

**RESPONSABILIDAD FISCAL - Por inversión en CDT's en entidad financiera ad portas de la toma de posesión / MEDIDA PREVIA A TOMA DE POSESION - Recapitalización de entidad financiera / INVERSION FINANCIERA DE ENTIDAD PUBLICA - Riesgo de detrimento patrimonial / RESPONSABILIDAD FISCAL - De personas de derecho privado que manejen o administren recursos públicos / INVERSION FINANCIERA DE ENTIDAD PUBLICA - Constitución de CDT's en Compañía de Financiamiento Comercial / SUJETO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Entidad financiera que capta dineros públicos y no asegura su restitución por grave situación financiera**

Leasing Financiera Cauca S.A. Compañía de Financiamiento Comercial FINANCAUCA, de la cual era representante legal el actor, declarado fiscalmente responsable en los actos acusados, expidió los CDT'S núms. 04972 y 04998, los días 1º y 11 de abril de 1997, en virtud de la inversión efectuada por el Inurbe. (...). Ahora, si bien es cierto que cuando se constituyó la inversión, FINANCAUCA no había sido intervenida, no lo es menos que para esa época dicha compañía, representada por el actor, era conciente de la grave situación económica por la que atravesaba y que la toma de posesión era inminente, COMO EN EFECTO LO FUE, pues había incumplido las órdenes impartidas por la Superintendencia Bancaria, a través del Oficio 960353895 de 6 de diciembre de 1996, que requirió su capitalización en tres mil millones de pesos, además de que le ordenó suspender operaciones activas que aumentaran el nivel de exposición (folio 4 del cuaderno de respuesta a los oficios 3879 y 3880). De otra parte, conforme se afirma en los hechos de la demanda, el actor renunció a la representación legal de la entidad el 28 de abril de 1997, es decir, a escasos días de haberse realizado la inversión por parte del INURBE y de haber sido intervenida aquélla, lo cual, aunado a lo anterior, constituye un indicio grave de que se captaron los recursos públicos a sabiendas de que no podía cumplirse la restitución del dinero por la grave situación financiera de quien expidió los CDT'S. De tal manera que, contrario a lo estimado por el a quo, en este caso se configuran los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal, pues son sujeto pasivo de la gestión fiscal, como se desprende del párrafo transcrito ab initio de estas consideraciones, las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el alcance de los conceptos de gestión fiscal y control fiscal, sentencia, Sección Primera, Expediente núm. 05001 2331 000 1997 2093 01, C.P. Gabriel E. Mendoza Martelo.

**ACTIVIDADES FINANCIERA BURSÁTIL Y ASEGURADORA - Son actividades de interés público / INTERES PUBLICO - En actividades financiera, bursátil y aseguradora / CAPTACION DE RECURSOS PUBLICOS POR ENTIDAD AD PORTAS DE INTERVENCION - Responsabilidad fiscal de representante legal de Compañía de Financiamiento Comercial captadora de los recursos públicos / RESPONSABILIDAD FISCAL - Por captación de dineros públicos para inversión en CDT's sin garantizar su restitución**

No puede perderse de vista que de acuerdo con el artículo 335 de la Carta Política, las actividades financiera, bursátil y aseguradora, SON DE INTERÉS PÚBLICO. De ahí que el recaudo, manejo, custodia, administración, etc., de los recursos que se capten, deba ser estricto y riguroso, para así evitar el detrimento patrimonial del

Estado. Luego si, como en este caso, se captaron recursos del INURBE, a sabiendas de que su restitución no estaba garantizada, en la medida en que la entidad financiera se encontraba ad portas de ser intervenida, mal puede afirmarse que no existe relación de causalidad entre la conducta del actor y el daño patrimonial. Al respecto, cabe señalar que la Sala en sentencia de 25 de marzo de 2010 (Expediente núm. 00270, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), tuvo como hecho revelador para determinar la responsabilidad el conocimiento del sancionado acerca de que la entidad financiera estuviera ad portas de la toma de posesión y aún así se llevara a cabo la negociación con ella.

**FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 335**

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la responsabilidad fiscal por inversión de recursos públicos en entidades ad portas de la toma de posesión, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 25000 2324 000 2001 00270 02, del 25 de marzo de 2010, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

**INSTITUCION FINANCIERA - Representación legal. Alcance / REPRESENTACION LEGAL - De Institución Financiera: contenido y alcance / REPRESENTANTE LEGAL - Alcance de sus facultades frente a terceros**

Ahora, en la demanda el actor afirma que la obligación de restitución única y exclusivamente es predicable de la institución financiera como tal, mas no de quien en su oportunidad ostentaba su representación legal. Al respecto, advierte la Sala que en la representación legal la voluntad del representado se sustituye por la del representante; y el ejercicio de la representación se traduce en hacer efectivas las facultades que han sido otorgadas, no genera solamente un vínculo entre representante y representado, sino que trasciende a los terceros. De tal manera que, contrario a lo que estima el actor, sus actos, en calidad de representante legal, implican deberes y obligaciones, que al ser desconocidos, dan lugar al establecimiento de responsabilidades.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION PRIMERA**

**Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00108-02**

**Actor: LUIS GONZALO BAENA CARDENAS**

**Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**

**Referencia: APELACION SENTENCIA**

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** contra la sentencia de 10 de febrero de 2005, proferida por la Sección Primera, Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

**I.1.- LUIS GONZALO BAENA CÁRDENAS**, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1.- Es nulo el artículo décimo tercero de la Resolución 001 de 30 de enero de 2002, a través de la cual la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, dispuso fallar con responsabilidad fiscal en contra del actor.

2.- Es nula la Resolución núm. 115 de 4 de junio de 2002, expedida por la misma entidad, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior Resolución, confirmándola.

3.- Es nula la Resolución núm. 01428 de 26 de agosto de 2002, expedida por la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la anterior Resolución 001 de 30 de enero de 2002, confirmándola.

4.-Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la entidad demandada cancelar todos los registros y anotaciones en los que la declaratoria de responsabilidad fiscal pueda convertirse en un antecedente sobre la conducta del actor.

**I.2.** Como hechos relevantes de la demanda se señalan los siguientes:

1.- El actor ejerció el cargo de Presidente y Representante Legal de Leasing Financiera Cauca S.A. Compañía de Financiamiento Comercial desde el 30 de septiembre de 1996 hasta el 28 de abril de 1997.

2.- La empresa era un establecimiento de crédito sometida a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, cuyo objeto social está determinado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas concordantes.

3.-SUFIBIC, Administradora Fiduciaria de Dineros del INURBE, entregó a Leasing Financiera Cauca S.A. la suma de mil millones de pesos, a título de depósito a término.

4.- Por medio de la Resolución 0435 de 6 de mayo de 1997, la Superintendencia Bancaria decretó la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de Leasing Financiera Cauca S.A., para liquidarlos.

5.-En providencia de 19 de enero de 1998, la Contraloría General de la República inició investigación fiscal basada en un informe rendido por el entonces Gerente del Inurbe, que dio cuenta de ciertas irregularidades relacionadas con algunos contratos de encargo fiduciario, celebrados entre el INURBE y las operaciones financieras de las respectivas sociedades fiduciarias.

6.- El 26 de enero de 1999, se reabrió investigación porque se estableció que existieron hechos para determinar la responsabilidad de los representantes legales de las sociedades fiduciarias, entre ellas, FINANCAUCA. Se citó al actor a rendir

declaración bajo juramento en relación con la colocación de recursos por SUFIBIC, como Administradora Fiduciaria de Dineros del Inurbe, y que dieron lugar a la emisión por parte de FINANCAUCA de los CDT'S 0004972 y 0004998.

7.- Explica que en desarrollo de la diligencia el actor manifestó que el indicado para suministrar información al respecto era ALFREDO RINCÓN ANGULO, quien ejercía el cargo de Director Financiero de FINANCAUCA, encargado de realizar operaciones de captación de recursos del público mediante la emisión de CDT'S, no obstante lo cual dicho señor no fue llamado a rendir declaración y la Contraloría cerró investigación donde resolvió establecer un faltante de fondos en cuantía de \$716.440.432, a cargo del actor, de manera solidaria con el ex gerente y ex subgerente administrativo y financiero del INURBE.

