



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 08001233100020100061201

ACTOR: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

DEMANDADO: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO

Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Fallo de Segunda Instancia

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia dictada el 28 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Atlántico que: i) declaró no probadas las excepciones propuestas y ii) negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo -en adelante CCA-, la sociedad La Previsora S.A. solicitó que se declarara la nulidad de:

i) La Resolución expedida por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Atlántico el 6 de julio de 2009 que declaró, entre otros, la responsabilidad civil de la entidad demandante.

ii) La Resolución expedida por Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Atlántico del 15 de octubre de 2009, que resolvió el recurso de reposición contra el “fallo” antes citado.



iii) La Resolución del 22 de enero de 2010 proferida por el Despacho del Contralor Departamental del Atlántico, que decidió el recurso de apelación contra la Resolución del 6 de julio de 2009.

iv) La Resolución del 1º de marzo de 2010 expedida por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Atlántico que modificó la resolución del 6 de julio de 2009 en el sentido de precisar el número de cedula de una de las personas que fue declarada responsable fiscalmente.

A título de restablecimiento del derecho pidió que: i) se declarara que La Previsora S.A. no es responsable “fiscalmente”; ii) se ordenara a la Contraloría Departamental del Atlántico reintegrar las sumas de dinero pagadas en razón del “fallo” de responsabilidad fiscal, valor que asciende al monto de \$446.620.444 pesos y iii) se liquiden los intereses moratorios y comerciales respectivos, si el pago no se efectúa en forma oportuna.

Del análisis de la demanda y demás elementos obrantes en el expediente, la Sala puede extraer los siguientes hechos relevantes:

1.1 En el año 2008, no se precisa fecha, la contraloría realizó auditoría a las instalaciones de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico -en adelante LOTANCO- en lo que respecta a la vigencia enero de 2006 a diciembre de 2007.

1.2 En la citada auditoría la contraloría encontró, entre otros, que el presupuesto de LOTANCO, en el citado periodo, había sido adicionado, en razón de los intereses moratorios que de las cuotas partes pensionales la Gobernación del departamento del Atlántico pagó a la referida empresa¹. En el mismo informe se concluyó, además, que

“El reconocimiento y pago de intereses moratorios a cargo de la Gobernación y cargo de la lotería en un monto de 5.820.000.269 millones de pesos no soporta una fundamentación de hecho o de derecho, toda vez que no existe evidencia física de que la gobernación hubiese estudiado, verificado, conciliado o aceptado en debida forma la cuenta de cobro presentada por la Lotería del Atlántico por este concepto.”²

¹ Folio 231

² Ibídem.



1.3 El 2 de julio de 2008, se inició procedimiento de responsabilidad fiscal contra, entre otros, los señores Walberto Iriarte en su calidad de Gerente de LOTANCO y Ezequiel Paladines, en su condición de Secretario de Hacienda de la Gobernación del Atlántico, por los hallazgos encontrados en la auditoría relacionados con el pago de intereses moratorios.

1.4 Mediante “fallo” de responsabilidad fiscal del 6 de julio de 2009, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Atlántico declaró la responsabilidad fiscal de los señores Ezequiel Paladines Cuellar y Walberto Iriarte Urcos, en su calidad de servidores de la Gobernación del Atlántico.

En lo que atañe al caso concreto³, se resalta que se declaró la responsabilidad del señor Ezequiel Paladines Cuellar, por haber reconocido y pagado de forma irregular, intereses moratorios sobre una cuenta de cobro relacionada con las *“cuotas partes pensionales adeudadas antes de la Ley 1066 de 2006”*, presentada por LOTANCO.

1.5 En la referida decisión se declaró, además, que la compañía La Previsora S.A. era tercera civilmente responsable, en virtud de la Póliza Global de Manejo N° 1003494 de vigencia de 27 de octubre de 2006 hasta 27 de enero de 2007, cuyo valor asegurado era la suma de \$496.244.938 pesos.

1.6 Inconforme con lo anterior, la apoderada de La Previsora S.A. presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, en los que alegaba que el daño encontrado por la contraloría no existía.

1.7 Mediante decisión del 15 de octubre de 2009, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Atlántico resolvió el recurso de reposición y confirmó en su integridad el “fallo” del 6 de julio de la referida anualidad.

1.8 El 22 de enero de 2010, el Despacho del Contralor Departamental del Atlántico resolvió el recurso de apelación presentado y confirmó, en todas sus partes, la decisión recurrida.

³ En el fallo se analizan, además, otras conductas halladas en la auditoría, en especial frente al señor Walberto Iriarte Urcos, en su calidad de Gerente de LOTANCO, se concluye que aquel *“no explicó con detalle porque los dineros con destino a salud [en virtud de la actividad de apuestas que ejercía] no fueron girados oportunamente (...)”*Folio 50.



