hasta por el valor del monto asegurado menos el deducible, en su condición de tercero civilmente responsable.

Argumentó que la responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio ni penal ni administrativo, sino que su finalidad es resarcitoria para recuperar el daño causado al patrimonio del Estado y que se trata de procesos autónomos e independientes.

Que las funciones de la actora en su calidad de Directora de Tesorería, eran:

“FUNCIÓN BÁSICA

Coordinar, controlar y evaluar el recaudo de dineros y el manejo de los fondos en los bancos, programando el pago oportuno de los compromisos financieros adquiridos.

Funciones específicas:

- . Ejecutar las políticas y las estrategias para el manejo de los recursos financieros, fijado por la Gerencia y la Subgerencia Financiera.
- . Contribuir a desarrollar los programas y proyectos económicos para mejorar el proceso financiero de la empresa.
- . Responder por la custodia y el manejo de los títulos valores que tenga constituidos la empresa.
- . Realizar cotizaciones previas a las inversiones a efectuar, de acuerdo a la disponibilidad del presupuesto.
- . Responder por el buen desempeño del personal a su cargo propiciando el mejoramiento continuo en las áreas de trabajo.
- . Las demás funciones inherentes al cargo, asignadas por el superior inmediato y que por su naturaleza tengan relación con las actividades del mismo, sin que se conviertan en permanentes o modifiquen sustancialmente la esencia de éste.

Dentro del manual del manejo del portafolio a la señora Clara Bibiana en su calidad de Jefe del Departamento de Tesorería le correspondía las siguientes funciones:

5.2. Establecimiento de excedentes: El Jefe del Departamento de Tesorería elaborará una relación de ingresos y egresos para establecer la existencia y el monto de excedentes de liquidez, la cual presenta al subgerente financiero, para que imparta las instrucciones de solicitar cotizaciones observando las políticas establecidas en el manual de inversiones.

5.3. Selección de alternativas: Una vez impartida la instrucción por el Subgerente Financiero, el Jefe del Departamento de Tesorería y el Técnico de Comercio Exterior del Departamento de Tesorería solicitan las respectivas cotizaciones a las entidades financieras y comisionistas de bolsa, según sea el caso; y las presentan al Subgerente Financiero para la selección de la alternativa más favorable. El Subgerente Financiero imparte la orden al Jefe del Departamento de Tesorería para que cierre la operación con la alternativa o alternativas elegidas.

5.4. Elaboración Carta de compromiso de Inversión: El Técnico de Comercio Exterior del Departamento de Tesorería elabora una carta de compromiso de inversión donde se especifica: el monto de la inversión aprobada, el tiempo pactado, la clase de inversión y la tasa; se la envía a la entidad que fue favorecida con la inversión.

5.5. Recepción Carta de Confirmación de Ofrecimiento de Inversión. El Técnico de Comercio Exterior del Departamento de Tesorería recibe por las entidades financieras o intermediarias de la bolsa escogidas, la Carta de Confirmación de la Inversión y la entrega al Departamento de Contabilidad para que genere la orden de pago. (Subraya y resalta la Sala)

5.6. Generación Comprobante de Egreso: El Técnico de Comercio Exterior del Departamento de Tesorería recibe la orden de pago por el Departamento de Contabilidad y la entrega al técnico de Tesorería para que genere el comprobante de egreso junto con el cheque.

5.7. Entrega a Título de Custodia: El Técnico de Comercio Exterior del Departamento de Tesorería fotocopias el título valor, elabora la carta al banco que determine la empresa para la custodia de sus títulos con autorización del Jefe de Tesorería envía el título valor en un sobre sellado y lacrado al banco y al subgerente financiero: Excepto las inversiones que se hagan con la Bolsa Nacional que son desmaterializadas y custodiadas en deceval².”