**I.3.-** A juicio del actor, los actos acusados violan los artículos 13, 15, 25, 29, 83, 121, 209, 228 y 267 de la Carta Política; 2º, 24, 72, 74 y 290 del Estatuto Financiero; 1º del Decreto Reglamentario 2418 de 1999; 99, 110, numeral 4, 196 y 1393 del C.de Co., 23 de la Ley 222 de 1995; 10º de la Ley 43 de 1993 y Ley 42 de 1993.

Precisa, en síntesis, el alcance del concepto de la violación, así:

1.- Los actos acusados constituyen una vía de hecho, pues adolecen de sustentación fáctica y jurídica e inciden en la violación de derechos fundamentales del actor, como el debido proceso, derecho de defensa, buen nombre, honra, honor, trabajo, principios de presunción de inocencia, buena fe, igualdad ante la ley y prevalencia del derecho sustancia.

Señala que un fallo de responsabilidad fiscal supone la estructuración de los siguientes elementos:

a. -Conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza una gestión fiscal;

b.- Daño patrimonial al Estado y

c.- Nexo causal entre la conducta y el daño.

a.-Sostiene que la Contraloría, sin existir motivo serio, ignoró y omitió valorar un hecho incontrovertible, como lo es que las operaciones investigadas se ajustaron a las disposiciones legales que regulan la actividad y funcionamiento de las compañías de financiamiento comercial, es decir, que se llevaron a cabo EN LEGÍTIMO EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD LÍCITA, cual es la captación masiva y habitual de recursos del público, de suerte que la conducta no lesionó ni puso en peligro el interés jurídico que se busca tutelar a través de las disposiciones legales que informan la gestión fiscal, máxime que siendo el depósito a término un típico contrato traslativo de dominio, obvio resulta concluir que mediante la emisión de los CDT'S objeto del proceso de responsabilidad fiscal, FINANCAUCA no asumió funciones administrativas relacionadas con la administración, manejo e inversión de los dineros por esta vía captados, ni menos aún asumió responsabilidades similares a las que le correspondían al INURBE o a sus funcionarios. Que tampoco sustituyó a SUFIBIC, en su carácter de administradora fiduciaria de los dineros del INURBE y dada la naturaleza jurídica del contrato de depósito a término, FINANCAUCA podía disponer libremente de los dineros captados, destinándolos al desarrollo de las actividades propias de su objeto social, como en efecto ocurrió, lo cual no hubiera podido hacer si a esta última se le atribuyera el carácter de administradora de recursos del Estado.

Que, desde esta perspectiva, en su condición de depositaria, FINANCAUCA estaba obligada a restituir las sumas de dinero objeto del depósito al vencimiento del término estipulado contractualmente para ello, con la advertencia que esta

obligación de restitución única y exclusivamente es predicable de la institución financiera como tal, mas no de quien en su oportunidad ostentaba su representación legal.

En su opinión, la Contraloría dio una solución diferente en los fallos objeto del proceso, lo que contraría las normas que determinan la capacidad jurídica de las sociedades, de que tratan los artículos 99 y 110, numeral 4º del C.de Co., en concordancia con los artículos 2º y 24 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y las que consagran las facultades y atribuciones de que están investidos los representantes legales de las sociedades, como los artículo 74 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 196 del C.de Co.

Estima que la captación de los recursos del INURBE se justifica por ser formalmente lícita y justa en razón a que ella corresponde al desarrollo de una actividad para la cual FINANCAUCA en la fecha en que tuvieron ocurrencia los hechos materia de investigación, esto es, el 1º y 11 de abril de 1997, se hallaba debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria, por tratarse de un establecimiento de crédito sometido a su inspección y vigilancia permanente. Es decir, que para la fecha en que se celebraron las operaciones que dieron lugar al proceso de responsabilidad fiscal, la Superintendencia Bancaria no le había prohibido a FINANCAUCA captar recursos del público mediante CDT'S, ni tampoco le había ordenado suspender la celebración de este género de operaciones, las que deben entenderse como obra de FINANCAUCA S.A. y no de LUIS GONZALO BAENA CÁRDENAS.

b.- Sostiene que también se incurrió en vía de hecho, pues se abstuvo la demandada de analizar la influencia causal que tiene en la producción del daño el hecho de encontrarse FINANCAUCA en proceso de liquidación.