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico

Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

1.9 Mediante decisión del 1º de marzo de 2010, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Atlántico modificó el fallo del 6 de julio de 2009, por cuanto se incurrió en un error en la transcripción del número de identificación del señor Ezequiel Paladines.

Para la compañía accionante, los actos acusados se encuentran viciados de nulidad, por cuanto **desconocieron las normas en las que debía fundarse**, específicamente los artículos 5º, 6º, 23 y 53 de la Ley 610 de 2000 y los artículos 2º, 6º, 29, 83, y 123 de la Constitución.

En este sentido, argumentó que en el procedimiento fiscal no se estableció con certeza cuál fue el daño producido, ya que aquel se limitó a concluir que no *“existía soporte legal para el reconocimiento de los intereses sobre las cuotas partes pensionales adeudadas antes de la Ley 1066 de 2006”*, pese a que dicho reconocimiento, contrario a lo concluido por la demandada, tenía sustento tanto en la Circular Conjunta N° 069 del 4 de noviembre de 2008 expedida por los ministerios de Protección Social y Hacienda, como en el Concepto N° 732 proferido el 3 de octubre de 1995 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Para la sociedad accionante, el hecho que en la citada circular se haya autorizado el pago de intereses moratorios sobre las cuotas pensionales causadas antes de la Ley 1066 de 2006, impone concluir que el *“hallazgo”* que dio lugar al procedimiento fiscal, y por ende, a la afectación de la póliza N° 1003494 es *“totalmente falso y constituye una vía de hecho”*, máxime cuando el pago del interés moratorio también estaba avalado por el artículo 9º de la Ley 68 de 1923.

Adicionalmente, indicó que el procedimiento es nulo, ya que solo hasta la decisión del 22 de enero de 2010 se tuvo el convencimiento que lo que se reprochaba era que el reconocimiento y pago de los intereses de las cuotas pensionales adeudadas a LOTANCO no tuviera respaldo legal, ya que antes de tal fecha lo que se imputaba era que el reconocimiento y pago había sido irregular; circunstancia que, a su juicio, evidencia que no existe certeza del hecho generador del daño, pues este se modificó a lo largo del trámite.



2. Admisión de la demanda

2.1 Mediante auto de 1º de septiembre de 2010, el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Atlántico inadmitió la demanda. (Fl.105)

2.2 Hechas las correcciones pertinentes, por auto del 7 de octubre de 2010 el escrito introductorio se admitió y se ordenaron las notificaciones respectivas. (Fl. 182)

3. Contestaciones

3.1 Gobernación del Atlántico

Mediante memorial del 17 de febrero de 2011, la citada entidad territorial contestó la demanda y formuló la excepción de *“inexistencia de la obligación en relación con el departamento”*. Para sustentarla, explicó que de acuerdo a lo establecido en la Constitución y en la ley, lo relativo al procedimiento de responsabilidad fiscal de tal entidad territorial, concierne exclusivamente a la Contraloría Departamental del Atlántico la cual es, además, autónoma en la toma de sus decisiones.

3.2 Contraloría Departamental del Atlántico

En escrito del 21 de febrero de 2011 y a través de apoderada, la citada entidad contestó la demanda y señaló que no era cierto que el hallazgo que originó el procedimiento fiscal fuese falso, ya que la contraloría actuó con la certeza de la existencia de los hechos causantes del detrimento al patrimonio, en especial porque el reconocimiento y pago de los intereses moratorios se hizo sin cálculo actuarial o soporte legal alguno.

En este orden de ideas, explicó que en el procedimiento se escuchó al entonces Secretario de Hacienda de la Gobernación de Atlántico, el cual aseguró que el pago se había fundamentado en la Ley 1066 de 2006, el artículo 4º de la Ley 33 de 1985, el Decreto 1848 de 1969, el Decreto 2921 de 1948, la Ley 72 de 1942, el Decreto 304 de 1989 y el Decreto Departamental 389 de 2006.

No obstante, señaló que al revisar tales disposiciones se encontró que ninguna autorizaba al pago de intereses moratorios sobre cuotas



pensionales causadas antes de la Ley 1066 de 2006, lo que permitía colegir que el pago que por ese concepto se realizó a favor de LOTANCO se hizo sin fundamento legal y, por ende, causando daño al erario del departamento.

Adujo que no era cierto que no se hubiese determinado el daño, pues en el procedimiento se precisó que aquel se materializó con la expedición de la Resolución N° 0015 de 17 de febrero de 2006, que autorizó el pago de intereses moratorios sobre las cuotas pensionales causadas antes de la Ley 1066 de 2006.