De las anteriores funciones que ostentaba la actora, el fallo en comento determinó su responsabilidad fiscal a título de culpa grave, lo cual explicó en los siguientes términos:

“ ... como Directora de Cartera desplegaba una relación directa con la ejecución de políticas y estrategias para manejar los recursos, por lo cual tenía relación directa con la disposición de los recursos de la empresa, correspondiéndole tramitar y ejecutar las operaciones financieras necesarias

² Entidad encargada de recibir títulos valores físicos, para su administración por medio de un sistema computarizado de alta tecnología garantizando la seguridad de los mismos y minimizando los riesgos.

para la inversión de los recursos y excedentes financieros que poseía la entidad, directamente le correspondía el manejo final o desenlace de la operación que trascendía directamente en los soportes de la transacción financiera, que eran los soportes de la Bolsa y certificados de la Cámara de Compensación, por tanto no puede excusarse que recibiendo la carta suscrita por un intermediario, tenía el soporte correspondiente, cuando las inversiones eran ordenadas para ejecutarse en la Bolsa Nacional Agropecuaria.

Igualmente no es de recibo justificar que le correspondía a otras personas esta labor esencial, que era el de soportar las operaciones ejecutadas por su conducto, tampoco creer que con una comunicación vía fax suscrito por una sucursal de la intermediaria podía dar por ejecutada la operación ordenada por la empresa. Como se observa la defensa está suficientemente inclinada en considerar que se cumplió con el Manual de Procedimientos establecido para una inversión, porque recibieron una carta ineficaz frente al sustento de la operación que verdaderamente debió ser exigido, ... debió estar atenta, en tener los soportes correspondientes y en su defecto exigir a la comisionista la devolución de los recursos ... pues la inoperancia de presión alguna o exigencia le permitió a la intermediaria a su libre albedrío, manejar los recursos públicos sin presión alguna.

No es admisible, querer justificarse en que los órganos de control internos y externos debían decirles cuáles eran las actuaciones que le correspondía efectuar o adelantar ante las operaciones efectuadas pues en su condición de gestores debían conocer el negocio que iban a efectuar las de estar al frente de todas las operaciones que les correspondía manejar pues debido a sus capacidades habían sido ubicados en los cargos que desempeñaban los cuales les exigían el tener el conocimiento y el bagaje en el manejo de las operaciones y transacciones en Bolsa y especialmente en la Bolsa Nacional Agropecuaria, que es el caso que nos ocupa.

... no se encuentra que haya habido artimañas, ardid y tretas por parte de Corcaribe a la entidad Telebucaramanga, simplemente se le permitió por parte de los encargados del área que dicho corredor tuviera suficiente libertad para operar a su acomodo con los recursos públicos pues como se manifestó nunca se exigió la realización de la operación o la devolución de los recursos entregados a la firma. NO se admite la exculpación que no era de obligatorio cumplimiento requerir a la entidad u órganos encargados para verificar si las operaciones realizadas a través de sus representantes son reales, legales y confiables cuando de suyo no tenían nada que soportara la realización de la inversión como no recurrir al ente que verdaderamente podía exigir. No es excusable que se pretenda aducir que la desinformación en que se encontraban frente a las sanciones impuestas a CORCARIBE generó la pérdida de recursos para justificar su inacción, pues si hubieran solicitado en el mes de febrero y en el mes de mayo de 2005, los soportes correspondientes a las operaciones nada les hubiera tenido que preocupar por cuanto los dineros estuvieran debidamente respaldados si era que conocían el negocio en que estaban efectuando la citada inversión.

Así mismo, no es aceptable la argumentación referente a la existencia del pagaré suscrito por los representantes legales de CORCARIBE S.A. de fecha 29 de julio de 2005, por cuanto se efectuó la imputación de Responsabilidad Fiscal, dada la ineficacia del mismo frente a la magnitud de la cantidad que debía reintegrar a Telebucaramanga la firma CORCARIBE cuya liquidación forzosa había sido ordenada por la Superintendencia de Valores a través de la

Resolución N°. 0807 de 23 de septiembre de 2009 y con anterioridad mediante la Resolución N°. 0630 del 1° de agosto de 2005, se ordenó la toma de posesión inmediata, quedando los bienes, activos y patrimonio de la Sociedad en manos de la liquidación, de tal suerte y como quedó establecido en el expediente no posee la liquidación los fondos para reintegrar los valores recibidos de Telebucaramanga, por lo tanto no es concebible hablar del mencionado pagaré vencido a la fecha; pues los pagos que ha recibido TELEBUCARAMANGA S.A. han sido solamente dos pagos en la medida en que las disponibilidades lo han permitido del recaudo efectuado.