Insiste en que en este caso no se demostró el daño o perjuicio que se dice sufrió el INURBE. Que no hubo sustentación objetiva y que la Contraloría incurrió en desviación de poder que alcanza a vulnerar los derechos fundamentales del actor como el del debido proceso, defensa, buen nombre, honor, trabajo, presunción de inocencia, buena fe e igualdad ante la ley.

Que los estados financieros de FINANCAUCA dan cuenta de la existencia de activos sociales en cuantía de aproximadamente 33.9 miles de millones de pesos para atender obligaciones provenientes de la constitución de CDT'S en cuantía de 23.8 miles de millones de pesos. Estos créditos originados en la constitución de CDT'S, están expresamente excluidos de la masa de la liquidación, conforme lo dispone el artículo 299, literal f, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, lo cual significa que una vez concluido el proceso de reconocimiento al que alude el mencionado Estatuto, dichos créditos deben ser restituidos antes que cualquier otro valor, para cuyo efecto el liquidador designado por FOGAFIN está expresamente obligado a realizar todos los activos que a favor de FINANCAUCA aparecen relacionados en los estados financieros básicos cortados a la fecha de la toma de posesión (6 de mayo de 1997), los cuales fueron oportunamente inventariados y valuados.

Que, precisamente, dentro del expediente obra prueba que acredita que el INURBE ha obtenido pagos parciales de los CDT'S que originaron el proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual lógicamente se está advirtiendo que el proceso liquidatorio de FINANCAUCA está cumpliendo con su finalidad en los términos del artículo 293 del EOSF.

Concluye que, por lo anterior, debe rechazarse enfáticamente el argumento de doble cobro que apareja la declaratoria de responsabilidad fiscal.

c.- Considera que no existe relación de causalidad entre el hecho y el daño; y que dentro del correspondiente proceso no se demostró el perjuicio que se dice sufrió el INURBE a consecuencia de la toma de posesión con fines liquidatorios de que fue objeto la Compañía de Financiamiento Comercial, pues obra certificación expedidas por la Superintendencia Bancaria, que para el 6 de mayo de 1997, fecha en que se decretó la toma de posesión, el actor no ostentaba el carácter de Presidente, pues la Junta Directiva en reunión de 28 de abril del mismo año, le aceptó la renuncia.

Resalta que el actor jamás realizó, en su condición de representante legal de FINANCAUCA, actividad material dirigida a que el INURBE realizara operaciones que dieron lugar al proceso de responsabilidad fiscal, ni realizó maniobra alguna dirigida a hacer aparecer a los ojos del Instituto una situación falsa como verdadera y determinante que diera lugar a dicho proceso.

Que pudo haber existido error en la conciencia de los funcionarios del INURBE, que autorizaron la inversión en FINANCAUCA y de SUFIBIC, como Administradora Fiduciaria de los dineros de propiedad del Instituto; y que aún cuando ese error pueda ser considerado decisivo, no le es imputable al actor, porque provino de la simple inexactitud del juicio de tales funcionarios, que se fundamentó en la falta de diligencia y profesionalismo en la evaluación de la bondad y conveniencia de invertir los recursos del Instituto en CDT'S emitidos por FINANCAUCA, producto de su desconocimiento acerca de la situación económica-patrimonial del ente emisor.

Que ese desconocimiento es inexcusable dada la responsabilidad que les asistía de evaluar los riesgos de las inversiones y depósitos a realizar con los dineros del Instituto, sobre la base de los elementos de juicio que en su oportunidad les aportaba el análisis y evaluación de la información disponible al público en torno a la situación de las Instituciones Financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria en general y, en particular de FINANCAUCA.