En este orden de ideas, precisó que pese a que la ley que autorizó tales pagos solo se expidió hasta el 29 de julio de esa anualidad, en el citado acto se reconoció una deuda a favor de LOTANCO por concepto de intereses moratorios, los cuales se hicieron efectivos a través de la Resolución N° 108 de 5 de diciembre de 2006.

Señaló, además, que los hechos generadores del daño patrimonial sí se encuentran cubiertos con la póliza correspondiente a la vigencia 27 de octubre de 2006 a 21 de enero de 2007, y que en todo caso la demandante ya hizo el pago pertinente y, por consiguiente, no podía cuestionar la responsabilidad de los servidores investigados.

4. Trámite del proceso en primera instancia

4.1 Por medio de auto de 28 de febrero de 2011 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes. (Fl. 211 cdno ppal)

4.2 A través de providencia de 1° de abril de 2011, se dio por precluida la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar de conclusión. (Fl. 773 cdno ppal).

4.3 Mediante escrito del 10 de mayo de 2011, **la parte actora** alegó de conclusión en primera instancia, para lo cual retomó íntegramente los argumentos vertidos en la demanda, pero añadió que realizó el pago ordenado en el “fallo” de responsabilidad fiscal a efectos de evitar más costos, sin que esa circunstancia se entendiera como un reconocimiento o aceptación de lo concluido en el procedimiento.



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico

Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

Asimismo, señaló que, contrario a lo afirmado por la demandada, en su calidad de tercera civilmente responsable tenía las mismas prerrogativas de las partes, incluso la de solicitar que no se hubiese declarado responsabilidad fiscal.

Por su parte, la **Gobernación del Atlántico** insistió en que lo analizado en el *sub judice* correspondía, exclusivamente, a la contraloría departamental.

En tanto, la **parte demandada**, en memorial del 9 de mayo de 2011 alegó de conclusión en primera instancia y señaló que al expedir la Resolución N° 018 del 5 de diciembre de 2006 se causó detrimento patrimonial, toda vez que se reconocieron y pagaron intereses moratorios sobre unas cuotas pensionales a favor de LOTANCO, sin tener fundamento legal para tal reconocimiento.

El **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa procesal.

5. Sentencia recurrida

Mediante sentencia del 28 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo de Atlántico falló:

“Primero: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Segundo: Negar las súplicas de la demanda.”

Para sustentar su decisión, la autoridad judicial de primera instancia analizó la excepción propuesta por la gobernación y concluyó que aquella no estaba acreditada, toda vez que la Contraloría Departamental se representa a través de la entidad territorial.

Asimismo, después de enlistar los medios de convicción obrantes en el expediente, concluyó que la Ley 1066 de 2006 no era aplicable al caso concreto, toda vez que el daño al patrimonio se materializó mediante Resolución N° 015 del 17 de febrero de esa anualidad, de forma que el pago de los intereses no podía hacerse con sustento en tal legislación, por ser el acto anterior a la expedición de la ley.

Finalmente, señaló que si en gracia de discusión se aceptara que la Ley 1066 de 2006 sí era aplicable, lo cierto era que el recobro de las cuotas



de las partes pensionales tiene una prescripción trienal contada a partir del pago de la mesada pensional. Por consiguiente, solo podría intentarse el pago de cada mes de mora, lo que no ocurrió en el caso concreto, habida cuenta que se reconocieron intereses incluso sobre cuotas pagadas en el año 2002, por lo que sí existía daño patrimonial.

En este orden de ideas, el *a quo* aseguró que no estaba demostrada la “*presunta falsa motivación*” que alegaba la demandante, ni ninguna causal de nulidad, y por ello, las pretensiones debían negarse.

6. Recurso de apelación

Inconforme con lo anterior, la parte actora presentó recurso de apelación en el que solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, reiteró en su integridad los argumentos expuestos en su escrito introductorio y aseguró que la autoridad de primera instancia no realizó un análisis correcto de su posición, ya que lo se controvierte es que la demandada en el procedimiento haya concluido que no existía fundamento legal para el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, cuando lo cierto es que, según su criterio, tal pago tenía respaldo en la circular conjunta y en el Concepto N° 732 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Insistió que solo hasta la decisión del 22 de enero de 2010, tuvo certeza respecto a que lo que se reprochaba en el procedimiento de responsabilidad fiscal era que el reconocimiento y pago de los intereses no tuviera respaldo legal, pues antes de tal fecha lo que se imputaba era que el reconocimiento y pago había sido irregular lo que, a su juicio, ocasiona una “*nulidad por vía de hecho*”.