... la empresa de telecomunicaciones tuvo que hacerse parte en la liquidación a través de la reclamación presentada oportunamente y se encuentra reconocida como acreedor excluido de la masa de liquidación, y en dicha calidad ha recibido dos pagos el primero ordenado mediante la Resolución N°. 25 de febrero 15 de 2007 donde le fue ordenado cancelar la suma de \$654'168.440 y por Resolución N°. 27 de octubre 17 de 2007 donde le fue ordenado cancelar la suma de \$333'656.326 por tanto solo ha recibido como pago la suma de \$987'824.766 y como reintegro de los valores invertidos en la Bolsa \$1.004'826.752 de donde resultan los \$2.019'651.518 valor recuperado hasta la fecha, sin que posteriormente al mes de octubre de 2007 la entidad afectada haya recibido más pagos, debido a la insolvencia de la liquidación tal y como quedó demostrado al efectuarse la inspección contable solo tiene cartera de difícil cobro y como fue ratificado en oficio de respuesta por parte de la liquidadora y en los alegatos de defensa la sociedad en liquidación no posee bienes ni activos con los cuales pueda responder a sus acreedores; por tanto el saldo por la suma de \$7.904'238.983 que no han sido recuperados y los intereses dejados se constituyen en el daño fiscal.

... de nada vale los cierres recibidos cuando los dineros están perdidos para la empresa Telebucaramanga sin que a la fecha se hayan podido recuperar en su totalidad y así mismo no hay expectativa de lograrlo; por lo tanto tiene sustento lo manifestado en el Auto de imputación; ... “.

Expuesto lo anterior, respecto de los funcionarios de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., entre ellos, la actora en su condición de Directora de Tesorería, expresó que obraron con culpa grave, que según el artículo 63 del Código Civil *“Es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo”*.

Además, ante el vacío de la Ley 610 de 2000, se refirió a la definición que de culpa grave trae la Ley 678 de 3 de agosto de 2001 *“Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través*

del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, cuyo artículo 6º, dispone.

“**ARTÍCULO 6º. Culpa grave.** La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una **inexcusable omisión o extralimitación** en el ejercicio de las funciones. (Resalta la Sala en esta oportunidad)

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-455 de 2002)

Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 374 de 2002”

Concluyó que de conformidad con la norma pretranscrita se reprocha una “*inexcusable omisión*” a los servidores del área del manejo de los recursos públicos, por tanto se trata de una actuación no esperada de los directivos y encargados de dicha área, de una excesiva confianza o negligencia crasa en el manejo de los negocios que les competía, pues lo mínimo con que debía contar la empresa, era con los soportes de las transacciones de febrero y mayo de 2005 y la Tesorera tenía como tarea primordial soportar las operaciones solicitadas y ejecutadas por su conducto y que aunque los títulos o garantías no se quedan en la entidad, debe existir un comprobante de la negociación, es decir, del documento que garantiza la inversión.

- Fallo 000014 de 5 de marzo de 2010, “Por medio del cual se resuelven unos recursos de apelación”, proferido por el Director de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República.

Este fallo responde al recurso de apelación que la actora y otros declarados responsables fiscales interpusieron contra el acto anterior.

En este acto la Contraloría precisa que TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto que se rige por la Ley 142 de 1994, cuyos trabajadores son particulares a quienes se le aplica el régimen del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con dicha normativa; que la Ley 489 de 1998, dispone en los literales d) y f) del numeral 2 del artículo 38, que las Empresas Sociales del Estado y las Empresas Oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios, así como las Sociedades Públicas y las Sociedades de Economía Mixta son algunos de los órganos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.