## **II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda y para el efecto tuvo en cuenta, principalmente, lo siguiente:

Que a través de los actos administrativos acusados la entidad demandada declaró fiscalmente responsable al actor de manera solidaria con el Gerente General y el Sub Gerente del INURBE, quienes deben responder por la suma de \$537.937.432, pues FINANCAUCA estaba impedida para captar recursos del público por su grave situación financiera.

Resalta el a quo que cualquier entidad financiera puede desarrollar su objeto social siempre que no haya sido intervenida por la Superintendencia Bancaria a través de una orden de toma de posesión, de acuerdo con el procedimiento de que trata la parte Décimo Primera del EOSF y las disposiciones aplicables de la Ley 222 de 1995.

Que uno de los argumentos de la Contraloría para declarar fiscalmente responsable al actor es el relativo a que FINANCAUCA estaba impedida para captar recursos del público, por su grave situación financiera; y que este debió rechazar la inversión e informar a la entidad pública que pretendía hacerla, sobre la referida crisis por la que atravesaba la compañía.

Que la inversión se efectuó por el INURBE en los CDT'S núms. 04972 y 04998, los días 1º y 11 de abril de 1997. La Superintendencia Bancaria ordenó la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de FINANCAUCA el 6 de mayo de 1997, por medio de la Resolución núm. 0435.

Concluye que para el momento en que el INURBE realizó la inversión FINANCAUCA estaba en capacidad de captar recursos del público y no obra dentro del expediente indicio que muestre que para la fecha de la captación existía impedimento legal para ello.

Estima el a quo que cosa distinta es que FINANCAUCA estuviese atravesando por una situación financiera difícil empero el actor no estaba en la obligación de divulgar o poner en conocimiento de quien iba a realizar la inversión.

Que tampoco hay prueba acerca de que la compañía se hubiese negado a dar información sobre su estado financiero al INURBE, ni tampoco que tuviese la intención de falsear la verdad de su situación económica para engañar a la inversionista. Es decir, que el actor no debía rechazar una inversión que pudo haber generado una mejoría para la situación de la Compañía y, en consecuencia, la Contraloría le endilgó una obligación inexistente.

Hace énfasis en que el obligado a realizar análisis financieros y de conveniencia de la inversión en FINANCAUCA, era el INURBE. Que cosa distinta sería que se hubiese comprobado la realización de maniobras fraudulentas encaminadas a generar detrimento al erario público, lo cual no se acreditó en el proceso de responsabilidad fiscal.

Que aunque la Superintendencia Bancaria hubiera sancionado al actor por los mismos hechos, es preciso resaltar que la facultad sancionadora de dicho ente es independiente de la responsabilidad fiscal.

### **III- FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

El apoderado de la demandada finca su inconformidad con la sentencia recurrida, en síntesis, así:

Que la decisión del a quo no tuvo en cuenta la responsabilidad social de los particulares que actúan dentro del régimen socioeconómico en un Estado Social de Derecho como el nuestro.

Que el Estado no solo crea deberes y obligaciones para el Estado sino para los particulares, los cuales son de mayor exigencia cuando el sector privado incide en áreas socioeconómicas.

Que si se analiza la conducta del actor en la captación de los recursos del INURBE, es evidente que no se cumplió con la función social que debe imperar en la actividad financiera, cual es la defensa y protección de los intereses económicos de los clientes, que fueron sorprendidos en su buena fe, actitud esta contraria a las buenas costumbres.

Insiste en que cuando se expidieron los CDT'S el actor se desempeñaba como representante legal de FINANCAUCA; la compañía no cumplió la orden de la Superintendencia Bancaria, de 6 de diciembre de 1996, de realizar a más tardar el 31 de diciembre de ese año, la capitalización de tres mil millones de pesos y por ello

se agravó su situación; además de que el actor en forma irresponsable decidió captar recursos a tasas desfavorables, incrementando el riesgo de las inversiones.