Aseguró, que en el procedimiento objeto de estudio se materializó “*una vía de hecho, debido a que no existe motivación jurídica alguna sobre si existió un marco legal que amparase el reconocimiento y pago de intereses, desde el hallazgo fiscal se sabía que si existía sino que el investigador no lo compartía, debiendo esto ser sujeto de debate dentro del proceso limitándose a manifestar que no existía marco legal, existiendo tal marco como ya lo hemos venido mencionando que para mayor comprensión lo expongo nuevamente : circular N° 069 del 4 de noviembre de 2008 (...)*”⁴.

⁴ Folio 899



Insistió en que sus argumentos no fueron analizados por el tribunal, en especial lo que atañe a que el reconocimiento y pago de los intereses sí tenía sustento en el Concepto N° 732 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, parámetro que, según su criterio, debía ser tenido en cuenta para analizar la responsabilidad, y en especial la del tercero civilmente responsable, máxime cuando según el artículo 1077 del C. de Co. es menester que la aseguradora conozca la “*cuantía del daño causado*”.

7. Trámite en segunda instancia

El recurso propuesto fue admitido por el Despacho Ponente de la Sección Primera del Consejo de Estado el 22 de abril de 2013⁵.

8. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Dentro del lapso concedido para alegar ninguna de las partes realizó manifestación alguna, ni el Ministerio Público rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 28 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en los términos del artículo 129 del CCA, en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2. Actos demandados

La sociedad demandante cuestiona los siguientes actos: **i)** La Resolución del 6 de julio de 2009 que declaró, entre otros, la responsabilidad civil de la compañía La Previsora S.A.; **ii)** La Resolución del 15 de octubre de 2009 que resolvió el recurso de reposición contra el “fallo” antes citado; **iii)** La Resolución del 22 de enero de 2010, que decidió el recurso de apelación contra la Resolución del 6 de julio de

⁵ Folio 4 Cuaderno No. 2



2009 y iv) La Resolución del 1º de marzo de 2010, que modificó la Resolución del 6 de julio de 2009.

Los referidos actos se encuentran a folios 39 a 89 y 127 a 131 del expediente.

3. Problema jurídico

Conforme a lo expuesto corresponde a la Sala establecer si debe modificar, confirmar o revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en el recurso de apelación.

En este orden de ideas, por efectos metodológicos, el análisis se abordará bajo el siguiente esquema: en **primer lugar**, realizarán algunas consideraciones generales sobre la vinculación de los garantes en el procedimiento de responsabilidad fiscal; **en segundo lugar**, se analizará el caso concreto, y **finalmente**, se expondrá una conclusión.

4. La vinculación de los garantes en el procedimiento de responsabilidad fiscal

La vinculación de las compañías de seguros en el procedimiento de responsabilidad fiscal se encuentra regulada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual en su tenor literal establece:

“Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.”

La citada disposición fue objeto de control constitucional mediante sentencia C-648 de 2002 en la cual se estableció que la vinculación de los garantes no vulnera la Constitución Política; por el contrario, lo que se busca es que la garantía proteja *“el interés general, en la medida en que permite resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por*



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico

Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.”

Es importante señalar que la vinculación de la compañía de seguros no se realiza en calidad de responsable fiscalmente, sino en calidad de tercero civilmente responsable, de forma que aquella pese a hacer parte del procedimiento y tener las mismas prerrogativas que tendrían las partes, **no compromete su responsabilidad fiscal**⁶.

Así pues, cuando se vincula a una compañía de seguros al procedimiento de responsabilidad fiscal, lo que se pretende es hacer efectivas las obligaciones adquiridas en el contrato de seguros previamente celebrado, de forma que la responsabilidad civil que del citado negocio jurídico se deriva se limita, exclusivamente, al riesgo amparado en la póliza.

En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia antes citada determinó:

“El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.”

Bajo este panorama, no cabe duda que la compañía de seguros en el marco del procedimiento de responsabilidad fiscal: i) está llamada como tercera civilmente responsable; ii) tiene las mismas prerrogativas que las partes y iii) su responsabilidad se limita a los riesgos amparados en la póliza y en los montos ahí establecidos.

5. Caso concreto

Conforme al recurso de apelación formulado, para la sociedad recurrente las decisiones acusadas son nulas, toda vez que la contraloría no estableció con certeza la existencia del daño, vulnerando así lo dispuesto, entre otros, en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000. La citada disposición contempla:

⁶ En este sentido consultar entre otras: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 10 de diciembre de 2015, radicación 25000-23-24-000-2005-01533-01 CP. María Claudia Rojas Lasso.



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico

Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

“ARTÍCULO 53. FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL. *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 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.*

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.”

De la norma en comento, se desprende que para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal es menester que en el procedimiento concurren tres características:

- (i) Un elemento objetivo** consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación.
- (ii) Un elemento subjetivo** que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquel haya actuado al menos con culpa.
- (iii) Un elemento de relación de causalidad**, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.