Que los declarados responsables fiscalmente ejercían funciones públicas en relación con la administración y manejo de los recursos públicos de la empresa y como no cumplieron con las funciones de dirección, administración, custodia y manejo de los bienes o recursos públicos que les competía ejercer, éstos fueron menguados; que la conducta fue gravemente culposa por cuanto su actuar fue negligente y omisivo, toda vez que no se realizó el control y seguimiento debido a las inversiones que fueron autorizadas por el Subgerente Financiero y la Directora de Tesorería, independientemente de que CORCARIBE S.A. hubiera utilizado toda suerte de artimañas y engaños.

Que la señora Orejarena Díaz actuó con inexcusable negligencia en relación con el patrimonio de la entidad, toda vez que lo mínimo que debía hacer, tras una inversión de gran cantidad, era exigir los soportes correspondientes y las garantías pertinentes y esa omisión fue determinante para que la situación irregular que se estaba presentando con los dineros de la empresa de telecomunicaciones no se hubiera detectado con anterioridad.

Que la actora tenía una relación directa con el manejo de sus recursos conforme está reseñado en el Manual del Manejo del Portafolio teniendo en cuenta que su función básica, entre otras que menciona, era *“Coordinar, controlar y evaluar el recaudo de dineros y el manejo de fondos en los bancos, programando el pago oportuno de los compromisos financieros adquiridos”*; que no se puede amparar en el actuar omisivo de quien desempeñaba el cargo de Técnico de Comercio Exterior para disculpar su actuación, toda vez que era la Directora de la dependencia y como tal le correspondía responder por el buen desempeño del personal a su cargo y velar por el reglamento interno, conforme al Manual de Funciones.

Que fue tal la negligencia y actuar omisivo de la Tesorera, que aunque no se había soportado la operación realizada el 14 de febrero de 2005, es decir, la que se refería a la renovación de la inversión, se autorizó la constitución de otra sin requerimiento alguno por parte de ella, lo que permitió al comisionista actuar con bastante autonomía e independencia en el manejo de los dineros que le entregó la empresa; los funcionarios comprometidos en estas operaciones se conformaron con recibir, vía fax, unos documentos suscritos por dos Gerentes diferentes de una Sucursal de la sociedad comisionista en Bucaramanga, en los cuales se describía en forma detallada la inversión sin que se exigiera ningún otro documento; que según lo afirma la señora OREJARENA en su injurada *“... como la operación se hizo por intermedio de la Bolsa Nacional Agropecuaria y siguiendo el procedimiento establecido, el único*

documento de acuerdo al procedimiento que se requiere validar la operación era la carta de confirmación de la inversión que enviaba Corcaribe, en este caso el cierre en firme" (Subraya la Sala).

Sin embargo, la actora no se preocupó ni mostró interés en el destino que CORCARIBE S.A. dio a la inversión, sin tener en cuenta que la papeleta y el Certificado de la Cámara de Compensación de la BNA, eran garantía de que la operación se había realizado.

Que quedó demostrado que la Tesorera debía presentar informes de inversiones al Subgerente Financiero con base en certificaciones previamente solicitadas a los comisionistas de bolsa sobre los rendimientos y tasas de valoración de cada una de las inversiones realizadas y que fueron ella y el Subgerente Financiero quienes realizaron las inversiones reseñadas con fecha 14 de febrero y 17 de mayo de 2005.

Efectuado el resumen del contenido de los actos administrativos acusados, la Sala se referirá a la responsabilidad fiscal que se le endilga a la actora.

La responsabilidad fiscal:

La Ley 610 de 2000 establece el objeto de la responsabilidad fiscal, que no es otro que el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal.

Dispone esta norma:

“ARTÍCULO 3º: Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación,

gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”

“ARTICULO 4o. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o **culposa** de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. (Resalta la Sala)

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

PARAGRAFO 1o. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

PARAGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE³> El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa “**leve**”.