Que de lo anterior se desprende que el actor tenía conocimiento claro de la situación por la que atravesaba la compañía, situación ignorada por los Directivos del INURBE y al mismo tiempo aprovechada por aquél, con lo cual se ocasionó un detrimento al patrimonio del Estado.

#### **IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Agencia del Ministerio Público, en esta etapa procesal guardó silencio.

#### **V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Según se desprende del texto de los actos acusados, al actor se le declaró fiscalmente responsable en forma solidaria con otras personas, porque se probó que actuó desarrollando una gestión fiscal antieconómica y por tanto contraria al artículo 8º de la Ley 42 de 1993 (folio 617 del cuaderno de anexos).

Que las inversiones en FINANCAUCA se constituyeron en abril de 1997, época esta en la cual la compañía se encontraba inhabilitada financiera y económicamente para restituir los recursos al INURBE (folio 620, ibídem); y que no se advierte posibilidad de pago en el proceso de liquidación, dado que la entidad no cuenta con un activo que le permita cancelar las obligaciones (folio 621, ibídem).

Previamente a que la Sala se adentre en el estudio de la controversia, es menester determinar el alcance del concepto de la gestión y control fiscal.

Esta Corporación, en sentencia de 26 de agosto de 2004, expediente 05001-23-31-000-1997-2093 01, Actores: LUIS CARLOS OCHOA Y NORMA AMPARO VALENCIA OSORIO, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, precisó:

“...Cabe señalar que la Ley 42 de 1993, a diferencia de lo que sucede con la Ley 610 de 2000, no consagra una definición de gestión fiscal; empero nada impide a la Sala acudir al concepto que sobre el tema trae la referida Ley 610 **“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías”**”.

El artículo 3º de dicha Ley prevé:

*“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”*.

De la definición transcrita deduce la Sala que el sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal son *los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado*.

Es oportuno traer a colación apartes de la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de algunas normas de la mencionada Ley:

“...En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política **la gestión fiscal** no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto **la efectiva realización** de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio

legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Por esto mismo, a título de corolario se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata entonces de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes “completos” pero inertes.

### **3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.**

Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal... Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

*Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares<sup>1</sup>, sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos*

---

<sup>1</sup> Tal como ocurre en relación con los empleados de las empresas de servicios públicos mixtas; y de las empresas de servicios públicos privadas que incorporen aportes estatales. (arts. 14, numerales 6 y 7, y 41 de la ley 142/94).

*tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.*

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.

#### **4. El proceso de responsabilidad fiscal.**

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicen de las contralorías territoriales (art. 272, inc. 6º C.P.).

Conforme a lo anterior, las competencias que asisten a todas las contralorías se expresan a través de dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos deba darse necesariamente en todos los casos. Es decir, en un primer momento las contralorías realizan el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal seleccionados. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de daño fiscal, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal. El cual, en todo caso, está sujeto a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción.

*Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos<sup>2</sup>.*

*El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa;<sup>3</sup> de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del*

---

<sup>2</sup> Op. Cit. SU 620 de 1996

<sup>3</sup> Ciertamente, la Corte ha entendido que los órganos de control llevan a cabo una administración pasiva que consiste en la verificación de la legalidad, eficacia y eficiencia de la gestión de la administración activa, esto es, aquella que es esencial y propia de la rama ejecutiva, aunque no exclusiva de ella, pues los otros órganos del Estado también deben adelantar actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines. En este sentido, "la atribución de carácter administrativo a

*procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa.*

*En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso<sup>4</sup> según voces del artículo 29 Superior...”.*

Leasing Financiera Cauca S.A. Compañía de Financiamiento Comercial FINANCAUCA, de la cual era representante legal el actor, declarado fiscalmente responsable en los actos acusados, expidió los CDT'S núms. 04972 y 04998, los días 1º y 11 de abril de 1997, en virtud de la inversión efectuada por el Inurbe.

La Superintendencia Bancaria ordenó la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de FINANCAUCA el 6 de mayo de 1997, por medio de la Resolución núm. 0435.