En este contexto, es de advertir que para la parte actora, es el primero de los elementos el que se encuentra ausente en la actuación objeto de estudio, especialmente en lo que atañe a la prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño, razón por la que a la Sala le corresponde establecer si en el procedimiento fiscal se acreditó la existencia del daño, o si por el contrario, tal y como aduce la parte recurrente la afectación al erario es inexistente.

Sobre el punto lo primero a precisar es que la jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal *“es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión*



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico

Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable.”⁷

En este orden de ideas, para abordar el caso concreto, lo primero a precisar son las razones con fundamento en las cuales la contraloría dio por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad. Veamos:

En primera instancia, la contraloría valoró las pruebas obrantes en el plenario y concluyó que el señor Ezequiel Paladines, en su calidad de Secretario de Hacienda del Atlántico generó un daño al patrimonio del departamento al expedir la Resolución N° 00108 del 5 de diciembre de 2006 que autorizó el pago a LOTANCO de la suma de 5.820.000.269 pesos⁸, por concepto de intereses moratorios de las cuotas partes pensionales causadas antes de la vigencia de la Ley 1066 de 2006.

En el mismo sentido, al resolver el recurso de reposición, frente al daño patrimonial la entidad demandada precisó:

“el despacho reitera su posición de que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios se hizo sin ningún fundamento legal, teniendo en cuenta que las cuotas pensionales que se debían ambas entidades se reconocieron y cancelaron el 17 de febrero de 2006, como consta en la resolución N°00015.”⁹

Por su parte, en el “fallo” de segunda instancia, la contraloría frente al daño señaló:

“conforme al acervo probatorio recaudado se evidencia que las actuaciones desplegadas por los implicados ocasionaron que la gobernación cancelara una deuda inexistente, sin fundamento legal o de hecho al punto que ni siquiera se tomaron las medidas mínimas que efectuaría un funcionario medianamente diligente, tales como solicitar un concepto jurídico acerca de la vigencia o pertinencia del pago de los excesivos intereses moratorios cobrados; lo que si se hubiese realizado de tratarse de una cuenta de cobro de cinco mil millones de pesos presentada por un particular que reclamase el pago de intereses moratorios generados a cargo del departamento, lo que de suyo constituye un detrimento causado por culpa grave de quien tenía el deber de evitarlo.

(...)

⁷ Consejo de Estado, Sección primera, sentencia del 16 de marzo de 2017, radicación 68001-23-31-000-2010-00706-01 CP. María Elizabeth García González.

⁸ Folio 50

⁹ Folio 70



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico

Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

Este despacho considera pertinente señalar que está probado en el plenario que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios se hizo sin ningún fundamento legal, teniendo en cuenta que las cuotas pensionales que se debían ambas entidades se reconocieron y cancelaron el 17 de febrero de 2006 como consta en la Resolución N° 00015”.¹⁰

De lo expuesto se desprende, que para la entidad demandada el hecho generador del daño al patrimonio público fue que la Gobernación del Atlántico reconociera y pagara a LOTANCO, por concepto de intereses moratorios sobre las cuotas partes pensionales causadas antes de la vigencia de la Ley 1066 de 2006, la suma de 5.820.000.269 pesos; pago que, según su criterio, se efectuó sin ningún sustento legal, habida cuenta que la norma que avaló tal reconocimiento es posterior a la cuenta pagada.

En contraposición, la parte recurrente asegura que aquel sí tenía fundamento legal, especialmente en la Circular Conjunta N° 69 del 4 de noviembre de 2008 y en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil N° 732 de 3 de octubre de 1995, y que por tanto, no existió daño alguno.

En este orden de ideas es necesario precisar la fecha de las cuotas pensionales causadas, toda vez que a partir de la expedición de la Ley 1066 de 2006 se estipuló que *“Las obligaciones por concepto de cuotas partes pensionales causarán un interés del DTF entre la fecha de pago de la mesada pensional y la fecha de reembolso por parte de la entidad concurrente”¹¹.*

Revisado el expediente se encuentra que los intereses moratorios cobrados en el caso concreto, correspondían a cuotas pensionales causadas a 30 de octubre de 2005, es decir, antes de la expedición de la Ley 1066 de 2006. A esta conclusión se arriba al analizar la cuenta de cobro presentada por LOTANCO, en las oficinas de la Gobernación del Atlántico el 25 de enero de 2006, visible a folios 323, 578 y 611 del expediente.

El referido documento tiene el siguiente tenor:

*“GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO
Nit (...)*

¹⁰ Folio 87

¹¹ Artículo 4° Ley 1066 de 2006.