“**Artículo 5°.** Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.”

“**Artículo 6°.** Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”⁴.

³ Sentencia C-619 de 2002, Magistrados ponentes Doctores Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

⁴ El texto subrayado fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-340 de 2007, Magistrado ponente doctor Rodrigo Escobar Gil.

Y el artículo 53 *ídem* consagra:

“ARTÍCULO 53. FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa **leve** del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable”⁵.

La Corte Constitucional mediante la sentencia SU-620 de 13 de noviembre de 1996, con ponencia del Magistrado doctor Antonio Barrera Carbonell, señaló que *“el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquel ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En efecto, en la investigación se va a establecer la certeza de los hechos investigados, la incidencia de éstos en la gestión fiscal y a qué personas en concreto se les puede imputar la responsabilidad por las irregularidades cometidas”*.

⁵ La sentencia de la Corte Constitucional C-619 de 8 de agosto de 2002, declaró inexecutable el párrafo 2° del artículo 4° y la expresión “leve” del artículo 53, pero no por considerar que la culpa sea ajena a la responsabilidad fiscal, sino por exigirla en la modalidad de la culpa leve; en este sentido la Corte Constitucional consideró que “el criterio normativo de imputación no podía ser mayor al establecido por la Constitución Política en el inciso 2° de su artículo 90 para el caso de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado”, por conducta dolosa o gravemente culposa.

La misma Corporación, mediante sentencia C-840 de 2001⁶, frente a la estimación del daño, sostuvo lo siguiente:

“... destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal. El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite.” Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable.

Así las cosas, “el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa”.

Ahora bien, con respecto al daño, esta Corporación ha sostenido:

*“Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. **En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.**” (Resalta la Sala fuera de texto).*

La Sala precisa, que la responsabilidad fiscal, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 610 de 2000⁷, no tiene carácter sancionatorio, ni penal; tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, por lo que cada proceso trae consigo consecuencias diferentes, aunque

⁶ Magistrado ponente doctor JAIME ARAUJO RENTERÍA.

⁷ Sentencias de 12 de julio de 2001, expediente núm. 1997-9266-01(6733), Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrera; 5 de julio de 2002, expediente núm. 1999-1253-01, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas; 20 de septiembre de 2007, expediente núm. 2000-00277-01, Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón; 16 de febrero de 2102, expediente núm. 2001-00064-01, Consejero ponente (E) Marco Antonio Velilla Moreno

si se percibe indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente obtener un nuevo reconocimiento.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación y se reiterar lo expuesto por la Sección en sentencia de 6 de junio de 2013 (Expediente núm. 2002-00374, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), en la cual expresó:

“En relación con la tercera glosa que se formula a la sentencia recurrida, consistente en que no asiste razón al Tribunal en sostener que por el hecho de no haberse imputado responsabilidad a los actores en el proceso penal debió haberse suspendido la continuación del proceso de responsabilidad fiscal que se adelanta contra ellos, la Sala hace notar al *a quo* que la responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, sino esencialmente de naturaleza resarcitoria, pues busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa, por lo cual el proceso que se adelanta por parte de la jurisdicción penal sobre los mismos hechos y su resultado no afecta ni incide en el proceso de responsabilidad fiscal”.

La conducta de la actora:

La Contraloría declaró solidariamente responsable fiscal a la actora por **culpa grave**, porque como Directora de Tesorería y Cartera de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., por su negligencia omitió cerciorarse de que los dineros entregados a la firma comisionista CORCARIBE S.A. para invertir en la Bolsa Nacional Agropecuaria, efectivamente su hubieran entregado a ésta última.

A folios 22 y 27 del cuaderno de pruebas núm. 1, consta, respectivamente, que el 14 de febrero de 2005, la Directora de Tesorería y Cartera –señora CLARA BIBIANA OREJARENA D.⁸ junto con el Subgerente Administrativo y Financiero de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. decidieron renovar a partir de ese día un

⁸ La actora desempeñaba este cargo desde el 1° de abril de 2004.