Como lo observa la entidad demandada, para la época en que se constituyeron las inversiones en FINANCAUCA ( 1º y 11 de abril de 1997) la compañía se encontraba imposibilitada financiera y económicamente para restituir los recursos al INURBE; amén de que con posterioridad tampoco se advierte posibilidad de pago en el

---

una tarea de control de la Contraloría no convierte a esa entidad en un órgano de administración activa, puesto que tal definición tiene como único efecto permitir la impugnación de esa actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...) Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la administración activa." Sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también Op Cit. SU 620 de 1996, C-540 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara

<sup>4</sup> En la sentencia varias veces citada SU 620 de 1996 se establece el alcance del derecho al debido proceso en el proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos: "la norma del artículo 29 de la Constitución es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho."

proceso de liquidación, dado que no cuenta con un activo que le permita cancelar las obligaciones.

Ahora, si bien es cierto que cuando se constituyó la inversión, FINANCAUCA no había sido intervenida, no lo es menos que para esa época dicha compañía, representada por el actor, era conciente de la grave situación económica por la que atravesaba y que la toma de posesión era inminente, COMO EN EFECTO LO FUE, pues había incumplido las órdenes impartidas por la Superintendencia Bancaria, a través del Oficio 960353895 de 6 de diciembre de 1996, que requirió su capitalización en tres mil millones de pesos, además de que le ordenó suspender operaciones activas que aumentaran el nivel de exposición (folio 4 del cuaderno de respuesta a los oficios 3879 y 3880).

De otra parte, conforme se afirma en los hechos de la demanda, el actor renunció a la representación legal de la entidad el 28 de abril de 1997, es decir, a escasos días de haberse realizado la inversión por parte del INURBE y de haber sido intervenida aquélla, lo cual, aunado a lo anterior, constituye un indicio grave de que se captaron los recursos públicos a sabiendas de que no podía cumplirse la restitución del dinero por la grave situación financiera de quien expidió los CDT'S.

De tal manera que, contrario a lo estimado por el a quo, en este caso se configuran los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal, pues son sujeto pasivo de la gestión fiscal, como se desprende del párrafo transcrito ab initio de estas consideraciones, *las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la*

**recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado.**

No puede perderse de vista que de acuerdo con el artículo 335 de la Carta Política, las actividades financiera, bursátil y aseguradora, SON DE INTERÉS PÚBLICO. De ahí que el recaudo, manejo, custodia, administración, etc., de los recursos que se capten, deba ser estricto y riguroso, para así evitar el detrimento patrimonial del Estado. Luego si, como en este caso, se captaron recursos del INURBE, a sabiendas de que su restitución no estaba garantizada, en la medida en que la entidad financiera se encontraba ad portas de ser intervenida, mal puede afirmarse que no existe relación de causalidad entre la conducta del actor y el daño patrimonial.

Al respecto, cabe señalar que la Sala en sentencia de 25 de marzo de 2010 (Expediente núm. 00270, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), tuvo como hecho revelador para determinar la responsabilidad el conocimiento del sancionado acerca de que la entidad financiera estuviera ad portas de la toma de posesión y aún así se llevara a cabo la negociación con ella.

Ahora, en la demanda el actor afirma que la obligación de restitución única y exclusivamente es predicable de la institución financiera como tal, mas no de quien en su oportunidad ostentaba su representación legal.

Al respecto, advierte la Sala que en la representación legal la voluntad del representado se sustituye por la del representante; y el ejercicio de la representación se traduce en hacer efectivas las facultades que han sido otorgadas, no genera solamente un vínculo entre representante y representado, sino que trasciende a los terceros. De tal manera que, contrario a lo que estima el actor, sus actos, en calidad

de representante legal, implican deberes y obligaciones, que al ser desconocidos, dan lugar al establecimiento de responsabilidades.

Así pues, debe la Sala revocar la sentencia apelada, para disponer, en su lugar, la denegatoria de las pretensiones de la demanda, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

### **F A L L A**

**REVÓCASE** la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

**DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 25 de agosto de 2010.

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**  
Salva voto

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

**GUILLERMO VARGAS AYALA**  
CONJUEZ