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico
Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

Debe a:

**EMPRESA DE LOTERÍAS Y APUESTAS PERMANENTES DEL
ATLÁNTICO**

La suma de cinco mil ochocientos veinte millones doscientos sesenta y nueve mil pesos con 45/100 MTC (5.820.000.249,45) por concepto de las cuotas partes pensionales con fecha de corte a octubre 30 de 2005”.

La misma información se consigna en certificación -sin fecha- expedida por el Secretario General del Departamento del Atlántico¹².

Asimismo, está acreditado que con fundamento en la citada cuenta de cobro, mediante Resolución N° 00015 de 17 de febrero de 2006 la Gobernación del Atlántico determinó que se debían liquidar los respectivos intereses moratorios de las cuotas partes pensionales, los cuales ascendían a la suma de \$5.820.000.249,45 pesos¹³.

De hecho, en razón de este reconocimiento se expidió el Decreto Departamental N° 0069 del 10 de noviembre de 2006 el cual en su parte motiva, de forma explícita, reconoce que la gobernación adeuda a LOTANCO por concepto de intereses moratorios la cifra de dinero antes anotada, y, que por ende, se autorizaba al Secretario de Hacienda a reconocer y pagar esa obligación¹⁴.

Por lo anterior, el Secretario de Hacienda de la Gobernación expide la Resolución N° 000108 del 5 de diciembre de 2006 en los siguientes términos:

“Artículo primero: *Reconózcase como obligación a cargo del departamento del Atlántico y favor de la empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico, por concepto de intereses moratorios correspondientes a las obligaciones reconocidas mediante certificación expedida por la Secretaría General del Departamento del Atlántico, la suma de \$5.820.000.249,45, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente resolución.*

Artículo segundo: *de la suma reconocida en el anterior artículo, aceptase la compensación como pago parcial de la obligación que la empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico tiene con el departamento*

¹² Folio 579

¹³ Folio 580

¹⁴ Folio 581



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico

Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

del Atlántico por la suma de \$403.834.058 por concepto de partes pensionales.

Artículo tercero: *Una vez establecido el cruce de cuentas, el saldo sobre el valor reconocido, esto es, la suma de \$5.416.166.2010 se pagará de conformidad con la programación de pago establecida por parte de la Secretaria de Hacienda Departamental (...)*¹⁵

En la parte motiva de la citada resolución, como sustento del reconocimiento hecho el Secretario de Hacienda expuso: “4. *Que, de otro lado, tal y como consta en la certificación expedida por la Secretaria del Departamento del Atlántico este adeuda a la empresa de loterías y Apuestas permanentes por concepto de por concepto de intereses moratorios de las cuotas partes pensionales la suma de \$5.820.000.249,45*”¹⁶.

De las pruebas analizadas se desprende que: i) los intereses moratorios cobrados en el caso concreto, correspondían a cuotas pensionales causadas antes de la expedición de la Ley 1066 de 2006, especialmente con corte a octubre de 2005 y ii) la liquidación de los mismos, se produjo a través de la Resolución N° 0015 del 17 de febrero de 2006, esto es, antes de la vigencia de la legislación ibídem y tenía como fundamento el cobro realizado por LOTANCO.

Bajo este panorama, la Sala coincide con el *a quo* y concluye que la Ley 1066 de 2006 **no** es aplicable al caso concreto y, por consiguiente, con fundamento en ella la Gobernación del Atlántico no podía pagar los intereses moratorios de las cuotas partes pensionales causadas ante la vigencia de la citada ley.

Así cosas, **conforme a los argumentos del recurso de alzada**, corresponde a la Sala analizar si el pago de los intereses moratorios en el caso concreto tenía sustento, tal y como aduce la sociedad recurrente, en la circular conjunta del año 2008 y en el concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Para la Sección, por las razones que se explicarán, los **fundamentos normativos que trae a colación la parte demandante no tienen la entidad suficiente para desvirtuar la legalidad de los actos acusados**, de un lado, porque la circular es posterior a la decisión de reconocer y pagar a LOTANCO los valores relacionados en los

¹⁵ Folio 584 a 586

¹⁶ Folio 585



intereses moratorios, y de otro, por lo concluido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no se hizo en situaciones relacionadas con el caso concreto.

Así pues, aunque en efecto la Circular Conjunta N° 69 del 4 de noviembre de 2008 consagra que es posible pagar intereses del 12% anual respecto a las cuotas pensionales causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1066 de 2006¹⁷, **lo cierto es que el reconocimiento y pago hecho por ese concepto por la Gobernación del Atlántico a LOTANCO es anterior a la expedición del citado acto.**

En efecto, como se expuso en precedencia el reconocimiento de los intereses de moratorios a favor de LOTANCO se realizó el 17 de febrero de 2006 mediante la Resolución N° 0015, y su pago se autorizó el 5 de diciembre de la citada anualidad a través de la Resolución N° 108, es decir, el reconocimiento y pago se llevaron a cabo casi dos años antes de la expedición de la circular.