REPO EN CDM⁹ por valor de \$3.096'955.450, a un período de 365 días, con una tasa de rentabilidad del 10%, según cotización enviada (folio 19 *idem*) y que, el 17 de mayo del mismo año los mismos funcionarios constituyeron un REPO CDM por valor de \$6.826.935.051 a un período de 164 días, tasa promedio 9.7%, conforme a cotización enviada (folio 24).

A folio 23 *idem*, reposa la comunicación de fecha 14 de febrero de 2005, enviada el 27 de julio de 2005 vía FAX por el Gerente de una Sucursal de Corcaribe S.A. en Bucaramanga, por medio de la cual anuncia a TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. acerca de la inversión del mismo día -14 de febrero- que hizo en la BNA, fecha de vencimiento, tasa de interés, plazo, valor y rendimientos; y a folio 28 obra fotocopia del fax de 17 de mayo de 2005, sin fecha de envío a la empresa de telecomunicaciones, suscrita por el Gerente de la misma Sucursal, distinto al anterior.

Según informe de la Contraloría que obra a folios 30 a 43 *idem* se tiene que: hasta el 26 de julio de 2005, TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. se enteró del manejo irregular que el comisionista dio a los dineros que le entregó para invertir, hecho que no ha estado en discusión; del historial de las operaciones realizadas por CORCARIBE S.A. hasta el 31 de octubre de 2003, éste remitía a la empresa de telecomunicaciones “*en tiempo casi inmediato la Certificación de Custodia expedida por la Cámara de Compensación de la Bolsa Nacional Agropecuaria – CCBNA, como soporte de las operaciones realizadas*”; de esa fecha en adelante solo enviaba una carta en la cual confirmaba el cierre en firme de la inversión, incumpliendo los reglamentos de la BNA.

⁹ Son operaciones de venta inmediata y recompra a plazo de Certificados de Depósito de Mercancías (CDM's), emitidos por los Almacenes Generales de Depósito ((AGD's), lo cuales permiten que el dueño de un producto almacenado pueda disponer de recursos inmediatos para mejorar su liquidez, mediante la venta del CDM con el compromiso de recobrarlo en un lapso de hasta 540 días previa aprobación de la CCBNA.

A folio 151 del cuaderno *ídem*, reposa copia del original del documento que describe las funciones del Jefe del Departamento de Tesorería, que fueron transcritas en el fallo con responsabilidad fiscal, de cuya lectura y por la naturaleza del cargo se desprende que debía conocer los pormenores del negocio y, por tanto, estar pendiente como mínimo de que las operaciones que ella misma autorizaba realmente se llevaran a cabo en tiempo oportuno y cerciorase con los documentos idóneos, que eran ni mas ni menos, los comprobantes de que efectivamente los dineros fueron entregados a la BNA y no conformarse con unos fax enviados por diferentes Gerentes de la Sucursal de CORCARIBE S.A. en Bucaramanga. En otras palabras, no constató con los documentos pertinentes e idóneos, como era su deber, que las operaciones se hubieran efectivamente realizado.

Además las sumas entregadas a CORCARIBE S.A. que la actora autorizó junto con el Subgerente Financiero, eran de tal monto, que es inexplicable que una persona que desempeña un cargo de tal responsabilidad en una empresa de telecomunicaciones se excuse en que creyó en la buena fe y good will del comisionista; pero además, sin cerciorarse de que la transacción de 19 de febrero de 2005 se hubiera realizado, aún así autorizó la del 17 de mayo del mismo año, cuando se habría podido evitar el desembolso de \$ 6.826'935.051 y, por ende, disminuido el daño patrimonial.

Considera la Sala que la actora no puede excusarse en que tuvo la confianza legítima de que al entregar el dinero a CORCARIBE S.A. la operación era segura como lo fue en épocas anteriores, pues lo cierto es que hasta finales de 2003 dicha empresa comisionista sí entregaba los comprobantes de la BNA a TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P.