Así las cosas, es evidente que la situación objeto de estudio no estuvo regida por el citado acto, ni mucho menos podía anticiparse a su expedición, como para asegurar que se fundó en él. En otras palabras, contrario a lo asegurado por la accionante, es imposible que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios haya tenido fundamento legal en un acto administrativo que a la fecha de los hechos, ni siquiera se había expedido.

Lo propio sucede con el razonamiento, según el cual el reconocimiento y pago realizado a LOTANCO tenía sustento en lo dispuesto en el Concepto N° 732 del 3 de octubre de 1995 preferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, toda vez que no existe

¹⁷ En la citada circular se establece “Respecto del interés que devengan las obligaciones por concepto de cuotas partes pensionales con anterioridad a la vigencia de la Ley 1066 de 2006, es preciso señalar que de acuerdo con lo expuesto por la honorable Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto número 732 del 3 de octubre de 1995, en materia de intereses moratorios relacionados con los créditos a favor del Tesoro Público, se debe aplicar el artículo 9o de la Ley 68 de 1923 que establece un interés a la rata del 12% anual desde que se hace exigible hasta que se verifique el pago.

Por ello a las obligaciones por cuotas partes pensionales, a partir de la vigencia de la Ley 1066 de 2006 se les aplicara el DTF para cada mes de mora, para las cuotas partes pensionales anteriores a la vigencia de la citada ley se aplicara la Ley 68 de 1923, esto es un interés del 12% anual.”

Disponible

en

https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/circular_minproteccion_0069_2008.htm consultada el 14 de febrero de 2018. También visible a folios 90 a 94 del expediente.



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico

Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

nada que permita inferir que las conclusiones ahí vertidas eran aplicables al caso concreto.

En efecto, en esa oportunidad la Sala de Consulta resolvió el siguiente cuestionamiento: “*En relación con el tema de los intereses moratorios aplicables en los procesos de jurisdicción coactiva que cursan en las contralorías, se pregunta si son aplicables los intereses que devengan los créditos a favor de la Nación del 12% anual, contenidos en el artículo 9º de la Ley 68 de 1923*” y concluyó:

“(...) La materia relativa a intereses ha sido consignada en diversos ordenamientos legales, con el objeto de regular su incidencia en asuntos mercantiles, tributarios, de contratación administrativa, de valorización, etcétera. Así, el Código de Comercio equipara el interés legal comercial con el interés bancario corriente, cuya tasa debe certificar el Superintendente Bancario y señala como límite máximo del interés moratorio convencional el duplo del interés bancario corriente (ibídem, arts. 883 y 884); el estatuto tributario, artículo 635, determina que la tasa de interés moratoria será equivalente a la tasa de interés de captación más representativa del mercado a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, según certificación que al respecto emita la Superintendencia Bancaria, aumentada dicha tasa en una tercera parte, debiendo el Gobierno publicar en el mes de febrero de cada año, la tasa de interés moratoria, que regirá durante los doce (12) meses siguientes (conforme a la Resolución 376 de 1995, la tasa de interés moratorio para efectos tributarios que regirá entre el 1º de marzo de 1995 y el 29 de febrero de 1996 será del 49.72% anual, la cual se liquidará por cada mes o fracción de mes calendario de retardo en el pago de los impuestos, anticipos y retenciones administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales) y en los contratos estatales, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado (Ley 80 de 1993, art. 4º, numeral 8º).

Pero concretamente en relación con los créditos a favor del Tesoro Público –salvo lo especialmente dispuesto para efectos tributarios– la norma vigente es la Ley 68 de 1923, cuyo artículo 9º prescribe: “Los créditos a favor del Tesoro Público devengan intereses a la rata (sic) del doce por ciento (12%) anual, desde el día en que se hagan exigibles hasta aquel en que se verifique el pago”.

La Sala estima, por consiguiente, que la tasa del 12% anual es la aplicable a los intereses moratorios que se causen en los procesos por jurisdicción coactiva de competencia de las contralorías.”

De la simple lectura del concepto expuesto, se deduce que aquel **no era aplicable al caso concreto**, pues la respuesta se produjo en un contexto muy específico, esto es, la tasa de los intereses moratorios en los procesos de jurisdicción coactiva a cargo de las contralorías. Así las cosas, no es posible afirmar, como pretende la recurrente, que en el procedimiento se debía concluir que el reconocimiento y pago de



intereses moratorios por conceptos de cuotas pensionales tenía sustento en el citado concepto.

Lo anterior, porque el tema objeto de análisis en el *sub judice*, en nada toca con los procesos de jurisdicción coactiva, es decir, dentro del citado concepto no existía ningún elemento que hubiese permitido a la contraloría concluir que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios se hizo con fundamento en las conclusiones vertidas por la Sala de Consulta en el año 1995.

Si esto es así, mal podría esta Sala de Decisión desvirtuar las conclusiones de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, con un concepto que, no solo no es vinculante, sino que además se rindió en un contexto totalmente ajeno a la materia tratada en la actuación administrativa que derivó en la responsabilidad fiscal de ciertos funcionarios de la gobernación, y por ende, en la responsabilidad civil de la demandante.

Ahora bien, aunque no escapa a la Sala que dicho concepto fue el que utilizó la circular conjunta para concluir que sí era posible pagar intereses moratorios sobre las cuotas pensionales causadas antes de la vigencia de la Ley 1066 de 2006, como ya se explicó, dicho acto **no** estaba vigente cuando la gobernación decidió pagar a LOTANCO la cifra de alrededor de 5 mil millones de pesos por tal rubro, y por tanto, no puede utilizarse para enervar la conclusión de los actos acusados.

Todo lo expuesto, lleva a la Sala a colegir que la **parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad** de las resoluciones objeto de estudio, pues **ninguno** de sus argumentos pudo acreditar que el pago de intereses moratorios, en el caso concreto, tenía sustento en las circular o en el concepto como ella afirmaba. Esto quiere decir, que confrontado el acto acusado con los argumentos de la parte recurrente aquel queda incólume en su legalidad.

Es de anotar que aunque eventualmente pudieran existir otras normas que sustentaren el pago de intereses moratorios, lo cierto es que esas presuntas normas no fueron objeto de la Litis ni en la demanda, ni en el recurso de apelación, y por ello, frente a ellas no puede la Sala emitir pronunciamiento alguno.



Mejor dicho para esta Sala de Decisión, en el procedimiento de responsabilidad fiscal objeto de estudio se acreditó con suficiencia la existencia del daño, pues se insiste **ninguno de los argumentos expuestos por la parte actora logró enervar la conclusión de los actos acusados.**

Finalmente, y en lo que atañe al argumento de la apelación según el cual las decisiones acusadas se encuentran viciadas de nulidad, porque el daño varió a lo largo del procedimiento, ya que en primer lugar se estableció que el reconocimiento y pago de los intereses se había hecho de forma irregular, y luego se concluyó que éste no había tenido fundamento legal, la Sala precisa que aquel no está llamado a prosperar, debido a que:

i) No existe diferencia sustancial entre afirmar que el pago se hizo de forma irregular o aseverar que aquel se hizo sin fundamento alguno, pues a la larga el reproche es exactamente el mismo, esto es, que tal situación no se ajustó a lo reglado en el ordenamiento jurídico; luego no puede predicarse una variación de tal magnitud que torne nula la actuación adelantada.

ii) Contrario a lo afirmado por la accionante, desde el principio se tuvo certeza de que la conducta reprochada era que se hubiese reconocido y pagado a favor de LOTANCO una suma de dinero por concepto de intereses moratorios sin tener fundamento legal para ello, no de otra manera se explica que desde el informe de la auditoría se haya concluido:

“El reconocimiento y pago de intereses moratorios a cargo de la Gobernación y cargo de la lotería en un monto de 5.820.000.269 millones de pesos no soporta una fundamentación de hecho o de derecho, toda vez que no existe evidencia física de que la gobernación hubiese estudiado, verificado, conciliado o aceptado en debida forma la cuenta de cobro presentada por la Lotería del Atlántico por este concepto.”¹⁸

En este orden de ideas, y si se tiene en cuenta que fue el citado el informe el que desencadenó en el procedimiento fiscal objeto de análisis¹⁹, no cabe duda que desde el principio las partes -incluida la hoy demandante- tenían conocimiento de que la conducta que se

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ En el expediente consta que por ese motivo el informé se remitió la dirección de responsabilidad fiscal para que tomará iniciara la investigación pertinente. Fls. 259 a 261



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico

Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

reprochaba era que hubiese reconocido y pagado unos valores, sin sustento legal.

6. Conclusión

Conforme a las razones expuestas, la Sala concluye que los cargos expuestos en la demanda y reiterados en el recurso de apelación no están llamados a prosperar y, que por consiguiente, la decisión del 28 de marzo proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico debe ser confirmada.

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,

III. FALLA

Primero: Confirmar, la sentencia del 18 de marzo de 2012 a través de la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda de la referencia.

Segundo: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



Radicación Número: 08001-23-31-000-2010-00612-01

Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Demandado: Contraloría Departamental del Atlántico
Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de Segunda Instancia

CARLOS MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