Menos aún puede ampararse la actora en que tuvo confianza legítima en que los múltiples controles internos y externos, entre éstos últimos los realizados por Delloite and Touche, KPMG, la misma Contraloría, las Superintendencias de Valores (hoy Financiera), de Sociedades y de Servicios Públicos Domiciliarios, el Ministerio de Comunicaciones y la DIAN, no hubieran detectado ninguna irregularidad ni advertido sobre las falencias en la seguridad de las inversiones que se realizaron a través de CORCARIBE S.A., pues la responsabilidad por omisión de verificar que las cuantiosas inversiones llegaron a la BNA recae en los funcionarios de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., que fueron negligentes en el cumplimiento de sus deberes; además, dichos controles fueron efectuados antes de que ocurrieran los hechos irregulares.

De otro lado, el Manual de Funciones antes transcrito, indica claramente entre las facultades del Jefe del Departamento de Tesorería: i) que conjuntamente con el Técnico de Comercio Exterior, funcionario que depende de su Despacho, solicita las respectivas cotizaciones a las entidades financiera y comisionistas y que ii) dicho **técnico recibe la Carta de Confirmación de la Inversión**. Luego, a la actora le correspondía estar atenta y verificar o constatar con su subalterno el desenlace final de la inversión que autorizó.

La misma actora en su demanda alude que su obligación no era solicitarle a la Bolsa Nacional Agropecuaria el comprobante de inversión, sino a la intermediaria, es decir a CORCARIBE S.A., no obstante no lo hizo.

Por lo anterior, la Sala considera que su conducta, como Directora del Departamento de Tesorería y Cartera, cargo que necesariamente supone altos

niveles de conocimiento y responsabilidad, es gravemente culposa por omisión y negligencia inexcusables en el ejercicio del mismo.

Ahora bien, el delito de peculado por apropiación por el cual no fue sancionada penalmente en aplicación del principio *in dubio pro reo* no presenta las mismas consideraciones en materia de responsabilidad fiscal, donde se debe demostrar la ocurrencia de los tres requisitos previstos en la Ley 610 de 2000, pues existen diferentes grados de responsabilidad según el caso sea penal, fiscal o disciplinario, cada una independiente de la otra y con consecuencias y naturaleza diferente, por lo cual no se puede pretender que las decisiones sean congruentes en estos tres tipos de responsabilidad; igualmente este proceso es independiente del hecho de que la actora hubiera sido indemnizada por orden judicial, por su despido de la empresa.

- El daño al patrimonio de la empresa TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P.

Para la Sala es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal **tiene una finalidad meramente resarcitoria** y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, **pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros**, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por

lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona¹⁰.

En el presente caso, no existe duda, ni siquiera por parte de la actora de que en efecto hubo un daño patrimonial al Estado; sin embargo, alega que la suma por la cual se declaró responsable fiscal solidariamente no tuvo en cuenta que a TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. le fueron reintegradas unas sumas de dinero por parte de CORCARIBE S.A. y que además no tuvo en cuenta el pagaré suscrito por los representantes de esta sociedad por valor de \$10.187'115.095 de 28 de julio de 2005, a nombre de la empresa de comunicaciones.

El artículo 53 de la Ley 610 de 2000 dispone que al momento de proferir el fallo con Responsabilidad Fiscal se debe determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, **actualizándolo a valor presente**, según el IPC certificado por el DANE.

El daño causado al patrimonio del Estado tuvo su origen en las operaciones realizadas el 19 de febrero y el 17 de mayo, ambas de 2005, las cuales tuvieron respectivamente un valor de \$3.096'955.450 y \$6.826.935.051, para un total de \$9.923'890.501 y los intereses causados a 31 de julio del mismo año debieron ser \$189'452.592, lo cual no ha generado discusión; el fallo con responsabilidad fiscal núm. 012 de 30 de noviembre de 2013, en la parte considerativa señala que la empresa de comunicaciones se hizo parte en la liquidación y se le reconoció como acreedor excluido de la masa de liquidación y en dicha calidad recibió la suma de \$987.824.766 y como reintegro de los valores invertidos en la bolsa \$1.004.826.752, de donde resulta que el valor recuperado a octubre de 2007 fue por 2.019'651.518 más la suma de 27'000.000 por concepto de pago del siniestro recibido de la aseguradora La Previsora S.A., sin que posteriormente la entidad

¹⁰ Sentencias de 30 de mayo de 2013, Expediente núm. 2004-00313-01 y 15 de septiembre de 2016, Expedientes núms. 2013-02564 y 2014-00058; Consejera ponente doctora María Elizabeth García González.

afectada haya recibido más pagos debido a la insolvencia de la liquidación y por tanto el daño fue por la suma de \$8.093'691.579.

De lo anterior, se tiene que el valor invertido en CORCARIBE S.A. más los intereses a 31 de julio de 2005, suman \$10'113.343.093, de lo cual TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. recuperó \$2.019.651.518, luego el saldo por recuperar es la suma de \$8.093'691.575 y la Contraloría sumó 4 pesos más, lo cual es irrelevante y no puede considerarse como falsa motivación por error de hecho. La actora no presenta otras sumas que se le hayan entregado a la empresa de comunicaciones ni por parte de la comisionista ni de la BNA.

La anterior suma actualizada a agosto de 2009, según el índice de precios al consumidor certificado por del DANE¹¹, da un total a pagar por parte de la actora solidariamente por valor de \$ 9.469'619.142.75. Los actos acusados se refieren a la suma de \$ 9.469'619.147.43, lo cual es irrelevante.

Respecto al pagaré por valor de \$10.187.115.095, suscrito por los representantes de CORCARIBE S.A., a favor de TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. el 28 de julio de 2005 con vencimiento al día siguiente, considera la Sala que no es aceptable que con dicho título valor se repare el daño, porque no existe prueba de que se hubiera hecho efectivo; precisamente, cuando se efectuó la imputación de responsabilidad fiscal, ya la Superintendencia de Valores había ordenado la liquidación de la sociedad comisionista que no tenía fondos para reintegrar los dineros recibidos por la empresa de comunicaciones, por lo tanto no es pertinente tener en cuenta dicho documento.

¹¹ Folios 1741 ya 1744 del cuaderno de pruebas 2.

En conclusión, para la Sala es evidente el nexo causal que existió entre la conducta grave y negligente de la actora en su calidad de Tesorera de TELEBUCARAMANGA S.A. y el daño a su patrimonio, que permitió que se invirtieran dineros, en este caso públicos, sin los debidos soportes, lo que llevó a la Contraloría a declararla fiscalmente responsable solidariamente con otros investigados.

La actora se limitó a exponer Jurisprudencia sobre la responsabilidad fiscal y la culpa y falencias sobre los fundamentos de los actos demandados, atacándolos por imprecisos, arbitrarios y falsamente motivados, por violación al debido proceso y por no aplicar criterios de interpretación integral teniendo en cuenta los fallos penal y el laboral que resultaron a su favor.

Tampoco sustenta la violación al debido proceso; la Sala lo que observa es que se le notificó a la actora el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal¹² y a su abogado¹³, así como el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal¹⁴ e hizo uso del recurso de apelación que presentó contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal núm. 012 de 30 de septiembre de 2009, de manera que pudo defenderse y presentar pruebas.

Probados como están los elementos de la responsabilidad fiscal en cabeza de la actora, la Sala confirmará el fallo apelado, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

¹² Folio 227 del cuaderno de pruebas 1.

¹³ Folio 234 *ibidem*.

¹⁴ Folio 1515 del cuaderno de pruebas 2.

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

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia de 25 de septiembre de 2013, proferida por la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, que declaró responsable fiscal a la actora en solidaridad con otros investigados.

ENTIÉNDASE que la suma por la cual la actora debe responder solidariamente es por valor de \$ 9.469'619.142.75.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 16 de marzo de 2017.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO